

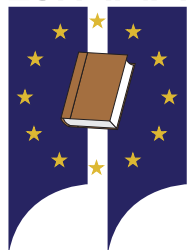
86-87

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



abril-junio
julio-septiembre
2013

ESPAÑA



NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

SECCIÓN FISCAL

COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES

Números **86-87**
abril-junio
julio-septiembre 2013

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España

Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica con las opiniones expresadas 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.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044

Depósito legal: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com

Impresión: STAGNO, S. L.

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR

D. Javier Manrique Plaza

SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José Manuel García Collantes
D. Francisco Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José Carlos Sánchez González

SUMARIO



ESTUDIOS DOCTRINALES

Representación orgánica y conflicto de intereses: principios civiles y mercantiles (Primera parte)	11
Gerardo von Wichmann	
El artículo 831 del Código Civil: una norma del siglo XXI	67
Juan Bolás Alfonso	
Soluciones legales en materia de desahucios en España	97
Ignacio Serrano García	
125 Aniversario del Código Civil ¿Su futuro?	189
Víctor Manuel Garrido de Palma	
La identificación jurídica de los bienes inmuebles y el principio de especialidad registral	205
Antonio Jiménez Clar	
Hacia la efectiva igualdad de las personas con discapacidad	227
Alfonso Cavallé Cruz	

Nos sumergimos en la pluralidad. Contenido de las capitulaciones Matrimoniales y desplazamientos patrimoniales entre cónyuges	249
Inmaculada Espiñeira Soto	

La representación del título sucesorio en el registro de la propiedad según la doctrina de la DGRN (Primera parte)	311
Rafael Rivas Andrés	

Notas sobre la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley 8/2013, de Rehabilitación y su repercusión en la práctica notarial	371
Francisco José Aranguren Urriza	

La desheredación, alivio de legitimarios ingratos	413
Alberto Sáenz de Santamaría Vierna	

El Código Civil y sus contradicciones: ¿cuestión resuelta?	443
Francisco Javier Monedero San Martín	

Derecho interregional, Código Civil y Reglamento Europeo de Sucesiones	479
Adolfo Calatayud Sierra	

<i>Unde venies et quo vadis ius nipponicum?</i> (En torno a una introducción al Derecho japonés actual)	509
Gabriel García Cantero	

El daño moral causado a las personas con discapacidad	627
M ^a Dolores Moreno Marín	

El pasivo del consorcio conyugal aragonés	665
Juan Ignacio Medrano Sánchez	

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda	735
Víctor Manuel Garrido de Palma	

SECCIÓN FISCAL

- La residencia como problema en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones** 745
Javier Máximo Juárez González

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

- Ámbito de aplicación del derecho de información del accionista y control por la minoría en la "sociedad anónima cerrada". Documentos e informaciones relevantes en las cuentas anuales: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Enero de 2012 (núm. 986/2011)** 759
Luis Hernando Cebriá

- Legado a fundación de una finca propiedad de una sociedad cuyas acciones al completo correspondían al causante al momento de otorgar el testamento, pero cuyo control pasó, tras la ampliación de su capital, a las hijas. No constituye revocación y enajenación de legado. Calificación del legado como de cosa propia y aplicación de la doctrina del alzamiento del velo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2012 (núm. 153/2012)** 769
Luis Hernando Cebriá

- Impugnación de un acuerdo de modificación estatutaria por la que la sociedad se adapta al régimen de la Ley de Sociedades Profesionales, y se realiza un aumento de capital social de cauce a la promoción profesional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2013 (núm. 364/2013)** 783
Miguel Gimeno Ribes

ESTUDIOS DOCTRINALES



REPRESENTACIÓN ORGÁNICA Y CONFLICTO DE INTERESES: PRINCIPIOS CIVILES Y MERCANTILES (*)

Gerardo v. Wichmann Rovira

Notario

Resumen: La idea esencial de este trabajo consiste en justificar el distinto tratamiento jurídico que deben recibir los actos y contratos celebrados por un administrador o representante orgánico existiendo autocontratación o representación múltiple y un potencial conflicto de intereses, de modo que, si en el negocio no ha intervenido el patrimonio de un tercero, deben aplicarse principios civiles y garantizar una justa y adecuada formación del mismo; pero si, por el contrario, en virtud del negocio resulta afectado el patrimonio de un tercero de buena fe, deben aplicarse los principios desarrollados por el Derecho Mercantil para proteger al tercero y favorecer el intercambio y tráfico de bienes y servicios, presumiendo en beneficio de dicho tercero, no sólo su buena fe, sino también –salvo que una disposición legal la limite– la plena legitimación material del representante orgánico.

Palabras clave: Principios civiles y mercantiles. Representación orgánica. Autocontrato y conflicto de intereses. Ineficacia negocial.

Abstract: The underlying purpose of this paper is to justify the different legal treatment that acts and contracts celebrated by an administrator or legal representative of a Company must receive, in cases of self-dealing, multiple representation and potential conflicts of interests. As such, if a contract does not involve the patrimony of a third party, civil principles must be applied in order to guarantee the just and adequate formation of said contract; if, however, it does affect the aforementioned patrimony of a third party acting in good faith, principles developed within Commercial Law should be applied, in order to protect said third party and favour the trade of goods or services, working always under the most be-

(*) La segunda parte de este trabajo se publicará en el número 87 de la Revista Jurídica del Notariado.

neficial assumption for him: that he acted in good faith and that the legal representative he dealt with –and provided no Law states otherwise– had sufficient material legitimacy.

Key words: Civil and mercantile principles. Legal representation. Self-dealing and conflict of interests. Contractual inefficacy.

Advertencia: Para facilitar y abreviar la lectura de este trabajo, se incluye –en cursiva– un pequeño resumen al principio de cada epígrafe de las ideas contenidas en él.

SUMARIO

- I. PRINCIPIOS CIVILES Y MERCANTILES
 1. Principios del Derecho mercantil: evolución histórica
 2. Principios civiles y mercantiles: determinación y ámbito
 3. El Principio de responsabilidad limitada: su evolución:
 - 3.1. Del buque a la sociedad anónima
 - 3.2. El principio de responsabilidad limitada en el Derecho privado mercantil
- II. LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA
 1. La independización y la personificación de los patrimonios
 2. Formas de personificación
 3. Caracteres y efectos esenciales de la personificación
 4. La representación orgánica de las personas jurídicas: sus caracteres
- III. EL CONFLICTO DE INTERESES
 1. Autocontrato y conflicto de intereses
 2. Concepto de conflicto de intereses
 3. Exclusión del conflicto de intereses
 4. Tratamiento jurídico de los contratos con conflicto de intereses: su ineficacia
 5. Tratamiento jurídico de los contratos con conflicto de intereses y terceros
 6. La autorización del representado:
 - 6.1. La autorización del representado como consentimiento especial
 - 6.2. La autorización en la representación orgánica
 - 6.3. La constancia de la autorización y la facultad de dación de fe social y potestad certificante en las sociedades de capital

I. PRINCIPIOS CIVILES Y MERCANTILES

1. Principios del Derecho mercantil: evolución histórica

El fundamento de la existencia del Derecho mercantil como una parte especial del Derecho Privado, reside en la necesidad –sentida históricamente– de alterar ciertas reglas de Derecho Civil, para establecer principios que favorezcan el intercambio y tráfico de mercaderías y bienes.

Al tiempo de publicarse el Código civil, se dio la circunstancia de que existía ya una codificación del Derecho mercantil, es decir, la compilación de un conjunto de normas reguladoras de la actividad comercial sobre la base de unos principios especiales –los mercantiles– que se diferencian de los principios civiles, pues, en efecto, el Derecho mercantil se ha construido mediante la modificación de reglas de Derecho civil (1), pudiendo afirmarse que el fundamento de la existencia del Derecho mercantil como una parte especial del Derecho Privado, reside en la necesidad –sentida históricamente– de **alterar ciertas reglas de Derecho Civil, para establecer principios que favorezcan el intercambio y tráfico de mercaderías y bienes.**

A los efectos de este trabajo, interesa deslindar claramente ambos tipos de principios, para lo cual, no será inconveniente hacer un breve repaso a la formación histórica del Derecho mercantil y su diferenciación del civil.

Como es sabido, el momento histórico en que surge el Derecho mercantil es en la Italia medieval, cuando la existencia de un comercio cada vez más intenso, lleva a la necesidad de un régimen jurídico adecuado al mismo, distinto del que ofrecía el Derecho común.

Señala Rocco (2) que la disgregación general de la sociedad en la Edad media y la falta de un sólido poder político que asegurase la paz pública y la realización del Derecho, favorecieron la formación de un

(1) En tal sentido señalaba Canaris que el Derecho mercantil es una colección de variaciones sobre temas de Derecho civil. (Sammlung von Variationen über bürgerlich-rechtliche Themen).

(2) Rocco, Alfredo: *Principios de Derecho Mercantil*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1931. Pp. 10 y ss.

derecho especial para el comercio, pues, por una parte, en la sociedad medieval italiana, como en toda sociedad políticamente desorganizada, adquirió grandísima importancia la costumbre, junto y por encima del Derecho emanado o reconocido por el Estado, de modo que en los usos y costumbres hallaron satisfacción las exigencias especiales de la actividad mercantil: la rapidez con que se desarrollan las operaciones entre los comerciantes, su tecnicismo profesional, la identidad sustancial de las necesidades y la frecuencia de las relaciones entre las mismas personas; y, por otra parte, la disolución del Estado, hizo necesaria, para la defensa de los intereses comunes, la agrupación de cuantos ejercían el comercio en asociaciones o Corporaciones de mercaderes que dictaron normas particulares alterando o modificando las generales del Derecho común.

Se trata de un curioso caso -difícil de comprender para la mentalidad moderna, educada en principios de soberanía estatal-, pues ante la falta de una propia autoridad capaz de imponer sus dictados, los particulares proceden a una suerte de autorregulación, de modo que las Corporaciones de Mercaderes, que se organizan a semejanza de los municipios, eligen uno o más cónsules al frente de ellas y se rigen por unos estatutos escritos, ejercitando en muchos aspectos lo que hoy consideraríamos competencias de carácter público, de modo que (en el plano legislativo) aprueban sus propias compilaciones de usos y costumbres comerciales, (en el plano ejecutivo) organizan y presiden ferias y mercados y envían cónsules al extranjero para proteger a los asociados y garantizar la seguridad de las comunicaciones, y (en el plano jurisdiccional) resuelven los pleitos entre comerciantes mediante unos tribunales especiales -denominados Consulados- que administran justicia sin formalidades especiales, aplicando el *usus mercatorum* y decidiendo *ex bono et aequo*. Esta jurisdicción consular impulsó notablemente el progreso autónomo del Derecho mercantil y de las instituciones jurídico-mercantiles, merced a la interpretación y adaptación que realizaban de las normas consuetudinarias y legislativas vigentes.

En cualquier caso, cuando, con el tiempo, el poder real alcanza la suficiente fuerza, la existencia de los Consulados queda sometida a concesión real y las Ordenanzas dictadas por las Corporaciones precisan de la aprobación del Rey.

Durante varios siglos, no obstante, no pareció haber inconveniente en aceptar la existencia de un Derecho especial de los co-

mercantes que se preocupara de dar una regulación particular, de origen esencialmente consuetudinario, tanto al *status* personal de los mismos, como a los instrumentos materiales y a los contratos más característicos de su actividad. Pero –como señala URÍA (3)– el inicio de la codificación mercantil bajo los principios de la Revolución Francesa, hizo que el Derecho mercantil perdiera ese doble carácter profesional y consuetudinario, pues la proclamación de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y la libertad en el ejercicio del comercio, llevó a la supresión de los gremios y corporaciones y, consiguientemente, a la de un derecho de clase como era el de los comerciantes. Además, las ideas de la época, proclives a la aplicación de principios racionales, llevan al intento de construir un Derecho científico basado en concepciones objetivas, de manera que el Código de Comercio francés de 1807 pretendió ser un derecho regulador de los actos de comercio objetivos, mercantiles por sí, con independencia de que el sujeto que los realizara tuviera o no la condición de comerciante.

Desde entonces, la determinación de un criterio que delimite científicamente la materia mercantil ha atormentado a la doctrina, habiéndose formulado variadísimas concepciones.

— Para ciertas corrientes doctrinales, **la esencia de la materia mercantil debía encontrarse en el propio acto regulado por el Derecho mercantil**, ya sea porque dicho acto pertenece al comercio o a las actividades económicas que pueden asimilarse a él, o porque pertenece al mundo de los negocios (*business law*), o se trata de actividades que tienen por finalidad satisfacer las demandas del mercado.

— Para otras corrientes, **el principio distintivo no estaba en la propia naturaleza de los actos sino, fuera de ellos, en sus circunstancias y, particularmente, en su origen**. Conforme a ello, el Derecho Mercantil debía tener por objeto los actos o negocios jurídicos realizados en masa (HECK), lo que sirvió de base a la consideración de la empresa como núcleo central del Derecho mercantil, en cuanto la realización de actos en masa ha de tener como presupuesto una organización adecuada que los haga posibles (POLO).

(3) URÍA, Rodrigo: *Derecho Mercantil*. Madrid. 1974. Pp. 5 y ss.

— Pero tampoco este criterio se mostró suficiente, pues no todo Derecho de la empresa es Derecho mercantil, ya que existen normas de otra naturaleza (laborales, fiscales y administrativas) que regulan las relaciones en que interviene la empresa. Por ello, acabó acudiéndose a **la idea del empresario en cuanto titular de una empresa**, de manera que, después de un largo periplo, parece volverse al comienzo, es decir, a la concepción subjetivista o profesional del Derecho mercantil, que se considera, entonces, como aquel Derecho “ordenador de la actividad económica constitutiva de empresa o, para ser más precisos, Derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios” (URÍA) (4).

En este sentido parece orientarse nuestra doctrina más reciente, aunque de acuerdo con los postulados constitucionales, la delimitación de la materia mercantil se hace a partir del **concepto básico del mercado** como ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas (5), pues, como señalaba la STC 133/1997, la Constitución (art. 149.1.6.^a) ha reservado al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, siendo la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado. De acuerdo con ello, SÁNCHEZ-CALERO considera que el Derecho Mercantil es aquella parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas que se refieren: “a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad profesional en el mercado” (6).

No obstante, estas construcciones siguen delimitando la materia mercantil –sin duda por arrastre histórico– en función de su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, considerando que se trata de un Derecho especial porque se aplica a ciertos individuos y a los actos que realizan, sin tener debidamente en cuenta que el fundamento de este Derecho no reside exactamente en dar satisfacción a las necesidades de una clase de personas, como son los comerciantes

(4) URÍA, Rodrigo: *Derecho Mercantil*. Madrid. 1974. P. 6.

(5) Así se expresa la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio.

(6) SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Thompson-Aranzadi. Madrid, 2006. Vol. I, p.64.

o empresarios, ni solamente en regular su actividad, sino que su fundamento último reside en la finalidad de sus normas, de manera que estaremos ante preceptos de Derecho Mercantil siempre que **la finalidad y función de tales normas sea establecer principios que favorezcan el tráfico de bienes y servicios en el mercado.**

De acuerdo con ello:

a) **Se aprecia una clara pérdida de importancia del aspecto subjetivo del Derecho mercantil, es decir, de su condición de Derecho regulador del estatuto jurídico de una clase de personas como son los empresarios,** y ello por las siguientes razones:

— En los orígenes del Derecho Mercantil, el concepto de empresario o comerciante aparece como un *prius* en la aplicación del mismo, pues, como señala Rocco (7), “surgido y elaborado en el reducido ámbito del gremio de comerciantes, debía ser y fue el Derecho mercantil esencialmente profesional: eran los únicos vinculados por las costumbres nacidas y difundidas por ellos; los estatutos de sus asociaciones extendían su autoridad hasta donde llegaba la de sus magistrados, esto es, a los inscritos en la *matrícula*, y sólo los miembros de esa asociación estaban sometidos a la jurisdicción consular”. De este modo, la determinación inicial de la condición de comerciante mediante su inscripción en una matrícula –o en su heredero natural que es el Registro Mercantil–, aparece históricamente como un elemento esencial en la determinación del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho Mercantil.

En la actualidad, sin embargo, suprimida la idea de Derecho de clase y garantizada la libertad de comercio, el concepto de comerciante es un *posterius* para el Derecho mercantil, pues la aplicación de sus normas se produce con independencia de que el empresario tuviera anteriormente fijada su condición de tal: basta que realice una actividad comercial en el ámbito del mercado para que merezca la consideración de comerciante, sin que sea necesaria su inscripción en matrícula o registro alguno. Incluso el Derecho alemán, paradigma de sistema subjetivo, aunque admite la condición de comerciantes de aquellos que inscriben su firma en el Registro mercantil (§ 2

(7) Rocco, Alfredo: *Principios de Derecho Mercantil*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1931. P. 16.

Kannkaufmann), parte de la base de que el verdadero comerciante es quien ejerce una empresa comercial (§ 1 Istkaufmann "...wer ein Handelsgewerbe betreibt"), considerando como tal –de modo un tanto impreciso– a cualquier empresa que por su forma y ámbito se ejerce en forma comercial ("in kaufmännischer Weise").

— Por otra parte, de acuerdo con la idea de que lo esencial es la realización de una actividad comercial o de mediación en el mercado, el ámbito subjetivo del Derecho Mercantil se ha ampliado y no se reduce ya a los empresarios. Señala la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio que "la figura central del empresario no es la única protagonista entre los operadores del mercado sujetos al Código, concepto que también abarca a los profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes o servicios destinan al mercado; a las personas jurídicas que, cualquiera sea su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código, e incluso a los entes sin personalidad jurídica por medio de los cuales se realicen".

Estas ideas se aprecian claramente en alguna ley reciente como la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la cual define a los emprendedores por razón de la actividad que realizan y con la amplitud indicada, pues incluye a los profesionales, de modo que, según el art. 3 "se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley".

— Incluso en el ámbito jurisdiccional, que tanta importancia tuvo históricamente, pues el Derecho mercantil estuvo muy vinculado a la existencia de juzgados mercantiles (Consulados) que conocían de los negocios de comercio y las cuestiones surgidas entre comerciantes, el elemento subjetivo tiene una importancia relativa, (8) y

(8) Salvo en las cuestiones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, aunque tal competencia especial parece venir dada, más que por la consideración "subjetiva" de que se trata de un comerciante (comerciante colectivo), por el deseo de tratar de modo especializado esos patrimonios independizados que se destinan

así los Juzgados de lo Mercantil, introducidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica Concursal 8/2003, de 9 de julio, deben su denominación –como explica la Exposición de Motivos– “a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extiende su competencia son exclusivamente mercantiles”, siendo su competencia más destacada el conocer de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal (artículo 86 ter.1).

Por todo lo anterior, **la cuestión del estatuto jurídico del comerciante** ha ido perdiendo progresivamente importancia, de manera que ese régimen especial aplicable a ciertas personas calificadas como empresarios tiene cada vez menos fundamento. Así:

a) A diferencia del Código de comercio de 1829 que consideraba que la inscripción en la matrícula, no sólo era obligación común a toda persona que se dedicaba al comercio, sino verdadera condición del estado de comerciante, el Código de 1885, defendiendo un principio de libertad profesional, hizo tal inscripción potestativa para comerciantes o empresarios individuales (art. 17).

b) Además, su insolvencia ya no tiene un tratamiento especial y la Ley Concursal parte de la unificación de las instituciones concursales en un único procedimiento, con independencia de la condición de comerciante o no del deudor (art. 1).

c) Pero la materia en la que parece deseable una cierta reforma es la relativa a la contabilidad de los empresarios, para distinguir claramente entre empresarios individuales y sociedades y, más concretamente, sociedades de capital, limitando a estas últimas el régimen mercantil de contabilidad.

En efecto, las Directivas europeas, actualmente refundidas en la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26

al comercio, y por ello se incluyen también las cooperativas a las que, en principio, se atribuye naturaleza civil.

de junio de 2013 (que deroga la cuarta y séptima Directivas CEE), imponen la necesidad de que las empresas reflejen adecuadamente sus estados financieros anuales incluyendo, al menos, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y las notas explicativas de los estados financieros (art. 4), pero siempre que exista un principio de responsabilidad limitada, lo que es lógico, pues en tales casos hay un claro interés de los terceros en conocer la situación del patrimonio de la sociedad, pues tal patrimonio constituye la garantía de los acreedores. Por eso, la Directiva se aplica especialmente a las sociedades de capital (art. 1.1 a) y Anexo I), aunque se dispone también la posible aplicación a sociedades personalistas (art. 1.1 b) y Anexo II), pero condicionando la aplicación a estas últimas a que “todos los miembros directos o indirectos de la empresa, que en otras circunstancias tendrían responsabilidad ilimitada, tengan de hecho responsabilidad limitada” por ser dichos miembros empresas de responsabilidad limitada, según resulta del propio precepto.

Así pues, la obligación de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad mercantil (art. 25 C. de co.), debería quedar reducida a las sociedades y, como hemos indicado y resulta de las directrices comunitarias, específicamente a las sociedades de capital en las que se aplica el principio de responsabilidad limitada de los socios.

En cambio, la extensión de tal obligación a todo comerciante constituye un arrastre histórico que, por una parte, resulta discriminatorio, pues no se ve por qué si, junto a tales comerciantes o empresarios individuales, hay otros operadores, como son los profesionales, cuyos bienes o servicios se destinan al mercado, puedan estos últimos limitarse a llevar una contabilidad meramente fiscal, mientras que los primeros se vean gravados con una contabilidad mercantil, más amplia y costosa; y, por otra parte, carece actualmente de fundamento, al haberse suprimido el especial valor probatorio que se reconocía a los libros de contabilidad del comerciante.

Conviene, tener en cuenta que la obligación de que los comerciantes llevaran una contabilidad ordenada, (9) derivó histórica-

(9) La cual se impone ya en nuestro Derecho por Decreto de 4 de diciembre de 1549 (de Don Carlos y Doña Juana) de modo que “de aquí en adelante todos los Bancos y cambios públicos, y los mercaderes (...) sean obligados a tener y asentar la cuenta en lengua castellana en sus libros caxa y manual, por debe y ha de haber”.

mente del extraordinario valor probatorio que se concedió a tales libros (10), de modo que, como señalaba ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERA, (11) podía establecerse en este aspecto una clara diferencia entre el Derecho civil y el mercantil, pues mientras “en el orden civil, es un principio fundamental el de que: *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. En el mercantil sucede todo lo contrario: *Ei incumbit probatio, qui negat, non qui dicit*, por lo menos en lo referente a la contabilidad. Los libros del comerciante, llevados conforme a las prescripciones legales, hacen fe; se presume verdadero lo que en ellos consta, y el comerciante no necesita probarlo; si alguno discutiese su exactitud, deberá probar la negativa. Por el contrario, en la contabilidad ordinaria o civil, el asiento de un particular cualquiera; es como cualquier afirmación verbal suya; deberá probarla para que surta efecto en juicio.” Pero tal extraordinario valor probatorio, que se recogía todavía en el Código de 1829, quedó reducido en la versión inicial del Código de 1885, el cual establecía ya ciertas reglas “para graduar la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes”, y se suprimió en la reforma de 1973 para consagrar el principio de que el valor probatorio de los libros de los comerciantes y demás documentos contables, será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho (art. 47, actual art. 31 C. de co.).

b) Lo esencial es la realización de una actividad económica o profesional mediante la cual se producen o intercambian bienes o se prestan servicios para el mercado

Se trata, como ha sido siempre, de regular la actividad de mediación y cambio especulativo en el mercado, pues como ya señalara ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERA, (12) “el acto de comercio es la

(10) Hasta el punto de dar lugar a que determinados comerciantes alcanzaran la condición de fedatarios públicos, pues como todavía dice el art.93 del Código de Comercio, los agentes colegiados tendrán el carácter de notarios en cuanto se refiera a la contratación mercantil y a los actos de comercio comprendidos en su oficio, haciendo sus libros y pólizas fe en juicio.

(11) ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERA, Faustino. *Códigos de Comercio y Leyes Modificativas complementarias*. Librería Victoriano Suárez. Madrid, 1910. Tomo III, pp. 14 y 15.

(12) ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERA, Faustino. *Tratado de Derecho mercantil*. Librería Victoriano Suárez. Madrid, 1915. Tomo I, pp. 491 y 492.

causa eficiente de la relación jurídica mercantil, y en tal sentido es un acto jurídico como otro cualquiera (...) pero, además de esto, es de comercio, y por lo tanto especial por razón de los especiales caracteres del comercio mismo, que son, como sabemos, la mediación, el cambio y la especulación. La mediación se infiere de la misma definición de comercio, en cuanto éste aproxima los productos del productor al consumidor, por lo que el comerciante media entre productores y consumidores, y los actos que realice, cualquiera que sea su especie, son de mediación y en ellos hay siempre cambio. De la idea de este último parte la especulación, pues el comerciante no se puede proponer otro fin que encontrar alguna diferencia a su favor en esos dos cambios que realiza, o sea obtener lucro.”

Las especialidades que se dan actualmente derivan de la ampliación del ámbito objetivo de la actividad económica, de tal forma que, como resulta del Proyecto de Código de comercio, se incluye cualquier actividad dirigida a la producción o cambio de bienes, abarcando las actividades agrarias y las artesanales cuya exclusión del Derecho mercantil se debía a razones históricas que se consideran superadas, pero también las actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, que llevan a cabo la prestación de servicios para el mercado.

El Derecho mercantil, entonces, más que el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, (13) es el que regula una determinada actividad, pues sus normas se aplican a las personas que lleven a cabo tales actividades económicas o profesionales y mientras las realicen. La única excepción son las sociedades mercantiles, pero, como veremos, ello se debe a que se trata de supuestos en que la ley permite la creación de nuevos sujetos de derecho, a los que se le atribuye la titularidad de un patrimonio independiente e incluso la responsabilidad limitada, siempre que su finalidad sea, precisamente, la actuación en el mercado.

c) Finalmente, debe resaltarse que sólo puede hablarse de propio Derecho mercantil –como conjunto normativo que establece reglas especiales de Derecho privado frente a las adoptadas por el Derecho civil– respecto de aquellas normas que regulan la actividad empresarial y tienen, además, un fundamento característico,

(13) Como dice el Proyecto de ley del Código de comercio.

que es **impulsar y favorecer el intercambio de bienes y servicios**.

No basta con caracterizar el Derecho mercantil como el que regula a determinadas personas –empresarios, comerciantes y profesionales– y una clase de actividades –producción e intercambio de bienes y prestación de servicios para el mercado–, sino que es preciso tener en cuenta la finalidad de las normas –facilitar e impulsar tal intercambio y tráfico–. En efecto, también podría decirse que el Derecho laboral es el que regula a determinadas personas –los trabajadores y empresarios– y una determinada actividad –el trabajo prestado voluntariamente, por cuenta ajena y con carácter retribuido–, pero quedaría confundido con el arrendamiento de servicios que regula el CC. si no se tuviera en cuenta la finalidad protectora de sus normas, pues “la consolidación del Derecho del Trabajo trae consigo una regulación estatal que, abarcando las muy diversas instituciones, se caracteriza por una muy fuerte protección del trabajador, con una política legislativa tuitiva absolutamente desconocida en cualquier otra esfera del Derecho Privado”. (14)

Por ello, aunque existen diversos preceptos que regulan la actividad de los empresarios, no pueden considerarse como propio Derecho mercantil al no tener la finalidad apuntada sino, más bien, un fundamento limitativo o prohibitivo. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la regulación de las relaciones de los empresarios entre sí, con las normas que defienden la libre competencia, (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dictada en desarrollo del artículo 38 de la Constitución), o también en el ámbito de la regulación de las relaciones de los empresarios con sus clientes, encontramos normas que no pueden considerarse propiamente mercantiles, pues se dirigen a defender a los consumidores, como ocurre con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dictada en aplicación del principio constitucional recogido en el art. 51 CE.

(14) CRUZ VILLALÓN, Jesús: *Compendio de Derecho de Trabajo*. Tecnos. Madrid, 2010, p.27.

2. Principios civiles y mercantiles: determinación y ámbito

Los principios mercantiles han supuesto, en la esfera contractual, la disminución de la seguridad jurídica en el ámbito de la formación y constitución de los negocios, a cambio de un incremento de la seguridad en su eficacia frente a terceros, es decir, de la seguridad en el tráfico jurídico. Pero también han dado lugar, en la esfera del Derecho de obligaciones, a la admisión del principio de responsabilidad limitada.

Examinado el nacimiento, dentro del ámbito del Derecho patrimonial, de unos principios especiales que, por desviación de los civiles, han dado lugar a una nueva rama del Derecho privado, convendrá tratar de precisar los rasgos esenciales y el ámbito de aplicación de tales principios, para lo cual, habrá que partir de los **principios comunes o civiles**, pues siendo el Derecho civil el núcleo esencial del Derecho privado, en él se contienen esos principios, ideas o valores que se estiman esenciales para que una sociedad realice en la práctica su idea de justicia. En efecto, el Derecho es, esencialmente, el intento de establecer un orden justo en la sociedad, y de acuerdo con ello, todo Ordenamiento en que se reconozca el derecho a la propiedad privada (art. 33 Constitución española), debe basarse en unos principios que traten de reflejar ese ideal de justicia en las relaciones jurídico-patrimoniales que se establezcan entre los particulares. Siguiendo a DIEZ PICAZO, (15) podemos destacar esencialmente los siguientes:

— Principio de buena fe, de manera que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley” (1258 CC y en sentido semejante, el art. 57 C. de co.), con lo que se trata de trasladar a las relaciones jurídicas entre los particulares, las concepciones éticas o morales que predominan en una sociedad, de modo dichas relaciones y tratos se desenvuelvan en un ambiente de lealtad y fidelidad a la pala-

(15) DIEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*. Tecnos. Madrid, 1979, pp.45 a 48

bra dada, y que los derechos se ejerciten de buena fe, evitando los abusos (art. 7 CC), y las obligaciones se cumplan con una diligencia media (buen padre de familia, ordenado comerciante).

— Principio de justicia conmutativa, que se desdobra en dos líneas principales: –evitar el enriquecimiento injusto, de manera que ningún desplazamiento o atribución patrimonial puede producirse válidamente sin que concurra una razón o causa que los justifique; y –procurar que en el intercambio de bienes se guarde el mayor equilibrio posible o, como dice el art. 1289 CC, la mayor reciprocidad de intereses.

— Principio de seguridad jurídica, como principio general reconocido constitucionalmente (art. 9.3 CE) que, aplicado al ámbito patrimonial, puede apreciarse desde dos puntos de vista: uno como propia seguridad jurídica, que significaría la confianza en la adecuada aplicación de las normas en cuanto a la formación y ejecución de los negocios y contratos, y en cuanto al pago y responsabilidad por las deudas; y otro como seguridad del tráfico jurídico, que implicaría la protección en la apariencia, es decir, que quien de buena fe realiza un negocio jurídico fundado en la confianza razonable que suscita objetivamente una determinada situación, debe ser protegido.

Como hemos indicado, la conveniencia de favorecer el intercambio y tráfico de mercaderías y bienes, en beneficio de la actividad económica y el progreso social, llevó a la aparición de **principios mercantiles** que alteraron ciertas reglas civiles, especialmente en cuanto al principio de seguridad jurídica, de modo que el aspecto estático relativo a la conclusión y formación de los negocios jurídicos y, destacadamente, la cuestión de la responsabilidad universal por las deudas, fue cediendo terreno ante el aspecto dinámico de la seguridad del tráfico y la protección de terceros, favoreciendo la ejecución de los contratos y la confianza en la apariencia.

a) Esfera contractual

— En sus orígenes, **las especialidades normativas del Derecho mercantil se refieren a la constitución y ejecución de ciertos contratos**, particularmente aquellos mediante los cuales

se realiza el intercambio de bienes, como son la compraventa y el transporte.

Dichas especialidades afectaban tradicionalmente a la prestación del consentimiento y la forma de los contratos, de modo que siempre que en un contrato intervinieran comerciantes, es decir, personas que habitual y profesionalmente ejercían actividades comerciales, y el objeto del mismo fueran mercaderías (objetos muebles destinados a la alimentación, consumo o uso humanos), la perfección de los contratos y la forma de los mismos seguía pautas menos rígidas y más flexibles que en el Derecho común.

Pero también se vieron afectados otros elementos del contrato, pues las necesidades del tráfico llevaron a la aparición de documentos que incorporaban y movilizaban un derecho que podía hacerse efectivo por el tenedor del título en otro lugar distinto del de su creación, la propia efectividad del crédito así creado exigía una alteración de los principios causales, pues, como señala GARRIGUES, "la naturaleza de la letra como título de circulación (...) determina la objetivación de ese crédito, desligado en la circulación de la persona del acreedor primitivo e incorporado a un título cuya efectividad no está subordinada a ninguna otra relación extracambiaria," (16) llegándose a la creación de obligaciones abstractas de modo que el aceptante queda obligado al pago de la letra sin que pueda oponer al acreedor las excepciones derivadas del negocio causal que dio origen al título (*vid.* arts. 20 y 67 LCCh).

En cuanto a la ejecución, es decir, al cumplimiento de las recíprocas obligaciones por las partes, así como las consecuencias del incumplimiento, la idea básica fue siempre arbitrar medios tendentes a una rápida y ágil solución de los intereses en juego.

— En la actualidad, las especialidades relativas a la constitución del contrato se han difuminado considerablemente, seguramente porque la multiplicación de las relaciones comerciales y la importancia de las cuestiones económicas en nuestros días, han llevado a una cierta "comercialización del Derecho civil", y así: a) la perfección del contrato entre ausentes tiene ahora un régimen común (arts. 1262 CC y 54 C. de co.) impuesto por la Ley 34/2002, de 11

(16) GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*. Imprenta Aguirre. Madrid, 1976. Tomo I, p. 804.

de julio, basado de modo general en la doctrina del conocimiento de la aceptación por el oferente –que era el criterio civil clásico-, salvo para contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, en que hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación –criterio mercantil-; y b) el principio de libertad de forma del art. 51 C. de Co. es semejante al establecido por el art. 1278 CC, sin perjuicio de las restricciones de los medios de prueba que establece el C. de co.

En cuanto a la ejecución de los contratos, se mantienen, sin embargo, ciertas particularidades, no precisamente en el ámbito interpretativo, pues el principio de interpretación y ejecución conforme a la buena fe del art. 57 C. de co. es semejante al que sienta el art. 1258 del CC, pero sí en otros aspectos, como el cumplimiento puntual de las obligaciones a término sin posibilidad de que los Tribunales señalen plazo de gracia (art. 61 C. de co. y 1124 CC), la inexigibilidad “desde luego” (art. 1113 CC) de las obligaciones puras (art. 62 C. de Co.), y la innecesariedad de interpelación al deudor para que la mora produzca sus efectos (art. 63 C. de co. y 1100 CC).

En este sentido, puede concluirse que en la esfera contractual los principios mercantiles se plasman en **la disminución de la seguridad jurídica en el ámbito interno de los negocios**, es decir, en su formación y perfección, a cambio de **un incremento de la seguridad jurídica en su ámbito externo**, es decir, en la eficacia de los contratos, en particular, en su eficacia frente a terceros de buena fe, como medio de dar seguridad al tráfico e intercambio de bienes y servicios.

Ese principio esencial en la protección de los terceros, se ha plasmado en el ámbito del fenómeno representativo, de modo que **la representación mercantil** presenta dos especialidades notables frente a la civil como resulta del art. 286 C. comercio, pues, por una parte, la legitimación formal del representante no requiere necesariamente el otorgamiento de un poder, ni la colación o exhibición del mismo, sino que puede derivar de la mera notoriedad y, por eso, los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta de esa empresa o sociedad; y, por otra parte, el ámbito de legitimación material se establece por la ley, pues el empresario quedará obligado frente a tercero siempre que esos contratos recaigan sobre objetos

comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, aunque el factor no haya expresado por cuenta de quien contrata o se alegue transgresión de facultades.

La STS de 13 de mayo de 1992 expresaba claramente que ha de protegerse a los terceros que contratan con los dependientes del empresario dentro de sus locales cuando las operaciones pertenecen al giro o tráfico normal de la empresa, ya que de las eventuales irregularidades en sus poderes nunca pueden desprenderse perjuicios para los clientes, ni a éstos se les puede exigir que cuando acudan a una oficina pidan la exhibición de los poderes.

b) Esfera del Derecho de obligaciones

Pero seguramente el "principio estrella" del Derecho mercantil, es la derogación en el ámbito del Derecho de obligaciones del sistema de responsabilidad patrimonial universal, **admitiendo el principio de responsabilidad limitada en ciertos supuestos.**

3. El principio de responsabilidad limitada: su evolución

3.1. Del buque a la sociedad anónima

Inicialmente limitado a ciertos patrimonios comerciales, como el buque, el principio de responsabilidad limitada se extiende, después, a las compañías ligadas al comercio marítimo y colonial, dando lugar, por el carácter público de su origen y para facilitar su actuación en el tráfico, a su personificación, de modo que surge la sociedad anónima como un nuevo sujeto de derecho cuyo patrimonio, en cuanto a titularidad y responsabilidad, es independiente de sus socios.

La introducción de la idea de limitación de responsabilidad, como la más importante desviación de las reglas civiles, **se consagró históricamente respecto del buque,** considerado como una especie de patrimonio comercial marítimo.

En efecto, frente al principio general de responsabilidad patrimonial universal del Derecho civil, de modo que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1911 CC), el Derecho marítimo consagró desde muy antiguo el principio contrario, limitando la responsabilidad del naviero. En nuestro C. de Co. señala el artículo 587, que el naviero

será civilmente “responsable de las indemnizaciones en favor de tercero a que diere lugar la conducta del Capitán en la custodia de los efectos que cargó en el buque; pero podrá eximirse de ella, haciendo abandono del buque con todas sus pertenencias y de los fletes que hubiere devengado en el viaje”, y si el buque estuviera en copropiedad, el art. 590 C. de Co. permite que cada copropietario pueda eximirse de responsabilidad por el abandono ante Notario de la parte de propiedad del buque que le corresponda.

El fundamento clásico de la limitación de responsabilidad tenía un doble aspecto:

— por una parte, desde el punto de vista subjetivo, no parecía lógico imponer al naviero responsabilidad civil por una actividad respecto de la cual no era posible apreciar ninguna culpabilidad, ya que, por la especial naturaleza del tráfico marítimo, tal actividad de mando y dirección del buque recae en el capitán, sin que el naviero, que se mantiene fuera de la nave, pueda ejercer un control directo sobre dicho capitán.

— por otra parte, desde el punto de vista objetivo, la imposición al naviero de responsabilidad ilimitada hubiera dado lugar a la existencia de posibles indemnizaciones tan elevadas, que hubieran desincentivado por completo el tráfico comercial marítimo.

Por todo ello se aceptó la existencia del **buque como patrimonio separado**, de modo que las consecuencias jurídicas de la explotación de cada nave, quedan circunscritas y limitadas a la nave misma, como si se tratase de un peculio en el sentido romano.

En la época de las grandes empresas de expansión europea, las Compañías Coloniales del siglo XVII –como señala FISCHER– (17) combinan estas ideas tradicionales en cuanto a la explotación del buque, con la figura clásica de la *commenda*, que permite a un comerciante (*tractator*) recibir aportaciones de los *commendatores* sin que éstos intervengan en la gestión de los negocios ni respondan con más de lo aportado, dando lugar a una especie de varado del buque y a la **aparición de la sociedad anónima**.

(17) FISCHER, Rudolf: *Las sociedades anónimas: su régimen jurídico*. Editorial Reus. Madrid, 1934, pp. 22 y ss.

Señala el autor citado que al consagrarse Holanda como gran potencia marítima durante el siglo ^{xvi}, funcionaban ya en dicho país sociedades navieras (*Rederij*) que, en realidad, constituían empresas colectivas de navegación estructuradas sobre la propiedad de los buques, pues se era miembro de las mismas por vínculo de condominio y en la medida de la cuota que corresponde al socio en la propiedad de la nave. Pero la necesidad de reunir grandes capitales para llevar a cabo unas empresas de muy elevado riesgo, hizo necesaria la transformación de la estructura jurídica de esas sociedades, lo que se hizo incorporando las ideas de la *commenda*, es decir, la asociación, al menos en sentido económico, de capital y trabajo. De esta manera, cuando en 1602 se funden diversas sociedades navieras para formar la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, encontramos ya una combinación de ambas figuras (*Rederij* y *commenda*).

La evolución en los siguientes doscientos años ofrece ciertos rasgos esenciales:

— En primer lugar, **la Compañía es una institución de Derecho público**. En aquellos tiempos, no sólo no era posible el libre ejercicio del comercio -reservado a los gremios de comerciantes como un privilegio de los mismos-, sino que, además, existía un claro interés del Estado en el control de la explotación colonial como fuente de recursos, por ello, **las grandes Compañías del siglo ^{xvii} se crean por concesión pública** y se delegan en ellas derechos de soberanía: podían concertar alianzas y tratados comerciales, administrar justicia e incluso llevar a cabo acciones bélicas. En Holanda, país de régimen aristocrático, los instrumentos de concesión incluían normas acerca del nombramiento de los gerentes; mientras que en Francia, país de monarquía absoluta, el régimen organizativo de las Compañías era, en principio, competencia del monarca.

— Además, **estas Compañías van adquiriendo una estructura característica**, en la que pueden distinguirse varios aspectos, como: a) El patrimonio de la Compañía que se constituye con las aportaciones de un gran número de interesados, denominados accionistas, que son miembros de la sociedad, no por su participación en el condominio de los buques, sino por la parte que poseen en el capital social. En la primera concesión holandesa, el accionista

queda obligado a dejar su aportación en el fondo social por un plazo de dieciséis años, pero más tarde las empresas adquieren el carácter perpetuas y se llega al concepto de *fonds perpétuel*, concebido como una suma determinada que ha de reunirse conforme a la concesión, sin que tal cifra deba restituirse a los aportadores ni pueda menoscabarse mientras la empresa persista; b) La posición de los accionistas que ofrece rasgos comunes con la del socio comanditario, de manera que como meros aportadores de capital, no están ligados por vínculos personales y ven limitada su responsabilidad a los fondos que han puesto en la sociedad. Además, como compensación a la no reembolsabilidad de las aportaciones, las acciones evolucionan de títulos a la orden a títulos al portador, fácilmente negociables; y, en fin, c) la regulación de la gestión de la Compañía que ofrece diferencias entre las concesiones holandesas y las francesas, pues mientras en las primeras –como reflejo del carácter aristocrático antes aludido– no existía una propia Junta General, sino que el gobierno de la Compañía quedaba en mano de los principales capitalistas que eran, generalmente, las sociedades navieras; y la gerencia y representación de la misma correspondía a los gerentes (*bewindthebber*) nombrados por el Estado de entre la categoría de principales interesados o socios financieros; en las concesiones francesas, en cambio, se consagra con el tiempo la figura de la Junta General, que toma acuerdos sobre las cuentas y el reparto de dividendos y nombra al director de la Compañía por tiempo generalmente determinado.

3.2. El principio de responsabilidad limitada en el Derecho privado mercantil

Finalmente, el principio de responsabilidad limitada queda consagrado en el ámbito privado mercantil, ligado a la figura de la sociedad anónima –a la que se atribuye personalidad jurídico-privada mediante el cumplimiento de ciertos requisitos–, constituyendo un verdadero privilegio respecto del Derecho civil.

Por todo lo expuesto, es decir, si se tiene en cuenta su carácter de concesión pública para la realización de una empresa de interés general pero de elevado riesgo, y la estructura jurídica, que es una mezcla de las sociedades navieras –en las que el principio de res-

ponsabilidad limitada al valor del buque tenía una consolidada tradición– y la *commenda* –en la que el socio comanditario tiene una responsabilidad limitada al fondo que aporta–, es comprensible que acabara plasmándose el principio de responsabilidad limitada de tales Compañías, reforzado por la existencia de acciones al portador.

Ahora bien, precisamente porque las sociedades anónimas se crean históricamente mediante un acto de concesión pública que, por un lado, las dota de personalidad jurídica, ya que según la mentalidad de la época para que una colectividad de personas adquiriera personalidad jurídica había de mediar un acto del Estado y, por otro lado, les otorga el privilegio de poder llevar a cabo una empresa industrial, las sociedades anónimas tenían un fuerte matiz de Derecho público. Así, como señala Rudolf FISCHER, “la materia del régimen de las Compañías, a pesar de haberse generalizado bastante en Francia, no se codificaba ni era estudiada tampoco por la doctrina; ni los escritores del siglo XVII ni los del XVIII se ocupan de la Compañía como institución de Derecho privado; sólo estudian la *société collective*, la *société en commandite* y la *société en participation*.” (18)

Con el Código de comercio francés de 1807, y de acuerdo con las ideas revolucionarias de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y libertad en el ejercicio del comercio, **la reglamentación de la *compagnie* o *société anonyme*, se hace ya desde el punto de vista jurídico-privado**, aunque como consecuencia de las numerosas experiencias negativas del pasado –en particular la concesión al escocés John Law de la Sociedad del Mississippi– se acordó que para la constitución de una sociedad anónima era necesario contar con la autorización del Gobierno.

El hecho de que tal régimen no se aplicara a las sociedades comanditarias por acciones –por demanda de las sociedades de ese tipo existentes en las ciudades marítimas– dio lugar a cierta confusión y numerosos fraudes de ley que llevaron, en 1867, a adoptar el sistema de preceptos normativos, de modo que la prueba de la adecuada constitución de una sociedad anónima, en especial la suscripción del capital y el desembolso parcial del mismo, se haría en documento público que se archivaría por la autoridad competente, la cual publicaría un extracto del mismo en los periódicos oficiales.

(18) FISCHER, Rudolf: *Las sociedades anónimas: su régimen jurídico*. Editorial Reus. Madrid, 1934, p. 34.

Este sistema de principios normativos y publicidad, fue sancionado en Francia antes que en ningún otro país y de ahí se extendió por el continente.

De este modo, acaba por plasmarse la personalidad jurídico-privada de las sociedades anónimas y, con ello, la personificación de un patrimonio y el privilegio de la responsabilidad limitada en el ámbito privado-mercantil que, justificado por meras razones económicas, experimenta con el tiempo un desarrollo espectacular, dando lugar al nacimiento de las sociedades de responsabilidad limitada y, finalmente, a las sociedades capitalistas unipersonales.

II. REPRESENTACIÓN ORGÁNICA

1. La independización y la personificación de los patrimonios

El fenómeno de la personificación en el Derecho Privado, ligado históricamente a la satisfacción de intereses generales, se aplica con la sociedad anónima a intereses particulares, especialmente la obtención de un lucro o beneficio, ocasionando una excesiva generalización que no distingue claramente entre patrimonios diferenciados o independizados –que surgen de negocios con causa asociativa– y personificados –que derivan de negocios constitutivos–.

Para una clara determinación de los caracteres y ámbito de aplicación de la representación orgánica, parece necesario el examen de algunas ideas relacionadas con el concepto de patrimonio y con la independización y personificación de los mismos, materia ésta en la que reina una cierta confusión y sería deseable una tarea clarificadora de la doctrina y jurisprudencia españolas acomodada a los principios de nuestro Derecho.

El carácter abstracto del concepto de patrimonio ha dificultado la precisión de sus caracteres, aunque, con la doctrina civilista más general, pueden señalarse las siguientes notas esenciales:

a) Se trata, en principio, de una **masa de bienes de carácter patrimonial** que presenta dos aspectos: el activo, que está constituido por los bienes, derechos y, en general, por el conjunto de poderes económicos puestos al servicio de las personas para facilitar

su vida social; y el pasivo, constituido por las deudas y obligaciones que deben ser atendidas por su titular, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC).

b) Pero es esencial, para que pueda hablarse propiamente de patrimonio, que exista **una causa jurídica unificadora**. Dicha causa jurídica, a la que debe su existencia el patrimonio como tal, garantiza su unidad, de modo que: en el aspecto subjetivo, determina su **titularidad** (unipersonal, colectiva o, incluso, sin titular actual de modo transitorio); y en el aspecto objetivo, determina tanto la **identidad activa del patrimonio**, pues no obstante el carácter variable y los posibles cambios en su contenido, el patrimonio permanece unificado a través del fenómeno de la subrogación real, figura que “los glosadores advirtieron en las universidades iuris (*pretium succedit in loco rei*), y que hace pensar que el bien así ingresado toma la naturaleza patrimonial del bien al que substituye (*sapit naturam eius*),” (19) como su identidad pasiva, es decir, **la afección a unas deudas** concretas derivadas de la causa jurídica que es fundamento de la existencia del propio patrimonio.

c) Finalmente se destaca –dada la importancia básica que para la seguridad jurídica tiene la delimitación de los patrimonios– su **carácter ex lege**, con lo que quiere significarse que la existencia e independización de los patrimonios queda sometida a la regulación imperativa de las leyes.

La causa jurídica unificadora tiene normalmente un **origen legal directo** pues, en efecto, aparte del supuesto del patrimonio personal, cuya causa jurídica es clara pues constituye la expresión material del poder jurídico que se reconoce a la persona en la esfera patrimonial, la ley dispone en ciertos casos **el tratamiento independizado de ciertas masas de bienes distintas del patrimonio personal**, ya sea por razones prácticas y en atención a su procedencia, o bien por razones de conveniencia social, para la protección de los derechos de discapacitados o de terceros o para la protección de la economía familiar, o bien en consideración al destino o finalidad de tales masas de bienes.

(19) DE CASTRO, Federico. *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972, p. 40

Así, por ejemplo, por proceder de una persona fallecida, se ha admitido la subsistencia transitoria del caudal relicto como una masa unitaria o independiente de bienes, tanto en la forma de patrimonio sin sujeto actual (herencia yacente), como en la forma de patrimonio colectivo (comunidad hereditaria); del mismo modo, por razones de conveniencia social, se admite el patrimonio protegido de las personas con discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de noviembre), el patrimonio ganancial o la existencia de patrimonios en liquidación. Señala DE CASTRO, (20) que la figura más típica de esta última clase de patrimonios es la herencia aceptada a beneficio de inventario, pues "mientras no se liquide la herencia queda como un patrimonio bien definido (inventario) y separado del patrimonio del heredero o de los herederos; queda en administración hasta el pago de todos los acreedores conocidos y de los legatarios (art. 1026); manifestándose la independencia de patrimonios en que no se produce confusión entre los bienes del heredero y los de la herencia, de modo que el heredero conserva sus créditos contra la herencia y no responde de las deudas y cargas de la herencia con los bienes de su patrimonio personal (art. 1023)". Pero más importancia práctica actual tiene el concurso de acreedores, estableciendo el art. 82 de la Ley Concursal que "la administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa" y "de cada uno de los bienes y derechos relacionados en el inventario se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral".

Finalmente, también se reconoce en nuestro Derecho la existencia de patrimonios afectados a un fin.

Por lo demás, la actuación independiente o diferenciada de dichos patrimonios en el tráfico, exige la designación de un **representante o administrador**. Así ocurre en cuanto a la herencia que pueda corresponder al concebido y no nacido, caso en el cual los bienes hereditarios se pondrán en administración (art. 965 CC); o cuando se trata del patrimonio del declarado ausente, respecto del cual se nombra un representante obligado a conservar y defender su patrimonio y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles (art. 185 CC); o en el supuesto del

(20) DE CASTRO, Federico. *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972, p. 57.

patrimonio del discapacitado (art. 5 Ley 41/2003, de 18 de noviembre); y también en los casos de incertidumbre en cuanto a la condición de heredero, en los que se ponen en administración los bienes de la herencia (art. 801 CC). Del mismo modo, tanto en el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario (art. 1026 CC), como en el caso de concurso de acreedores (Ley 22/2003, de 9 de julio), la ley dispone la administración de las respectivas masas patrimoniales.

En los casos indicados hay circunstancias objetivas (involuntarias podría decirse) que determinan la previsión legal, pero lo que interesa propiamente aquí son los casos en que **la ley permite la creación de un patrimonio independizado por la mera voluntad de las partes**. No se trata de una propia excepción al carácter *ex lege* de la existencia de patrimonios como masas unificadas de bienes, pues lo que ocurre en estos casos es que la causa jurídica de la independización no tiene un origen legal directo, sino indirecto, ya que sólo en aquellos supuestos previstos expresamente por la ley podrán las partes celebrar tal tipo de negocios jurídicos.

En nuestro Derecho pueden distinguirse claramente dos tipos de negocios, cada uno con una causa jurídica distinta, que pueden dar lugar a la existencia de un patrimonio o conjunto de bienes independizado: negocios asociativos y negocios constitutivos.

— En los **negocios con causa asociativa**, las partes pretenden la puesta en común de dinero, bienes o industria con ánimo de obtener lucro y partir entre sí las ganancias (art. 1665 CC), pero sin que la constitución de una sociedad signifique necesariamente la voluntad de crear una persona jurídica. De esta manera:

— En el aspecto subjetivo, **no hay creación de un nuevo sujeto de derecho** cuyas circunstancias esenciales queden determinadas en el negocio y sean objeto de publicidad, ni tampoco habrá una titularidad unitaria del patrimonio que se atribuya como tal a un nuevo sujeto, sino que se mantendrá la cotitularidad conjunta de todos los socios sobre el patrimonio común como un todo.

— En el aspecto objetivo, existirá, por tanto, un **patrimonio colectivo**. Es cierto que, aunque el CC parece exigir la constitución de un fondo común para la existencia de una verdadera sociedad,

como indicaba la STS de 7 de octubre de 1965, “el trabajo debe ser considerado como un bien de tanto y, en ocasiones, de mayor valor que los restantes”, por lo cual, como indicaba LACRUZ BERDEJO, (21) no es indispensable, en suma, que ningún socio aporte bienes en propiedad, pues una sociedad puede empezar a funcionar sin otros bienes que la industria de sus socios y, por supuesto, con dinero prestado, de modo que el fondo común aparece como un “patrimonio social en hipótesis: como recipiente que se llenará con los bienes sociales, pero no se requiere que tales bienes existan”. Pero, en cualquier caso, el patrimonio social que se forme, constituirá un patrimonio colectivo, es decir, como indica DE CASTRO, constituirá “una masa de bienes que está atribuida como tal (unitariamente) a una pluralidad de personas, también unidas entre sí, de modo que cada una de ellas, aisladamente, no aparezca como titular de dichos bienes.” (22)

La propia causa jurídica que deriva del negocio asociativo determina **la unidad del patrimonio**, es decir, que estemos ante un patrimonio diferenciado o independizado, que conserva tanto una identidad activa, con aplicación del principio de subrogación real, como una identidad pasiva, al quedar especialmente afecto a las deudas sociales, pues como señala el art. 1699 CC, los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales, pero **no es un patrimonio personificado** al no pertenecer unitariamente a un nuevo sujeto de derecho, y de esa idea parece partir no sólo el CC, sino también nuestra legislación fiscal, pues –como resulta del art.8.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta– las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, no son, ellas mismas, contribuyentes a los efectos del Impuesto sobre la Renta, es decir, no hay un patrimonio atribuido a un nuevo sujeto de derecho que tenga, como tal, la condición de contribuyente, sino que las rentas que obtenga la sociedad se atribuirán a sus socios (art. 86).

—En cuanto a la representación, y distinguiendo los aspectos de legitimación formal (condición de representante) y legitimación ma-

(21) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil*. Derecho de Obligaciones II. Bosch. Barcelona, 1979, p. 257.

(22) DE CASTRO, Federico. *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972, p. 63.

terial (ámbito de facultades), lo particular en estos casos es que: a.- En cuanto a la legitimación formal del representante, la misma no resulta del propio negocio asociativo, sino de un negocio complementario de apoderamiento, pues para que la sociedad quede obligada con un tercero por los actos de uno de los socios, se requiere que tenga poder para obligar a la sociedad en virtud de un mandato expreso o tácito (art. 1697 CC), y si no existe tal poder, la sociedad no queda obligada respecto a tercero, ni los socios responderán solidariamente de las deudas sociales, como precisa el art. 1698 CC b.- En cuanto a la legitimación material, el ámbito de facultades no viene determinado por la ley sino que resulta del propio poder, pues para que la sociedad quede obligada se requiere que el socio actuante haya obrado dentro de los límites que le señala su poder o mandato (art. 1698 CC).

Sin ser éste el lugar para tratar la cuestión de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, a mi juicio, el esquema legal del CC y, como hemos indicado, de nuestro Ordenamiento jurídico en general, responde más bien a la simple creación de un patrimonio colectivo, antes que a la de una propia persona jurídica como nuevo sujeto de derecho.

En efecto, la admisión de que las sociedades civiles puedan tener personalidad jurídica (23), se debió a la importación de lo que Girón Tena denominaba “un tema de origen francés” que, como en otros casos, dio lugar a que “lo que en aquel país empezó siendo problema de doctrina en nosotros es Derecho positivo (el art. 1670)”. (24) Por ello, como la doctrina francesa entendía que la sociedad civil por

(23) Como señala DE CASTRO “el artículo 1669 se ha guardado de conferir personalidad jurídica a todas las sociedades civiles; se limita a citar un caso, en el que nunca la sociedad civil podrá tener personalidad jurídica: las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios”. Temas de Derecho Civil. Madrid, 1972, p. 84.

(24) GIRÓN TENA, José: *Estudios de Derecho Mercantil*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955, p. 102. GIRÓN TENA destaca, en efecto, como la doctrina mercantilista francesa, al reconocer la personalidad jurídica de las sociedades, utilizó los mismos instrumentos de calificación que para los comerciantes individuales, de modo que, rompiendo con la doctrina inicial que seguía el criterio de la forma de constitución, se aferró a considerar mercantiles sólo a las sociedades constituidas para realizar actos de comercio. (*Vid.* en la misma obra pp. 8 y ss.).

su objeto incurría en nulidad absoluta si adoptaba forma mercantil, la negación de personalidad jurídica a toda sociedad civil (prevista en el Anteproyecto) hubiera ocasionado la extinción de ciertas sociedades de gran importancia económica, como las mineras, de construcción o agrarias; para remediar tal consecuencia se realiza una reforma de última hora interpolando los arts. 1669 y 1670 del CC, pero sin modificar el resto del articulado que no estaba predispuesto para un sistema de personalidad, sino de comunidad.

En consecuencia, parece más lógico atender a la naturaleza y efectos del negocio celebrado y a las normas que lo regulan, de modo que las sociedades civiles son, sencillamente, aquellos negocios asociativos constituidos conforme a las normas del Código civil, que no dan lugar a una persona jurídica sino, únicamente, a un patrimonio colectivo diferenciado.

Junto a los negocios asociativos, regula nuestro Derecho **los negocios con causa constitutiva**, que se caracterizan por dar lugar a la creación de un nuevo sujeto de derecho cuyas circunstancias esenciales quedan determinadas en el negocio constitutivo y son objeto de publicidad, atribuyéndose a la nueva persona jurídica una titularidad unitaria sobre el total patrimonio, con ciertas particularidades que pasamos a examinar.

2. Formas de personificación

Dentro de los negocios constitutivos, es posible distinguir entre aquellos de carácter civil, ligados a la satisfacción de fines de interés general, y otros de carácter mercantil, ligados a la obtención de un lucro en el ámbito del mercado.

Entre estos últimos –creadores de un nuevo sujeto de derecho dedicado al comercio– puede diferenciarse entre los que dan lugar a personas jurídicas imperfectas –cuyo patrimonio permanece comunicado con el de los socios– y los que originan personas jurídicas perfectas –en que la separación patrimonial es total.

Finalmente, la personificación se desliga del fenómeno asociativo en el ámbito mercantil, posibilitando la constitución –como nuevo sujeto– de una parte del patrimonio personal, que formará un patrimonio independiente y con responsabilidad limitada al mismo, siempre que se destine a fines comerciales (sociedades anónimas y limitadas unipersonales).

La personificación de un conjunto patrimonial se ha realizado históricamente de dos formas:

— Personificación directa

Por un lado, podemos hablar de una **personificación directa**, es decir, la que se dirige del sujeto al objeto, y consiste en la creación de un nuevo sujeto de derecho que dota de unidad a un conjunto de relaciones jurídico-patrimoniales que, sin la existencia de ese nuevo sujeto como centro de imputación, carecerían de titular.

Lo característico de este expediente es que no presupone necesariamente la existencia de titularidades previas, sino que el patrimonio de la persona jurídica actúa como una especie de recipiente que recogerá las que correspondan al nuevo sujeto, de modo que sin la creación del mismo como centro de imputación de derechos y deberes, se produciría una especie de **vacío de titularidad**.

Esta es la técnica más clásica y fundamentada, que se ha empleado históricamente en el ámbito del Derecho público para atender y realizar de modo más eficaz los intereses generales del Estado, dotando de autonomía patrimonial a ciertas estructuras y realidades que han merecido tal reconocimiento, aunque –como indicaba DE CASTRO (25)– habrá que advertir contra los excesos en la personificación jurídica de entes públicos, pues una cosa será cuando se usa respecto de organizaciones cuya independencia activa y pasiva merece y requiere que sea reconocida su personalidad, y otra cosa es cuando el término persona jurídica se utiliza por laxitud técnica para dar más agilidad a ciertas oficinas administrativas.

Pero también en el ámbito privado, se han presentado históricamente ciertas **organizaciones y realidades que, por atender directa o indirectamente a intereses públicos o generales, han merecido el reconocimiento legal de personas jurídicas** o, si se quiere, el reconocimiento de una total independencia patrimonial: como ha ocurrido con las asociaciones y fundaciones.

Esta forma de personificación responde esencialmente a principios civiles y a una verdadera necesidad jurídica, pues, como hemos indicado, sin la creación de un sujeto de derecho al que se atribuya la titularidad única de un conjunto de relaciones jurídico-patrimo-

(25) DE CASTRO, Federico. *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972, p. 71.

niales, el patrimonio que se formara carecería de titular y sería prácticamente imposible la gestión independizada del mismo.

— Personificación indirecta

Pero junto a la personificación directa, surge históricamente la que podríamos denominar **personificación indirecta**, la cual se dirige desde el objeto al sujeto, y consiste en la atribución a un conjunto patrimonial preexistente dotado de una cierta autonomía, de la condición de sujeto de derecho, considerando, al parecer, que si existe tal patrimonio que actúa con independencia en el tráfico es porque hay o debe haber un sujeto detrás.

Lo esencial en estos casos es la **existencia de una previa titularidad (generalmente colectiva pero actualmente también individual)** sobre un conjunto patrimonial, de modo que la creación de un nuevo sujeto como centro de imputación de derechos y deberes, viene a dar lugar a una suerte de **titularidad extra** que recae sobre el patrimonio en su conjunto y se atribuye a la nueva persona creada.

Este expediente técnico es el que se ha empleado especialmente en el ámbito del Derecho mercantil, para atribuir personalidad jurídica a las sociedades que actúan en el mercado, en las cuales ya no se aprecia ningún interés general cuya realización deba favorecerse, sino exclusivamente el interés particular de obtener lucro (116 C. de Co). La personificación obedece en estos casos a motivos prácticos y económicos, pues responde a la idea de facilitar la actuación en el tráfico de los patrimonios comerciales incentivando su creación y participación en el mercado, de modo que, como señala CAPILLA RONCERO (26), “que sea posible conseguir similares resultados por otro medio, es imaginable; pero históricamente la experiencia ha manifestado la extraordinaria utilidad del expediente de la personificación, y en términos prácticos probablemente sea inevitable”.

En cualquier caso, partiendo de esa inevitabilidad del fenómeno, es necesario tener en cuenta dos cuestiones:

— Que la personificación que hemos denominado indirecta, da lugar a la concurrencia de titularidades sobre el patrimonio social:

(26) CAPILLA RONCERO, Francisco: *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984, pp. 129 y 130.

la que corresponde a todos los socios o al socio único, y la titularidad extra que se atribuye al nuevo sujeto de derecho, lo que ha planteado históricamente el problema de un empleo fraudulento de la personalidad. Por ello, han surgido reacciones como la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica –para evitar que esa personalidad independiente que se atribuye a la sociedad pueda utilizarse en fraude de ley– y, más recientemente, la necesidad de determinar la persona o personas físicas que son titulares reales de aquél patrimonio social –como medio de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo– (Ley 10/2010, de 28 de abril).

— Que no se ha llegado a un concepto homogéneo de personificación, admitiéndose diferentes grados de la misma en función de la separación que exista entre el patrimonio social y el de los socios. Por ello, se distingue entre personas jurídicas perfectas, que son las sociedades capitalistas, en las que la separación es total, de modo que la sociedad no sufre las consecuencias de las vicisitudes patrimoniales de los socios y éstos no responden de las deudas sociales pues existe una responsabilidad limitada al patrimonio social; y personas imperfectas, que son las sociedades personalistas, en las que la separación no es total y los socios responden personal y solidariamente, aunque con carácter subsidiario, de las deudas de la empresa.

Finalmente, la evolución del fenómeno de la personificación se desliga por completo del campo asociativo y surge la denominada sociedad capitalista unipersonal.

La admisión de este tipo de personas jurídicas que actúan en el mercado con intención de obtener lucro o beneficio pero con responsabilidad limitada, constituye un claro privilegio, pues significa la aceptación de que una persona pueda separar una parte de su patrimonio personal y, siempre que lo afecte al ejercicio de una empresa, limitar a dicha parte su responsabilidad, constituyendo así una excepción al principio civil de responsabilidad universal por las deudas.

La razón para ello ha estado en la demostrada utilidad de la fórmula como medio que ha contribuido decisivamente a la dinamización y multiplicación de la actividad económica y a la creación de riqueza. Y así lo entendió la Duodécima Directiva en materia de so-

ciudades (89/67/CEE), que admitía tanto la posibilidad de la figura del empresario individual que constituye una empresa de responsabilidad limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada, como la figura de la sociedad limitada –o anónima– unipersonal, disponiendo en estos casos ciertas reglas de publicidad (publicidad de la unipersonalidad con indicación de la identidad del socio único, así como obligación de que las decisiones del socio único y los contratos celebrados por él con la sociedad deban constar en acta o se consignen por escrito). Como señala SÁNCHEZ CALERO, (27) la transposición en nuestro Derecho se hizo sobre la base de la figura de la sociedad por estimar que la nítida separación que debe existir entre ambos patrimonios “se consigue con mayor claridad si se constituye una sociedad a la que se confiere personalidad jurídica, la cual tiene su propio patrimonio, al tiempo que el socio –como sucede en la sociedad anónima o en la limitada– no responde de las deudas de la sociedad”.

3. Caracteres y efectos esenciales de la personificación

La regulación de los negocios constitutivos –que son los que propiamente dan nacimiento a un nuevo sujeto de derecho– ofrece ciertos caracteres y efectos semejantes que determinan los aspectos subjetivos y objetivos de la persona jurídica creada, su publicidad, así como su estructura funcional y la forma de actuar en el tráfico.

Aunque, como hemos indicado, los efectos de la personificación no son homogéneos en nuestro Derecho, sí que es posible, no obstante, encontrar ciertas notas o elementos comunes en los distintos negocios constitutivos de una persona jurídica que nuestro Ordenamiento reconoce en el ámbito privado. En especial, tiene interés determinar la configuración y caracteres que se otorgan a la representación de la persona jurídica, para permitir su actuación en el tráfico.

(27) SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Thompson-Aranzadi. Madrid, 2006. Vol.I, p. 647.

Los efectos esenciales de la personificación son, entonces:

a) Creación de un sujeto de derecho

En principio, los negocios constitutivos dan lugar a la creación de un nuevo sujeto de derecho, cuyas circunstancias esenciales, tales como denominación, domicilio o duración, deben constar en el propio negocio a los efectos de una adecuada identificación en el tráfico. En particular, el domicilio determinará la nacionalidad, lo que en el caso de las personas jurídicas no persigue asegurar la pertenencia del sujeto a una comunidad nacional, como es natural, sino que fundamentalmente persigue determinar la legislación aplicable y garantizar el control estatal sobre la persona jurídica; por ello, las asociaciones o fundaciones que desarrollen sus actividades principalmente en España, deben tener su domicilio dentro de nuestro país y fijarlo en donde se desarrollen tales actividades o en donde esté la sede de su órgano de representación o del Patronato (art. 9 Ley Asociaciones y art. 6 Ley Fundaciones) y en términos semejantes se pronuncian los artículos 8 y 9 de la Ley de Sociedades de Capital.

La creación del nuevo sujeto de derecho se realiza mediante un negocio formal que generalmente se documenta en escritura pública, aunque el acuerdo de constitución de una asociación, que habrá de formalizarse mediante acta fundacional, podrá constar en documento público o privado (art. 5 Ley Asociaciones); y la existencia, circunstancias y vicisitudes de tales personas jurídicas están sujetas a publicidad que, en el caso de las de ámbito civil, se lleva a cabo a través de Registros administrativos especialmente dispuestos al efecto (Registro de Asociaciones, Fundaciones o de Cooperativas) y, en el caso de las de ámbito mercantil, a través del Registro Mercantil y el Boletín Oficial del citado Registro.

b) Objeto o finalidad: la causa jurídica de la personificación

La personificación deriva de una causa jurídica que fundamenta la atribución de personalidad a determinadas organizaciones y realidades sociales, lo que implica atender a la finalidad u objeto lícito que se persigue con la creación de un nuevo sujeto de derecho.

Como indicamos, los casos de **personificación directa** están ligados a la satisfacción de intereses públicos o generales.

Así, las **asociaciones**, como resulta de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, son aquellas que no tienen fin de lucro (art. 1) y

pretenden la realización de fines lícitos dentro del marco constitucional (art. 2) y, aunque las finalidades de la asociación pueden ser de interés general o particular, siempre existe en el fondo un interés público en fomentar actividades altruistas o que contribuyan al progreso y mejor funcionamiento de la sociedad, precisamente por ello, se promueve y facilita especialmente el desarrollo de las asociaciones, federaciones y uniones que persigan finalidades de interés general (art. 31), así como aquellas cuya actividad no esté restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados (art. 32).

Y en cuanto a las **fundaciones**, reguladas por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, debe destacarse también la necesidad de que respondan a un interés general –como impone el art. 34 de la Constitución española–, definiéndolas la Ley como las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (art.2). En la fundación todavía está más presente que en las asociaciones la idea de lo público, no sólo por responder a un interés general, sino también por el control público de su funcionamiento, ya que el correcto ejercicio del derecho de fundación y la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones, está siempre supervisado por la Administración a través del Protectorado (art. 34).

Por su parte, los supuestos de **personificación indirecta**, responden a la conveniencia social de fomentar la actividad económica y están ligados a intereses particulares, como la obtención de un lucro o beneficio (art. 116 C. co.), aunque se da también una suerte de caso especial o mixto en las sociedades cooperativas, pues en ellas, si bien su finalidad esencial es la satisfacción de las necesidades o aspiraciones económicas y sociales de sus miembros (art. 1 Ley 27/1999 de Cooperativas), existe también un interés público, pues los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas (art. 129.2 CE).

c) Capacidad jurídica: naturaleza y objeto de la persona jurídica

El fundamento esencial de la personificación, es dotar a ciertas organizaciones y realidades de una total independencia patrimonial, reconociéndoles la posibilidad de ser titulares de relaciones jurídicas

y de derechos y obligaciones. Como dice CAPILLA RONCERO, “asignada a la atribución de personalidad jurídica la función de dotar de capacidad (tanto jurídica como de obrar) (...), a los supuestos institucionales que merezcan tal tratamiento, se cumple la misión primordial de la personificación” (28).

Ahora bien, tal atribución de personalidad se realiza sólo si la organización o realidad personificada tiene, por su naturaleza, objeto o finalidad, una utilidad social que justifique la independencia patrimonial, lo que, históricamente, ha dado lugar a la discusión sobre la relación que debe existir entre la naturaleza y objeto de la persona jurídica y su capacidad. Tales discusiones parecen resueltas en nuestro Derecho conforme a las siguientes ideas:

— Capacidad plena en principio. Como señalaba la STS de 27 de junio de 1996 “nuestro ordenamiento, al otorgar personalidad jurídica a una determinada organización patrimonial o personal, le reconoce la necesaria capacidad, tanto jurídica como de obrar, y la jurisprudencia, a partir de la sentencia de 5 de noviembre de 1.959, consagra definitivamente el principio de capacidad general de las personas jurídicas, afirmando que gozan de una capacidad plena y general, y, por tanto, el fin de ellas no constituye por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que sólo existe en el círculo cerrado de su fin, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos”, y en este sentido de atribución de capacidad general con independencia del objeto o finalidad, se entiende la afirmación del artículo 38 CC cuando dice que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución.

— Restricciones excepcionales por razón de su naturaleza u objeto. No obstante, las personas jurídicas no son seres humanos sino un mero instrumento del Derecho y, además, la naturaleza y objeto no son los mismos en todas ellas, pues también es plural el

(28) CAPILLA RONCERO, Francisco: *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984, p. 96.

elencos de organizaciones y realidades que son objeto de personificación y el fundamento de la misma. Por ello, la titularidad de determinadas relaciones jurídicas y derechos, se limita excepcionalmente en función de la naturaleza y fines de las distintas personas jurídicas. De esta manera, por razón de su naturaleza distinta de una persona física, hay ciertas restricciones en el campo del Derecho patrimonial (art. 525 CC) y especialidades en el tratamiento de su patrimonio en caso de extinción (art. 39 CC), quedando fuera del ámbito de las personas jurídicas, con carácter general, las relaciones derivadas del Derecho de familia. No obstante, en este último punto, la ley valora la posible utilidad de conceder a ciertas personas jurídicas la titularidad de una relación jurídica de protección, atendiendo entonces al objeto o finalidad de la misma, por lo cual, podrán ser tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores o incapacitados (art. 242 CC).

— Ámbito legal de la representación.— Ahora bien, aunque el objeto o finalidad no limitan, en principio, la capacidad jurídica y de obrar de las personas jurídicas, ha sido doctrina clásica en nuestro Derecho que, sin embargo, tal objeto sí puede determinar la esfera de actuación de los representantes de dichas personas.

La aplicación actual y evolución de tal principio se examina más adelante.

d) Patrimonio independiente

El negocio constitutivo de una persona jurídica da lugar a un patrimonio independiente cuya titularidad se atribuye al nuevo sujeto de derecho. En este sentido, señala DE CASTRO que "los bienes de la persona jurídica constituyen un patrimonio personal, separado del patrimonio de cada uno de sus miembros o representantes. Esta separación es completa y definitiva en la persona jurídica perfecta; pero la separación, aunque atenuada, existe en la persona jurídica imperfecta". (29) Ello se aprecia todavía más en la actualidad, pues en la nueva regulación del concurso establecida por la Ley 22/2003, de 9 de julio, ha desaparecido la extensión de la quiebra de la sociedad colectiva a esa clase de socios que disponía antes

(29) DE CASTRO: *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972, pp. 76 y 77.

el art. 923 del CCo, de modo que, como resulta del art. 48.5 de la Ley Concursal, el concurso es de la sociedad y no se extiende a los socios personalmente responsables, aunque se concede acción a la administración concursal y, subsidiariamente a los acreedores sociales, para reclamar a los socios subsidiariamente responsables, las deudas sociales contraídas por la sociedad con anterioridad a la declaración del concurso.

En cualquier caso, debe destacarse el distinto tratamiento del patrimonio de la persona jurídica según la naturaleza de la misma y la causa de la personificación.

— Así, como veíamos, en los casos de personificación directa, se da **una única titularidad** que recae sobre un patrimonio que, de otra manera, **carecería de titular**, y eso se aprecia tanto en el caso de las asociaciones como en el de las fundaciones, debiendo preverse, en caso de extinción, el destino de dicho patrimonio (art. 39 CC).

Las asociaciones, en efecto, no tienen por qué contar con un patrimonio inicial (ya que los asociados sólo se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para la consecución de los fines de la asociación –art. 5–), y el que adquieran en el futuro no pertenece en ningún momento a los asociados (que pueden cambiar durante la vida de la asociación, pues la integración y separación son siempre voluntarias), sino que forma un conjunto patrimonial que, si no se creara un nuevo sujeto de derecho, daría lugar a una especie de vacío de titularidad y no tendría la independencia que le proporciona el estar agrupado bajo un único titular. Además, esa independencia patrimonial se mantiene, no sólo durante toda la vida de la asociación, pues el patrimonio estará siempre afecto al cumplimiento de los fines asociativos sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo (art. 13), sino también en el momento de su extinción, pues en caso de disolución deberá darse al patrimonio de la asociación el destino previsto en los estatutos (art. 17).

Y lo mismo ocurre con las fundaciones, pues sin la creación de un nuevo sujeto de derecho, el patrimonio de la fundación carecería de titular y no estaría dotado de la necesaria independencia que, también en las fundaciones, se mantiene tanto durante su funcio-

namiento, al estar el patrimonio siempre afectado a la realización de los fines fundacionales, como en el momento de su extinción, en el cual los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general, y hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida (art. 33).

— En cambio, en los casos de personificación indirecta, se parte de la **existencia de una previa titularidad** sobre un conjunto patrimonial, de modo que la creación de un nuevo sujeto como centro de imputación de derechos y deberes, viene a dar lugar a una suerte de **titularidad superpuesta** que recae sobre el patrimonio en su conjunto y se atribuye a la nueva persona creada.

Por eso, en caso de extinción de la persona jurídica debe procederse a la liquidación del patrimonio social de modo que, una vez pagadas íntegramente las deudas sociales, se entregue a cada socio la cuota que le corresponda en la masa social (art. 235 CCo. y art. 394 LSC), presentando ello alguna especialidad en el caso de las Cooperativas, pues al responder las mismas a una finalidad que, aunque particular, tiene un claro interés social y goza de protección constitucional (art. 129.2 CE), están sujetas a ciertas normas que dotan a su patrimonio de una configuración especial (fondos sociales obligatorios) que se manifiesta en el momento de su adjudicación en caso de extinción (art. 75 Ley de Cooperativas).

e) Estructura funcional

Finalmente, la creación de una persona jurídica lleva consigo la existencia de una estructura funcional que se plasma en unos Estatutos en los que se determina tanto el régimen interno de actuación, como el régimen externo de representación frente a terceros (art. 7 Ley de Asociaciones, art. 11 Ley de Fundaciones o art. 23 LSC).

Las distintas normas distinguen, así, dentro del contenido del negocio constitutivo, entre los elementos esenciales que dan lugar a la propia existencia del negocio (elementos subjetivos, determinación de la voluntad constitutiva, elementos objetivos en su caso) y los estatutos, que contienen las circunstancias identificativas de la persona jurídica, sus fines y el régimen de funcionamiento del

ente, tanto en cuanto a la gestión interna y la forma de adopción de acuerdos, como en cuanto a los órganos de representación.

Precisamente, de este aspecto de la representación de la persona jurídica pasamos a ocuparnos a continuación, siendo una cuestión esencial, pues en todo negocio constitutivo deben quedar designadas aquellas personas que, inicialmente, se encarguen de dicha representación.

4. La representación orgánica de las personas jurídicas: sus caracteres

La actuación en el tráfico del nuevo sujeto de derecho creado, presupone la intervención de una persona física que lo haga en su nombre, lo que plantea la cuestión de la imputación a la persona jurídica de los actos de su representante. Para solucionar tal problema, se acude al concepto de la representación orgánica, que presenta especialidades frente a los tipos clásicos de la representación voluntaria y la legal.

La actuación en el tráfico de las personas jurídicas, el ejercicio y cumplimiento de sus derechos y obligaciones, se realiza a través de personas físicas que intervienen como sus representantes, lo que ha planteado dos tipos de cuestiones:

— desde el punto de vista interno, se trata de resolver la cuestión de la imputación a la persona jurídica de los actos del representante, es decir, determinar por qué dicha persona jurídica adquiere los derechos y titularidades derivados de la actuación de su representante y, asimismo, por qué viene obligada a cumplir todas las obligaciones que éste haya contraído en su nombre;

— y desde el punto de vista externo, se trata de determinar cuál es el título de legitimación formal del representante, es decir, aquel que acredita frente a terceros su condición de tal y, asimismo, su título de legitimación material, es decir, el ámbito de sus facultades.

Para resolver tales cuestiones, se procede a una aplicación en el ámbito del Derecho privado, de las doctrinas sobre el órgano elaboradas en el Derecho administrativo y relacionadas con la personalidad jurídica del Estado, pues, en efecto, si el Estado se concibe como un sujeto de derecho, es decir, como una persona jurídica, ha

de suponerse necesariamente –como dice SANTAMARÍA PASTOR– (30) que realiza actuaciones y, en particular, manifestaciones de voluntad que deben considerarse como propias de la persona jurídica, no de ninguna de sus partes ni de sus miembros; pero como dicha persona jurídica carece de realidad en el mundo físico, es la actuación de aquellas personas físicas que deciden por la persona jurídica, la que se convierte en propia actuación o voluntad del Estado.

Este fenómeno, denominado imputación, en virtud del cual la acción de una persona física se convierte en acción de la persona jurídica, se explicó en el Derecho público, tradicionalmente, a través del concepto jurídico-privado de la representación; pero a finales del siglo XIX, la doctrina alemana acuñó otra explicación que, trazando un paralelismo entre seres vivos y personas jurídicas, hizo fortuna: de la misma forma que una persona humana se compone de órganos, las personas jurídicas están igualmente compuestas de órganos, y esta condición se atribuye a las personas físicas que, estando integradas en el Estado y formando parte del mismo, actúan por él.

El punto central de la teoría del órgano se halla, por consiguiente, en el fenómeno jurídico de la imputación, esto es, en que los actos realizados por los servidores de una persona jurídica pública se imputan o atribuyen a la esfera jurídica de ésta, asumiendo la Administración *ex lege* las consecuencias o efectos jurídicos de tales actos. Ahora bien, tal imputación presupone la existencia de una estructura orgánica, es decir, la distribución de las distintas funciones o actividades que realiza la persona, y la designación de los titulares del órgano encargado de realizar cada una de ellas, para que actúen siempre en el ámbito de sus competencias. (31)

(30) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid, 2009. Tomo I, pp. 298 y ss.

(31) Aunque en nuestra doctrina administrativista parece prevalecer la idea de que en términos técnicos “sólo pueden ser considerados órganos las unidades funcionales (...) que ostentan el poder de expresar hacia el exterior la voluntad jurídica del ente en que se integran” (SANTAMARÍA PASTOR), y en sentido semejante se expresa el artículo 5 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que considera como órganos “las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”, en el ámbito privado tal conclusión es discutible pues existen órganos, como la Junta General, que ex-

La aplicación de la teoría indicada a las personas jurídicas de carácter privado, exige, para una clara delimitación de su ámbito de aplicación, la precisión de los **caracteres esenciales del concepto de representación orgánica** para lo cual hay que tener en cuenta tres aspectos: finalidad, origen y contenido.

— *En cuanto a su función o finalidad, la representación orgánica aparece como un tipo especial de representación cuya función es **exclusivamente representativa**, pues se trata de posibilitar la actuación en el tráfico de un nuevo sujeto de derecho que es titular de un patrimonio y, como consecuencia de tal finalidad, **tiene carácter necesario**, pues viene impuesta por la ley -en aras de la seguridad del tráfico y de las relaciones jurídicas- en todo caso de creación de una persona jurídica.*

La representación orgánica se distingue efectivamente de la representación voluntaria por su función o finalidad, pues mientras esta última es un instrumento jurídico al servicio de la autonomía de la voluntad que permite a un sujeto de derecho ampliar sus posibilidades de actuación confiriendo a un representante –como señalaba DE CASTRO (32)– la facultad de actuar y decidir dentro de ciertos límites en interés y por cuenta del representado, por lo cual, su existencia no es necesaria sino que dependerá de la voluntad de dicho representado; en el caso de la representación orgánica, se trata de una representación necesaria que se impone por la ley en todo supuesto en que se lleve a cabo un negocio constitutivo por medio del cual se cree un nuevo sujeto de derecho al que se adscriba la titularidad única de un patrimonio independizado, pues, en tales casos, es obligada la existencia de un representante que manifieste y exteriorice la voluntad del ente y permita su actuación independiente en el tráfico.

Este carácter necesario impuesto por la ley, ha llevado a un sector doctrinal a considerarla como un tipo especial de representación

presan efectivamente la voluntad de la persona jurídica, pero su actuación se dirige exclusivamente al interior de la misma, ya que la representación corresponde legalmente a los administradores (art. 209 LSC).

(32) DE CASTRO: *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972, p. 108.

legal. En contra de ello, señala DIEZ PICAZO (33) que la representación de las personas jurídicas “es, desde luego, una *representación necesaria* –la persona jurídica necesita el representante para actuar–, lo que basta para situarla fuera del campo de la representación estrictamente voluntaria. Pero esto no basta sin más para llevarla al campo de la representación legal. La determinación de la persona o personas que han de ostentar esta representación no es obra de la ley, sino de los propios interesados, fundadores de la persona jurídica o miembros de ella. De la misma manera, la determinación de las facultades del representante y la duración de su representación son obra de la autonomía privada de los interesados, bien configurando al efecto los estatutos o reglas por que haya de regirse la persona jurídica, o bien determinándolo al conferir la representación a una persona determinada”, considerando dicho autor que la representación orgánica constituye así un *tertium genus* diverso de la representación estrictamente legal y de la estrictamente voluntaria.

Desde luego, la representación orgánica tiene caracteres especiales que impiden fijar su naturaleza acudiendo únicamente a los conceptos de representación voluntaria y legal, pero hay que reconocer que en este aspecto comparte con esta última el carácter necesario impuesto por la ley, sin que ello quede desvirtuado por la concesión de un cierto ámbito de autonomía a los particulares en la determinación de la persona del representante, pues, por ejemplo, en un caso de representación legal como es la tutela también existe tal posibilidad y, así, los padres pueden en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados, y, 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 (art. 223 CC).

Pero en lo que sí se diferencian claramente la propia representación legal de la orgánica, es en su función o finalidad, pues mientras que en la orgánica existe una función únicamente representativa, en

(33) DIEZ PICAZO, Luis: *La representación del Derecho privado*. Civitas. Madrid, 1979, p. 72.

la representación legal, el fenómeno representativo no es la finalidad última, sino que es un mero instrumento para el cumplimiento de otros fines, como son, esencialmente, la protección de ciertas personas, o el tratamiento independizado de ciertas masas de bienes en consideración a los derechos de terceros o al destino de tales masas.

Así ocurre, cuando se trata de la protección de personas con la capacidad de obrar limitada, en que la representación legal “es un presupuesto para poner en acto la capacidad de obrar (en potencia) del incapaz” (34). Por ello, la ley concede a los padres la representación legal de sus hijos menores no emancipados (art. 162 CC), y a los tutores la condición de representantes legales de incapacitados y menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad o en situación de desamparo (art. 222 CC). Pero también existen casos de representación legal cuya finalidad radica en la necesidad de mantener el tratamiento diferenciado de un patrimonio, lo que puede obedecer a diversas causas jurídicas como, por ejemplo, la indeterminación en cuanto a la propia titularidad y destino del patrimonio –así ocurre en cuanto a la herencia que pueda corresponder al concebido y no nacido, caso en el cual los bienes hereditarios se pondrán en administración (art. 965 CC), o cuando se trata del patrimonio del declarado ausente, respecto del cual se nombra un representante obligado a conservar y defender su patrimonio y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles (art. 185 CC), y también en los casos de incertidumbre en cuanto a la condición de heredero, en los que se ponen en administración los bienes de la herencia (art. 801 CC)–, aunque la causa fundamental es la protección de los derechos de los terceros, de modo que el ordenamiento jurídico mantiene en ciertos casos la unidad de un patrimonio, incluso aunque ello suponga la constitución de un patrimonio personal separado, cuando ello se presenta como la única situación para proteger adecuadamente a los acreedores –lo que ocurre, como vimos, en la herencia a beneficio de inventario o en caso de concurso–.

— En cuanto a su origen, lo característico de la representación orgánica es que tiene su **origen en el propio negocio constituti-**

(34) DE CASTRO. *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972, p. 131.

vo de la persona jurídica, del cual deriva de modo directo el título de legitimación formal del representante.

El efecto propio de la representación, es decir, que lo actuado por una persona se impute a otra, de modo que las consecuencias de la actuación del representante recaigan sobre el patrimonio del representado, presupone la existencia de un título de legitimación formal en el representante admitido por la ley, y en tal sentido dice el artículo 1259 del CC que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

En consecuencia, nuestro Derecho admite dos posibles fuentes que confieran al representante un título de legitimación formal para actuar en el tráfico:

— En primer lugar, está la existencia de una **disposición legal** que así lo reconozca, y ése es el caso de los supuestos de representación legal, en los cuales, como hemos visto, la ley concede directamente a los padres y a los tutores la representación de los hijos menores no emancipados y de los incapacitados.

Pero también es el caso de otros supuestos no necesariamente ligados a una finalidad protectora, sino con la mera finalidad de facilitar el tráfico mercantil o la actuación en el tráfico de ciertos patrimonios o, incluso, de comunidades de bienes, en los que la ley establece tal representación. Así ocurre, por ejemplo, con la legitimación formal derivada de la mera notoriedad en el ámbito mercantil que regula el art. 286 del CCo., o en el supuesto de las Uniones Temporales de Empresas reguladas por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, en las que, aunque carecen de personalidad jurídica (art. 7), debe existir un gerente único a quien la ley le otorga “poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes”; o bien en las comunidades en régimen de propiedad horizontal reguladas por la Ley 49/1960, de 21 de julio, en las cuales “el presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten” (art. 13).

— Pero el título de legitimación puede derivar también de modo directo de **un negocio jurídico al que la ley atribuya tal efica-**

cia, y así ocurre tanto en los negocios unilaterales de concesión de poder, como en los negocios constitutivos de una persona jurídica.

En efecto, el caso típico en nuestro Derecho, que constituye el presupuesto de la representación voluntaria, es el del negocio jurídico cuya única finalidad es legitimar la actuación de una persona en el tráfico y que se plasma en la concesión de un poder el cual, para tener eficacia en el tráfico y perjudicar a terceros, debe constar en documento público (art. 1280.5 CC).

Pero ese efecto de legitimación también deriva directamente de los negocios en virtud de los cuales se constituye una persona jurídica pues, como hemos indicado, la ley impone necesariamente la existencia de una persona física que exprese frente a terceros la voluntad del nuevo sujeto de derecho, y esa persona o personas quedan determinadas en el propio negocio constitutivo que constituye, así, única y directamente, el origen y título de su legitimación formal. En otras palabras, una vez celebrado el acto constitutivo, en el que se ha determinado la forma de representación y la identidad del representante, y dotado ello de la debida publicidad, no es preciso el otorgamiento de ningún negocio jurídico complementario que habilite al representante para actuar frente a terceros, sino que su legitimación es inherente al propio negocio de creación de la persona jurídica.

Por eso es tan difícil admitir la existencia de una propia representación orgánica cuando no hay una persona jurídica. Señala DE LA CÁMARA (35) "que la representación orgánica es concepto susceptible de ser referido a supuestos en los que no hay persona jurídica. Con relación a la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria simple, que en el Derecho italiano carecen de personalidad jurídica, se ha sostenido, sin embargo, que los administradores sociales son verdaderos representantes orgánicos. A nuestro juicio, y de acuerdo con las ideas expuestas por MÜLLER FREIENFELS, la representación orgánica debe entrar en juego siempre que un grupo de personas o una suma de intereses (constituyan o no un ente personificado) quieran darse una organización corporativa. Para que la organización corporativa pueda funcionar como tal es necesario que los integrantes

(35) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Estudio sobre la representación legal en Derecho Mercantil*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico DE CASTRO. Madrid, 1976. Tomo I, p.298.

del grupo atribuyan su representación a una persona (órgano) con carácter exclusivo. Para ello los interesados se desprenden de la competencia para realizar los actos que atribuyen o delegan en el órgano, porque sólo por ese procedimiento el grupo puede quedar constituido de forma autónoma y alcanzar su independencia. En el órgano está localizado exclusivamente el poder de representar a las personas que integran la colectividad organizada. El órgano ha sido creado para ejercer funciones representativas de carácter exclusivo (...)” concluyendo que “la médula de la representación orgánica estriba, pues, en la necesidad de que el grupo (o la persona jurídica) se valga de un tercero que actúe en su nombre para la realización de determinados actos, que sólo podrán cumplirse a través del mismo”.

No obstante, el propio Cámara ya reconoce que la representación orgánica presupone una “organización corporativa” y se refiere a la constitución del grupo “de forma autónoma” para “alcanzar su independencia”, conceptos que sólo parecen predicables de un patrimonio independizado a través de la creación de un nuevo sujeto de derecho: persona jurídica. Pero sobre todo es que, únicamente por medio de un negocio constitutivo que cree una persona jurídica dotada de una estructura determinada en la que se diferencien las distintas unidades funcionales y se designe a los órganos, puede establecerse a favor de las personas físicas investidas de la facultad de ejercitar las funciones correspondientes una legitimación formal derivada del propio negocio constitutivo, es decir, una propia representación orgánica.

En cambio, en otras figuras, como la sociedad civil, la legitimación formal del representante no resulta del propio negocio asociativo, sino de un negocio complementario de apoderamiento que fija los límites de actuación del representante (art. 1698 CC). La ley establece así distintos efectos en uno y otro caso, y no parece lógico tratar ambos de modo homogéneo –considerando que la sociedad civil constituye una persona jurídica como, por ejemplo, una sociedad colectiva o capitalista– cuando sus efectos legales son diferentes. En particular, el reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad civil constituida en documento privado (art. 1667 CC) por su mera publicidad de hecho (según la interpretación que se da al art. 1669 CC), debería conducir a la admisión de un documento privado como título de legitimación del representante en el tráfico –ya que, como hemos visto, en las propias personas jurídicas tal

título de legitimación es el propio negocio constitutivo-, lo que sería contrario a la mínima seguridad exigible en las relaciones jurídicas, pues, en nuestro Derecho, para representar a cualquier persona con eficacia en el tráfico y en perjuicio de terceros, se exige un poder que conste en documento público (art. 1280.5 CC).

— En cuanto a su *contenido*, la representación orgánica se aproxima a la legal en la medida que **el ámbito material de legitimación del representante resulta de las disposiciones legales**, aunque es posible realizar aquí ciertas distinciones según el tipo de persona jurídica.

La representación voluntaria, abarca en principio todo el campo de la autonomía de la voluntad en su sentido más amplio, “comprendiendo la celebración de negocios jurídicos, realización de actos jurídicos no negociales, ejercicio de derechos y facultades, siempre que no tengan carácter de personalísimos” (36). Ahora bien, **su contenido depende estrictamente de la voluntad del representado, pues únicamente a él le corresponde la fijación de sus límites**. Por ello, aunque el mandato puede referirse a la prestación de algún servicio o la realización de alguna cosa por cuenta o encargo del poderdante (art. 1709 CC) y comprender todos los negocios del mandante o uno o más negocios determinados (art. 1712 CC), la ley establece que, en todo caso, el mandatario no puede traspasar los límites del mandato, salvo si el cumplimiento del mismo fue más ventajoso para el mandante (arts. 1714 y 1715 CC), y debe arreglarse en la ejecución del mandato a las instrucciones del mandante (art. 1719 CC), de tal modo que las obligaciones contraídas por el mandatario fuera de los límites del mandato, no obligan al mandante (art. 1727 CC).

De todo lo anterior resulta, como idea esencial, que siendo la representación voluntaria un instrumento jurídico reconocido en interés del mandante y que éste puede utilizar libremente, sea precisamente **la protección del interés de dicho mandante** lo que pase a primer plano, de modo que no se vea obligado a cumplir aquellas obligaciones que el mandatario haya contraído, si no resulta clara la voluntad del mandante de conferirle las facultades suficientes para

(36) DE CASTRO. *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972, p. 110.

realizar el acto o negocio de que se trate. Desde este punto de vista –y sin perjuicio de los casos de protección de los terceros de buena fe (arts. 1734 y 1738 CC)–, **la interpretación del contenido del poder ha de ser siempre estricta**, y ésta es la doctrina que resulta de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de modo que, según la RDGRN de 18/10/89 la interpretación en materia de poderes “ha de desenvolverse en su ámbito estricto para evitar averiguaciones más o menos aventuradas que puedan dar lugar a extralimitaciones perjudiciales para los intereses del apoderado”; y, en el mismo sentido, la RDGRN de 14/3/96 señalaba que la interpretación del poder debe hacerse tomando en consideración los intereses del poderdante, los cuales se verían puestos en peligro si esa libertad interpretativa condujera a la extensión del poder más allá de los supuestos que el poderdante previó y consintió, concluyendo que “el poder no puede ser objeto de una interpretación extensiva por la cual se incluyan en él, supuestos que no estuvieran previstos en sus propios términos. Pero ello no significa que deba ser interpretado de forma restrictiva (...) sino estricta, es decir, atendiendo a lo que propiamente y sin extralimitaciones constituye su verdadero contenido”, indicando finalmente la RDGRN de 1/6/99 que “en la cuestión del ámbito de las facultades representativas conferidas al apoderado, debe regir el criterio de interpretación estricta, de manera que no puede en principio extenderse el mandato a cosas distintas de las comprendidas en su texto”.

A diferencia de la representación voluntaria, el contenido de la representación legal viene determinado por la ley, y en este punto la representación orgánica también se aproxima, como decíamos, a la representación legal. Señala DE CASTRO (37) que en los supuestos de representación legal “el representante no depende de la voluntad del representado, de lo que éste declara en el poder o en unas instrucciones a las que deba arreglarse. Cuando se habla de extralimitación o abuso de poder del representante legal se hace referencia a la extensión de las funciones confiadas por las disposiciones legales o determinadas por los organismos de los que dependa”. Y, en el mismo sentido, **la representación orgánica tiene el contenido que resulta de las disposiciones legales**, aunque es necesario realizar aquí ciertas distinciones pues, aunque, como vimos ante-

(37) DE CASTRO. *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972, p. 132.

riormente, el objeto o finalidad de la persona jurídica no limitan, en principio, su capacidad, sí que influyen en la esfera de actuación de su representante.

— En el ámbito de las **personas jurídicas sometidas a principios mercantiles al ser la actuación en el mercado el fundamento de su existencia**, como ocurre especialmente con las **sociedades de capital**, se pone claramente de relieve esa determinación legal del contenido de la representación orgánica que tiene aquí un carácter muy amplio pues, por una parte, al responder a intereses privados de tipo económico, las restricciones que la ley impone al ámbito material de representación son la excepción y aparecen generalmente desconectadas de su objeto o finalidad y, por otra parte, de acuerdo con los principios mercantiles favorecedores del tráfico se procura garantizar la eficacia de los negocios a favor de los terceros, limitando las excepciones que pueden oponérseles.

El art. 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, señala en cuanto al ámbito del poder de representación en dichas sociedades, que: 1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

Las conclusiones que se extraen de dicho precepto pueden sintetizarse del modo siguiente:

(Ámbito interno) En el ámbito interno, el objeto social constituye un verdadero límite a las facultades de los administradores, pues los socios arriesgan su capital para la realización de aquellas actividades que constituyen el objeto de la sociedad, pero no otras, y, por ello, no les es indiferente su modificación o sustitución (derecho de separación ex art. 346 LSC), ni la actuación de los administradores que sea contraria a los estatutos (acción de responsabilidad ex art. 236 LSC).

(Ámbito externo) En cambio, en el ámbito externo que el acto esté o no comprendido en el objeto social delimitado en los estatutos es absolutamente indiferente, y la sociedad quedará obligada frente a los terceros por los actos de sus administradores, siempre que tales terceros hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. De esta manera:

— Para proteger a los terceros, se prescinde –como señala Polo (38)- de los efectos positivos de la publicidad registral, de forma que no se les obliga a consultar el Registro Mercantil (o, mejor, las publicaciones del BORME), ni se presume el conocimiento de su contenido. Por ello, no se inscriben en el Registro Mercantil la enumeración de facultades del órgano de administración (art. 185.6 RRM), ni pueden oponerse a tercero cualesquiera limitaciones de las facultades representativas de los administradores, aunque se hallen inscritas en el Registro Mercantil (art. 234.1 LSC).

— Pero tampoco se deja totalmente desprotegida a la sociedad, que puede oponer frente a tercero dos excepciones:

1. Como regla general, aunque nuestra Ley –al realizar la adaptación al artículo 9 de la Primera Directiva 68/151/CEE- no ha formulado expresamente la salvedad de dicha Directiva comunitaria sobre los límites legales del ámbito material de representación, la doctrina entiende que es aplicable en nuestro Derecho la regla del conocimiento presuntivo de las leyes, de modo que si la Ley requiere en ciertos casos el previo acuerdo de otro órgano, como la Junta General, aunque los actos realizados por los administradores estén comprendidos en el objeto social “la sociedad no quedará obligada por los mismos si no los ha autorizado previamente la junta general a través del oportuno acuerdo, con independencia de su conocimiento por el tercero y de su buena o mala fe.” (POLO) (39)

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 1997, se consagra una aplicación prác-

(38) POLO, Eduardo: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Tomo VI. Civitas. Madrid, 1992, p. 189.

(39) POLO, Eduardo. *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Tomo VI. Civitas. Madrid, 1992, p. 182.

tica de dicha doctrina en la interpretación del artículo 9 de la citada Directiva, pues en ella el Gobierno español se manifestó contrario a que una sociedad pudiera oponer frente a un tercero, con el que el administrador ha celebrado un negocio jurídico que obliga a aquélla, la falta de poderes de dicho administrador basada en un conflicto de intereses entre éste y la sociedad, cuando dicha falta de poderes **no resulte de una disposición legal imperativa**, siendo indiferente a este respecto que el tercero conociera el conflicto de intereses o que su existencia fuera evidente.

2. Y, por otra parte, como regla especial, la sociedad puede ejercitar una acción de ineficacia si demuestra que el tercero tenía conocimiento efectivo de que al acto excedía el objeto social, o no podía ignorarlo sin incurrir en culpa grave, sin que, naturalmente, la prueba pueda depender de la publicación registral de los estatutos, sino que deberá basarse en las circunstancias personales y concretas del tercero y su relación con la sociedad.

Lo característico del sistema actual, es que a la sociedad no le basta con probar la actuación *ultra vires* del administrador como ocurría anteriormente, pues como señalaba la RDGRN de 2 de octubre de 1981, “cabe a las partes contender y discutir ante los Tribunales acerca de si el acto fue o no realizado *ultra vires* por los Administradores (...) y que, en consecuencia, sea declarada su nulidad”, sino que la sociedad debe probar la mala fe o la culpa grave del tercero en el conocimiento del objeto social para evitar quedar obligada. Señalaba Esteban VELASCO, (40) con referencia a la anterior regulación, que no se había dado “una respuesta satisfactoria a la cuestión de la protección del tercero que concluye de buena fe un acto ajeno al objeto social”, pues “en general en las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales se ha afirmado que los actos ajenos no vinculan a la sociedad, aunque no faltan propuestas interpretativas que moderan las consecuencias en los casos en que es particularmente difícil para los terceros formarse un juicio sobre la conformidad con el objeto”. La normativa actual, como señala la STS de 28 junio 2004, “protege al tercero que confía en la apariencia ante una extralimitación del administrador con el que se relaciona,

(40) *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*. Civitas. Guadalajara 1987, p. 429.

señalando que esa confianza es fundada cuando la ignorancia de la realidad es excusable, esto es, cuando el tercero obró de buena fe y sin culpa grave”.

Respecto de las **Cooperativas**, aunque tienen un cierto carácter mixto al combinar intereses particulares y públicos, el ámbito material de representación –dada su finalidad principal de satisfacer las necesidades o aspiraciones económicas y sociales de sus miembros, lo que implica generalmente una actuación en el mercado– parece regirse por principios mercantiles, y así el art. 32 de la Ley establece que las facultades representativas del Consejo Rector se extienden a todos los actos relacionados con las actividades que integren el objeto social de la cooperativa, sin que surtan efectos frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los Estatutos.

— En el ámbito de las **personas jurídicas sometidas a principios civiles al responder a finalidades de interés general**, como ocurre con **las fundaciones o las asociaciones**, las restricciones legales en el ámbito material de la representación son generalmente mayores y aparecen ligadas a la consecución de tales fines, sin que aquí se vea la necesidad de disminuir las garantías en la formación de los contratos en beneficio del tráfico y de los terceros que contraten con la persona jurídica.

Por ello, el Patronato de las Fundaciones, cuya misión esencial es el cumplimiento de los fines fundacionales, tiene restringida su actuación externa como órgano de representación en muchos supuestos, como en la enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, para lo que requerirán la previa autorización del Protectorado, o, incluso, para otros actos de disposición, se exige la comunicación de los mismos al Protectorado (art. 21 Ley Fundaciones). Y en el caso de las asociaciones, la ley establece una clara restricción del ámbito material de actuación de los representantes ligado a los fines de la asociación, pues conforme al art. 12: a) Las facultades del órgano de representación se extenderán, con carácter general, a todos los actos propios de las finalidades de la asociación, siempre que no requieran, conforme a los Estatutos, autorización expresa de la Asamblea General.

En cuanto se trata de limitaciones legales al ámbito de actuación de los representantes y no existe aquí una supresión de los efectos positivos de la publicidad registral, parece lógico entender que, en estos casos, el incumplimiento de los requisitos legales o la extralimitación de los representantes orgánicos pueden ser alegados frente a tercero, en quien debe presumirse un conocimiento del contenido del Registro y de los Estatutos inscritos en él.

Examinados los caracteres esenciales de la representación orgánica, y su utilidad para solventar el problema de la imputación, incluso en materia de actos ilícitos, (41) lo cierto es que cuando el órgano actúa hacia el exterior, los problemas jurídicos que se plantean son semejantes a los de cualquier fenómeno representativo, por eso, como señala SÁNCHEZ CALERO, "se advierte (...) la utilidad de permanecer en una posición intermedia de la llamada representación orgánica, que implica que la relación entre las personas que constituyen el órgano y la persona jurídica, esto es, la relación orgánica en su aspecto externo, se asemeja extraordinariamente al fenómeno representativo, cuya disciplina puede ser de utilidad en este caso". (42)

De acuerdo con ello, habrá que tener en cuenta:

a) La aplicación general de las normas que regulan la representación voluntaria, ya que, por una parte, la representación orgánica tiene -como hemos indicado- un evidente carácter representativo y, además, por otra parte, tiene -como la voluntaria- un carácter protector de intereses privados, pues se trata de regular los intereses de los particulares en el ámbito de la contratación privada, donde la regla general es el carácter dispositivo, no prohibitivo, de las normas.

(41) En efecto, la teoría de la representación al considerar a la persona jurídica como una especie de ser incapaz de obrar por sí mismo que, a semejanza de lo que ocurre con los demás incapaces, debe actuar por medio de un representante legal (persona representata), tenía como consecuencia en materia de actos ilícitos que, al ser sólo posible la representación dentro de los límites legales de la misma, es decir, en el campo de los negocios jurídicos, por los actos ilícitos realizados por el representante de la persona jurídica respondería éste y no la persona representada.

(42) SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los administradores en las sociedades de capital*. Thomson-Civitas. Madrid, 2007, p. 228.

b) Pero, también, la necesaria adaptación de tales normas a las peculiaridades y caracteres especiales de la representación orgánica que resumió la DGRN en la resolución de 24 de noviembre de 1998, según la cual, "la representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social (...) siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el órgano actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista una actuación *alieno nomine*, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido (autoeficacia); de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social".

EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL: UNA NORMA DEL SIGLO XXI

(125 Aniversario del Código Civil)

Juan Bolás Alfonso

Notario

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA RECEPCIÓN DEL ARTÍCULO 831 EN SU NUEVA REDACCIÓN
- III. LA REALIDAD SOCIAL DEL TIEMPO EN QUE SE APLICA LA NORMA
 - 1. La protección de las personas que sufren discapacidad
 - 2. La sucesión del patrimonio y de la empresa familiar
 - 3. La crisis del sistema legitimario
- IV. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL
 - 1. Presupuestos
 - 2. Facultades delegadas
 - 3. Ejercicio de las facultades
 - a) Forma, plazos y efectos
 - b) La administración de los bienes
 - 4. La alteración del régimen de las legítimas
 - 5. Extinción de las facultades del fiduciario
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Antes de nada, debo confesar que soy partidario de la reforma del artículo 831 del Código Civil llevada a cabo por la Ley 41/2003 porque, tras casi cuarenta años de ejercicio profesional como notario,

el nuevo mecanismo introducido en el Código Civil me ha permitido, a lo largo de la última década, ayudar a los testadores a diseñar sus disposiciones de última voluntad de la manera más ajustada posible a sus deseos y circunstancias familiares.

Así, unas veces la preocupación de los testadores se centra en lograr la mayor protección posible para un hijo afectado por una discapacidad. Como dice Rafael LEÑA, en el caso de un hijo afectado por discapacidad *"si la muerte sorprende a uno de los padres, el que queda puede solucionar los problemas del disminuido; con el transcurso del tiempo contará con unos elementos de juicio que antes podía no tener el premuerto, tales como el talante del resto de los hijos y sus cónyuges, sus respectivas actitudes sobre el problema del disminuido, la mayor o menor capacidad de este hijo, el volumen real del patrimonio con que cuenta, la cuantía de la pensión que en ese momento pueda quedar al mismo..."*. (1)

Otras veces, siendo jóvenes los testadores y teniendo hijos de muy corta edad, su angustia obedece a la imposibilidad de predecir el futuro de la familia, las futuras necesidades de los hijos y, por supuesto, la situación en que quedará el viudo.

Y otras veces, con cierta frecuencia, la preocupación de los testadores gira sobre el destino del patrimonio familiar en su conjunto, o de la empresa familiar, con el temor de que a su muerte el patrimonio tenga que fraccionarse y/o que la sucesión de la empresa familiar, a la que han dedicado su vida, genere problemas entre los hijos, o que su modesto patrimonio familiar obligue a un importante sacrificio del viudo para pagar las legítimas de los descendientes.

Ciertamente, podía hablar a estos testadores de la posibilidad de ordenar el pago de la legítima en metálico o incluso, en caso de modestos patrimonios cuya parte esencial es la vivienda familiar, de asegurarse su subsistencia económica con una renta vitalicia o una hipoteca inversa, pero estas soluciones parciales y, en ocasiones costosas, me han resultado siempre insuficientes para atender a los distintos casos, dada su complejidad.

Por ello, soy partidario de la nueva fórmula del artículo 831, la fiducia sucesoria en favor del progenitor sobreviviente.

(1) LEÑA FERNÁNDEZ, R.: "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la ley 41/2003". *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 20, año 2005, pp. 179 y ss.

La reforma de la Ley 41/2003, en lo tocante al artículo 831 tuvo en su origen una motivación muy concreta. En efecto, en un principio lo que se contempló fue la hipótesis de unos padres con varios descendientes comunes entre los cuales alguno o algunos estuviesen afectados por una discapacidad. La reflexión era la siguiente: los padres han luchado siempre para que a ese hijo no le faltara de nada en comparación con sus hermanos y para que se sintiera igual a ellos, haciendo frente para ello a importantes gastos de médicos, cuidadores, colegios especiales, etc. Pues bien, así las cosas, la muerte de uno de los padres tiene un impacto muy negativo en esa familia porque, el padre o madre sobreviviente, al dolor de la pérdida del cónyuge y a su soledad para el cuidado y formación del discapaz, suma, en la mayoría de los casos, el problema de la pérdida de una fuente de ingresos y, además, se ve obligado a la partición de la herencia y al pago de los legítimas desde la apertura de la sucesión. Con el artículo 831 las cosas pueden funcionar de otra manera y por ello la medida se pensó como una forma de protección indirecta de las personas con discapacidad.

Afortunadamente, en mi opinión, la redacción final del artículo, como veremos, le ha dado a la norma un carácter general que permite su aplicación sin necesidad de que en el grupo familiar exista un hijo con discapacidad.

Hecha esta previa confesión sobre mi posición totalmente favorable a la utilidad del artículo 831, se comprende que cuando Víctor GARRIDO DE PALMA me solicitó un breve trabajo para el libro del 125 aniversario del Código Civil, no dudase en centrarme en este artículo, más aún cuando precisamente el mismo GARRIDO DE PALMA es uno de los autores que más sensibilidad ha demostrado sobre la materia que nos ocupa esforzándose en divulgar su potencialidad. (2)

(2) GARRIDO DE PALMA, V. : "Los actuales artículos 831 y 1.056-2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas". *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 2005, pp. 121 y ss. Y en la misma revista, volumen julio-septiembre 2.012, pp. 353 y ss. "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil".

II. LA RECEPCIÓN DEL ARTÍCULO 831 EN SU NUEVA REDACCIÓN

Como reconoce el citado autor, al tratar la doctrina este artículo unos autores lo sobrevuelan, otros lo critican por excesivo o muestran perplejidad y alguno vaticina su escasa aplicación. (3)

Y lo cierto es que, desafortunadamente, las novedades introducidas en el artículo 831 por la Ley 47/2003 no fueron acogidas por la doctrina tradicional con la crítica positiva que a mi juicio merece y mucho menos con entusiasmo.

La importancia del nuevo artículo 831 ha sido valorada de forma muy distinta por la doctrina. Así, por ejemplo, frente a la opinión de Carmen MINGORANCE GOSÁLVEZ, según la cual “la reforma del artículo 831 del Código Civil, tras la *Ley de Protección de las Personas con Discapacidad*, es de poca transcendencia en relación con el texto anterior”, (4) Luis RUEDA ESTEBAN, autor que ha estudiado con detalle la nueva norma, considera que “los cambios efectuados en el artículo 831 CC fueron enormes”. (5)

Soy de la misma opinión que este último autor porque, a mi juicio, la ley 41/2003 al modificar tanto el artículo 831 como el artículo 813 ha alterado notablemente las tradicionales características del sistema legitimario establecido por el legislador decimonónico en favor de los hijos y descendientes basado en la intangibilidad legitimaria en su doble aspecto cuantitativo y cualitativo.

Creo que lo sucedido en torno a la recepción del artículos 831 y al reconocimiento de su impacto en el sistema legitimario es simplemente consecuencia de la tradicional postura de rechazo de todo cambio en el sistema de legítimas propio del siglo XIX. Parece como si la doctrina desarrollada en el siglo XX bloqueara cualquier tentativa de reforma del sistema.

(3) GARRIDO DE PALMA, V.: “Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. Ob. cit., p. 357.

(4) MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: “El cónyuge viudo como contador partidor en el Derecho Sucesorio español (artículo 831 del Código Civil)”. *Revista Jurídica del Notariado*. Abril-junio 2007, p. 191.

(5) RUEDA ESTEBAN, L.: “El fiduciario del artículo 831 CC y la facultad de gravar con sustituciones fideicomisarias o con fideicomisos a favor de hijos o descendientes como forma de mejora” En “Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez”. Tomo I. Dykinson 2013, p. 602.

Es bien sabido que las reformas y modificaciones del Derecho Civil contenido en nuestro Código se producen a “tempo lento”, frente a lo que sucede en otras disciplinas jurídicas como el Derecho Mercantil, El Derecho Administrativo o el Derecho Fiscal. Con ello se quiere significar la tradicional dificultad de introducir reformas legales que vayan acomodando la normativa civil contenida en los textos decimonónicos a las exigencias de los tiempos. Esto es muy visible en épocas, como la actual, en la que los cambios sociales son vertiginosos. Y esto es aún más apreciable tratándose del Derecho de Sucesiones.

La práctica diaria de los despachos jurídicos pone de relieve que, en lo tocante al Derecho de Sucesiones, puede decirse que, a diferencia de alguna legislación foral o autonómica, nuestro Código Civil no es el que los ciudadanos necesitan en la sociedad del siglo XXI.

Es patente la necesidad de una revisión del sistema actual de legítimas, pero la reforma no es sencilla por diversas razones como: la falta de interés para los políticos, la dificultad técnica y el pretendido carácter inmutable de algunos de los principios básicos del sistema sucesorio.

Por ello, aunque no es el procedimiento deseable es de aplaudir que, al menos, se reforme “por parches” como lo hizo la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la espera de la deseada reforma en profundidad. (6)

A los efectos de este breve trabajo, lo que debo destacar como punto de partida es el hecho de que la reforma de diversos artículos del Código Civil, –incluido, por supuesto, el artículo 831–, llevada a cabo por la Ley 41/2003 supone una importante suavización del severo régimen establecido en el siglo XIX en relación con la legítima de los descendientes.

(6) DÍAZ ALABART, S.: *El discapacitado y la intangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Citada por LUIS RUEDA ESTEBAN, *op. cit.*, p. 583 nota 12. Como afirma esta autora, “aceptando plenamente la necesidad de modificar el sistema de legítimas de los descendientes en el Código Civil, para permitir una mayor libertad de disposición del causante, debería haberse acometido una verdadera reforma, y no hacerlo así, como un parche en un caso concreto”.

Pero no adelantemos acontecimientos. Sobre la incidencia de la reforma del artículo 831 en el principio de intangibilidad de la legítima volveremos más adelante.

III. LA REALIDAD SOCIAL DEL TIEMPO EN QUE SE APLICA LA NORMA

Conforme al mandato contenido en el artículo 3.1 del Código Civil, deberemos interpretar el extenso artículo 831 según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Por ello, para comprender y, consecuentemente, interpretar el alcance y contenido de la reforma del artículo 831, además de atender a sus palabras es imprescindible atender a las cuestiones que, en el umbral del siglo **XXI** eran objeto de estudio y debate en esta materia y que estaban y están exigiendo a voces una modificación y/o un impulso del legislador.

A mi juicio son tres los temas que preocupaban y siguen preocupando tanto a los autores como a los destinatarios de la reforma, a saber:

1. La protección de las personas que sufren discapacidad.
2. La sucesión del patrimonio y de la empresa familiar.
3. La crisis del sistema legitimario.

1. La protección de las personas que sufren discapacidad

Como quedó dicho, sin duda alguna, la primera cuestión, que se convirtió en el motor impulsor de la reforma de 2.003, fue la de mejorar la protección de las personas afectadas por algún tipo de discapacidad física o psíquica. Ello, como veremos, resulta meridianamente claro en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 que al referirse al nuevo artículo 831 lo califica como medida de protección indirecta de personas con discapacidad.

Hoy, en pleno siglo **XXI**, el principio de igualdad entre todas las personas, afectadas o no por una discapacidad o minusvalía ha pasado a primer plano. No hace falta insistir aquí en ello, baste con

recordar que el 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Reino de España ha firmado y ratificado esta Convención, y su Protocolo facultativo, por lo que desde el 3 de mayo de 2008 este cuerpo normativo forma parte del ordenamiento jurídico español que asume de forma irreversible el tratamiento jurídico de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

2. La sucesión del patrimonio y de la empresa familiar

No menos evidente que la cuestión anterior era y sigue siendo la relativa a la necesidad de establecer medidas que faciliten la transmisión del patrimonio familiar y/o de la empresa evitando un fraccionamiento perjudicial para la estabilidad de la familia y para la economía.

El Código Civil sólo contemplaba el pago en metálico de la legítima tangencialmente a propósito de la partición realizada por el testador en su testamento (artículo 1056).

Pero la importancia de la cuestión motivó la regulación ex novo del pago de la legítima en dinero extrahereditario, regulación introducida por la reforma de los artículos 841 a 847 llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Y precisamente, unos meses antes de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, la Ley 7/2003, de 1 de abril, en su disposición final primera, dió nueva redacción al párrafo segundo del artículo 1056, a cuyo tenor:

"El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago,

cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844."

Vemos que para el legislador de 2003 el mantenimiento de la empresa familiar es razón suficiente para alterar el régimen de la intangibilidad de la legítima en su aspecto cualitativo y temporal. La legítima ya no es necesariamente "pars bonorum" y su pago puede aplazarse.

Pero la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, con la nueva redacción del artículo 831, permite dar un paso más pues no solo la sucesión de la empresa familiar debe encontrar cauces apropiados sino que también la sucesión en el patrimonio familiar, globalmente considerado, debe facilitarse. Y ello aunque no se trate de patrimonios importantes ya que en la mayoría de las ocasiones son pequeños patrimonios, integrados por la vivienda familiar, unos modestos depósitos bancarios y, a lo sumo, un vehículo.

Desgraciadamente hoy son muchas las familias zarandeadas económicamente por la crisis, sin posibilidades que abonar la legítima estricta sin endeudarse o vender.

3. La crisis del sistema legitimario

Sabido es que, conforme a la normativa decimonónica del Código Civil, la protección de los hijos y descendientes es el objetivo básico del sistema legitimario. La legítima de los descendientes comprende dos tercios de la herencia, siendo uno de mejora y el otro de legítima estricta. La legítima estricta es intangible, ha de abonarse en bienes de la herencia –"pars bonorum"–, una vez abierta la sucesión y no admite condición, limitación ni gravamen alguno.

Se podría decir que el Código Civil, reflejando la concepción imperante en la sociedad decimonónica, protege las legítimas hasta hacerlas inatacables.

De esta concepción decimonónica es difícil abstraerse. La mayoría de los civilistas parten de la concepción de la legítima como de derecho imperativo y, no obstante el paso de los siglos, se mantienen firmes en su postura debilitando cualquier reforma que pudiera suponer una suavización de la intangibilidad legitimaria. Diríamos que se sienten atenazados por la doctrina clásica.

Pues bien, hoy la legítima y su intangibilidad está entredicho. En el año 2003 ya existía una opinión cosolidada sobre la necesidad de reformar el sistema legitimario, reduciendo sensiblemente la legítima de los descendientes o, incluso, convirtiéndola en un derecho de alimentos, favoreciendo al máximo el principio de la libertad de testar.

Recientemente, Victorio MAGARIÑOS, a propósito del ambiente social contrario al sistema de legítimas afirma que: *"He podido comprobar, a través de la experiencia del despacho, que este sentimiento de rechazo está bastante extendido, quizás, como veremos, porque tal sistema de limitación ya no cuenta hoy con el soporte tradicional de una familia que se mantenía, durante toda la vida de los padres, como núcleo de convivencia y de protección recíproca"... "Sin embargo, poco a poco, de manera tímida, se han ido abriendo vías de libertad, aunque exiguas, unas de origen doctrinal y jurisprudencial y otras legal, que suponen el reconocimiento de que la legítima es en ocasiones un impedimento serio para la equilibrada distribución del patrimonio..."*. (7)

Y el mismo autor cita como vías de flexibilidad del sistema: el art. 1056, en beneficio de la conservación de la empresa; los arts. 841 a 847 relativos al pago de la legítima en dinero extrahereditario; y el art. 831 relativo a la facultad de cónyuge viudo de pagar la legítima con bienes que le son propios, no de la herencia del testador. (8)

Sobre la base de su amplia experiencia profesional, destaca la ineficiencia del sistema de legítimas para resolver los problemas que se plantean a la hora de la distribución hereditaria del patrimonio familiar, sea grande o pequeño, haciéndose eco de la inquietud o preocupación surgida en la última década del siglo xx en esta materia que ha motivado que se alcen voces en favor de su reforma y de una mayor libertad de testar *"frente al apego a longevas tradiciones jurídicas y culturales"*. (9)

(7) MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La libertad de testar. Una propuesta de reforma." En *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. Consejo General del Notariado*. 2012. Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Tomo I. p. 644.

(8) Ob. cit., p. 646.

(9) Ob. cit., p. 643.

Victorio MAGARIÑOS, ante el cambio de las circunstancias sociales y económicas de la familia se pregunta *"si en la nueva situación tiene sentido seguir limitando la libertad de testar impidiendo que el propietario pueda disponer libremente de sus bienes a favor de las personas que, a su juicio, le han atendido y querido, o que pueden continuar su obra intelectual y social. Habrá que preguntarse si existe alguna razón para conservar la legítima que no sea la mera inercia de una norma por muy consolidada que esté históricamente"*. (10)

Y es que, como dice este autor, *"Hoy no se pueden esgrimir razones de cohesión familiar, ni la necesidad social y económica de evitar la concentración de la riqueza, consecuencia ésta que se achacaba a la libertad de testar. Hoy, por el contrario, las limitaciones legítimas constituyen un serio inconveniente para la continuación de la empresa, unas expectativas desincentivadoras del trabajo y del esfuerzo personal, contribuyen a fomentar desapegos y desafectos; al contar los favorecidos por ellas con la segura y necesariamente irreflexiva atribución de la ley, al margen del merecimiento y realidad afectiva, circunstancias que el legislador jamás podrá sopesar"*. (11)

La misma inquietud provocada por la ineficiencia del sistema legítimo fue puesta ya de manifiesto en 1995 por Adolfo CALATAYUD SIERRA (12) y por Pablo DE LA ESPERANZA RODRIGUEZ. (13)

En la misma línea, en las conclusiones del Congreso Notarial celebrado en Barcelona el 14 de mayo de 2005, sobre el patrimonio familiar, profesional y empresarial, se propuso acometer reformas legislativas que, partiendo del principio de libertad civil, faciliten mecanismos de autorregulación jurídica, considerándose muy útil a tal fin revisar las rigideces derivadas del sistema de legítimas y desarrollar fórmulas jurídicas encaminadas a ordenar la creación y transmisión del patrimonio familiar, como testamentos mancomunados.

(10) Ob. cit., p. 675.

(11) Ob. cit., p. 676.

(12) CALATAYUD SIERRA, A.: Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado *"Consideraciones acerca de la libertad de testar"*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo IX, pp. 241 y ss. Editorial Revista de Derecho Privado, 1995.

(13) DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P.: "Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión", en Libro *Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. I, pp. 1097 y ss. Consejo General del Notariado.

dos, pactos sucesorios e instituciones fiduciarias que se ajusten al nuevo orden público económico.

Y las conclusiones 10.^a y 11.^a, del Congreso Notarial celebrado con ocasión del 150 aniversario de la Ley del Notariado, en el mes de mayo de 2011, dicen lo siguiente:

"10. Se recomienda una reforma sustancial del sistema legitimario del Código Civil, bien suprimiendo las legítimas o bien modificando su sistema de protección y reeducando su cuantía y ámbito personal".

"11. El Código Civil debe reconocer a la voluntad del causante un mayor protagonismo para ordenar la sucesión, restringiendo su orden público y dando entrada al testamento mancomunado, a los pactos sucesorios y una mayor amplitud a las instituciones fiduciarias".

Y más recientemente, Fernando GOMÁ LANZÓN, partiendo también de su experiencia profesional como Notario, nos recuerda que las legítimas *"están protegidas por un complicado sistema de instituciones, cuya finalidad última –concorde con la concepción que el código tiene de aquéllas– es crear una barrera casi infranqueable a cualquier intento de atacar o menoscabar de cualquier modo los derechos de los legitimarios"* (14) Y al igual que los autores citados, Gomá Lanzón plantea la necesidad de reforma del sistema por su inadecuación a la sociedad del siglo XXI afirmando categóricamente *"que el sistema legitimario del Derecho Común está anquilosado y no responde en absoluto a las necesidades y forma de pensar general de la sociedad del siglo XXI no es algo discutido"*. (15)

Así las cosas, es evidente que, en el momento de elaboración de la norma, el legislador es consciente de esta polémica y por ello no es de extrañar que la nueva redacción del artículo 831 del Código Civil conlleve la debilitación de las características de la legítima tradicional.

Eliminada en este artículo toda referencia a la existencia de un hijo común afectado por una discapacidad, la nueva fórmula testamentaria resulta de gran utilidad para resolver los problemas enunciados al comienzo de este breve trabajo, ya que las necesidades y circunstancias de cada familia son muy variadas así como la posición

(14) GOMÁ LANZÓN, F.: "Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil". En la obra colectiva cit., nota 5, pp. 555 y ss.

(15) Ob. cit., p. 564

de los hijos que no necesariamente tienen que heredar en paridad. La igualdad de los hijos no es hoy razón suficiente para mantener la legítima pues ésta lo que provoca en los descendientes son expectativas de injusta igualdad dado sus diferentes situaciones y su posible comportamiento desigual.

En mi opinión, frente a tesis inmovilistas, la lectura del artículo 10 de la Ley 41/2003, que es el que contiene las modificaciones del Código Civil en materia de régimen sucesorio, pone de manifiesto que el legislador del siglo **XXI** hace prevalecer otras ideas sobre las posturas tradicionales en aras del cumplimiento de los objetivos que considera prioritarios en la realidad social del momento en que se elabora la ley 41/2003. En otras palabras, en este artículo 10 se aprecia la firme postura del legislador a la hora de introducir modificaciones que alteran el principio de intangibilidad legitimaria, hasta ahora indiscutido e indiscutible.

Recapitulando cuanto llevo dicho hasta ahora, a la vista de esta realidad social, la ampliación de la norma a toda hipótesis de matrimonio con hijos comunes me parece plenamente justificada.

En la sociedad actual, a la que se dirige la norma en el año 2003, los padres, estén casados o formen una unión de hecho, necesitan mecanismos que les permitan planificar la sucesión en el patrimonio familiar de la forma más conveniente para las necesidades de la familia y de los hijos o descendientes.

Esas necesidades de futuro, tanto si algún hijo sufre una discapacidad como si los hijos son menores, son muy difíciles de prever. Es preciso que el padre o madre sobreviviente, que naturalmente goza de la total confianza del testador, tenga plena libertad de maniobra para ir diseñando y organizando convenientemente la distribución de la herencia según las diversas circunstancias de los hijos y descendientes y según la naturaleza de sus bienes.

Tanto la atención debida al hijo con discapacidad, como la imposibilidad de prever el futuro de unos hijos menores, o la necesidad de mantener el patrimonio familiar, sin tener que recurrir a la financiación bancaria por ser de modesta cuantía, sin liquidez suficiente para hacer frente al pago de las legítimas de todos los legitimarios, o sin tener que desmembrar la empresa familiar, son razones que justifican plenamente la redacción definitiva del nuevo artículo 831.

En suma, esta triple problemática: protección de la persona con discapacidad; mantenimiento de la unidad del patrimonio familiar,

integrado o no en una empresa; y suavización del régimen legitimatorio, debe tenerse muy presente a la hora de interpretar el alcance y significado de la reforma llevada a cabo por la ley 41/2003, en particular en lo tocante a las distintas modificaciones introducidas en el derecho de sucesiones, modificaciones que, –aparte de la configuración como nueva causa de indignidad en el abintestato el no haber prestado alimentos al causante (artículo 756.-7 del Código Civil)–, son, resumidamente, las siguientes:

a) Posibilidad de que el testador grave la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (artículos 782, 808 y 813 del Código Civil). La sustitución fideicomisaria sobre la legítima de los demás hijos conlleva el aplazamiento de la percepción de la legítima pues los bienes que la integran son disfrutados por el fiduciario.

b) Exclusión del cómputo para el cálculo de las legítimas de la donación o legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en favor de un legitimario con discapacidad que conviviere con el titular de la vivienda. Y atribución por ministerio de la ley de este derecho de habitación, en las mismas condiciones, al legitimario que lo necesite y estuviera conviviendo con el fallecido, salvo disposición contraria del testador (artículo 822 del Código Civil).

c) Exclusión de colación de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (artículo 1.041 del Código Civil).

d) Nueva redacción del artículo 831. Esta modificación es la que motiva este trabajo y en ella nos vamos a detener.

IV. EXEGESIS DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

Dice Víctor GARRIDO DE PALMA que *"este precepto, trashumante, ha ido jalonando en sus etapas legislativas un crecimiento realista tal*

que, en su actual redacción –bien reposada en sus aplicaciones por los juristas–, puede permitir lo que antes no era factible, al menos en su pleno propósito: los cónyuges en sus testamentos respectivos atribuirse la facultad de disponer de sus bienes, de modo que –con independencia de la naturaleza privativa y ganancial de los mismos– se consideren los patrimonios como un todo unitario a efectos sucesorios, llegando así a la satisfacción de los intereses de todos los implicados y a la par logrando la conservación de los patrimonios familiares.” (16)

Veamos brevemente la evolución de este artículo.

En la edición originaria del Código Civil publicada en 1888, el artículo 831 tenía su antecedente el artículo 663 del Proyecto de GARCÍA GOYENA y venía a recoger las costumbres de algunos territorios forales de establecer en capitulaciones matrimoniales una cláusula preventiva, en relación a la futura distribución de los bienes entre los hijos comunes para el caso de que uno de los padres falleciera intestado. En ese caso el cónyuge viudo podía disponer libremente de los bienes del difunto *“dando a uno más o menos que al otro”*. Su analogía con las instituciones forales de las que se tomó, y muy especialmente con la fiducia aragonesa, es evidente. Ello, como reconoce VALLET DE GOYTISOLO, –citando a GARRIDO DE PALMA– permite interpretar el artículo y, en su caso, integrar sus lagunas o insuficiencias por medio de la inducción de los principios generales que se extraen de los que sirven de fundamento a dichas instituciones forales. (17)

Hoy resulta especialmente interesante la regulación de la fiducia sucesoria aragonesa contenida en el “Código del Derecho Foral de Aragón”, Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, normativa en la que cabe inspirarse en parte para el desarrollo del artículo 831.

(16) GARRIDO DE PALMA, V.: “Los actuales artículos 831 y 1.056-2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 2005, p. 135.

(17) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Comentario al Código Civil”, p. 2057. Ministerio de Justicia 1991. VALLET cita también en este sentido a GARRIDO DE PALMA en, “Estudios Roca Sastre”, III, pp. 373 y ss.

La reforma del Código Civil, el 13 de mayo de 1981 dió nueva redacción al precepto admitiendo esta cláusula en testamento y fijando un plazo. En concreto el artículo 831 decía así:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante

Si no se hubiere señalado el plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación de los hijos comunes."

Finalmente la Ley 41/2003 da una nueva redacción al artículo 831, ampliando notablemente su extensión.

Como indiqué al comienzo de este breve trabajo, son muy importantes los cambios introducidos en la redacción actual del artículo 831, a saber:

- La delegación sólo puede hacerse ahora en testamento.
- No es preciso que los descendientes comunes sean hijos de padres casados, aplicándose la norma también a los hijos comunes de parejas de hecho.
- Se amplía notablemente el plazo para el ejercicio de las facultades.
- Las facultades delegadas no se extinguen automáticamente por el hecho de que el viudo contraiga nuevas nupcias.
- Y sobre todo, se refuerza en gran medida la posición del progenitor supérstite que se convierte en el eje central del reparto de los bienes hereditarios.

Examinemos el tenor literal de la norma y las consecuencias que de ella se derivan

1. Presupuestos

"1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes..."

"6. "Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí."

La aplicación de la norma exige la existencia de un matrimonio, cualquiera que sea su régimen económico –o de una unión de hecho– con descendientes comunes y de un testamento en el que se confieran facultades al otro progenitor para distribuir la herencia.

Lógicamente, como todo testamento, el testador puede revocarlo en vida dejando sin efecto la delegación de facultades ordenada a favor del progenitor sobreviviente.

Cabe preguntarse si la subsistencia del matrimonio o de la unión entre los progenitores a la apertura de la sucesión es requisito *sine qua non* para la eficacia de la delegación de facultades, de manera que ésta quede sin valor si al fallecimiento del testador los progenitores han roto su unión.

Lo más probable es que, ante las nuevas circunstancias, el testamento se revoque por el testador. Si no fuera así ni tampoco hubiera hecho el testador una previsión específica, surgirá un problema interpretativo en todos aquellos casos en que, no obstante haberse disuelto el matrimonio, por nulidad o divorcio, o rota la unión de hecho, o dictada la separación judicial de los cónyuges, el testamento no se revoque y existan descendientes comunes.

La ruptura de la unión privará al progenitor sobreviviente de derechos a la herencia pero ¿le priva también de su condición de administrador del caudal en beneficio de los hijos comunes?

Como toda cuestión hermeneútica, debe resolverse atendiendo a las circunstancias del caso concreto y muy especialmente a la intención del testador según el tenor del mismo testamento (artículo 675 del Código Civil). En principio, como quiera que la delegación de facultades se basa en la confianza entre los progenitores, parece lógico pensar que dicha confianza desaparece si éstos han roto su convivencia y liquidado su sociedad conyugal.

No obstante, en el caso de que exista un descendiente afectado por discapacidad cabe la posibilidad de que el testador no haya revocado el testamento por entender que su contenido es el más adecuado para la protección de dicho descendiente. Además, la condición de que el fiduciario no se vuelva a casar no es equivalente a la ruptura de la unión.

Por ello, reconociendo lo discutible del tema, entiendo que la ruptura de la unión entre los progenitores no debe ser una causa automática de ineficacia de la delegación. Habrá que estar al caso concreto pues si la delegación se hizo en protección de un hijo con discapacidad puede ser razonable mantenerla.

En la fiducia sucesoria aragonesa, conforme al artículo 440.2 *“Salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o de ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin”*.

2. Facultades delegadas

“... podrán conferirse facultades al cónyuge... para que... pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”.

Como dije, este nuevo artículo 831 tiene como fundamental objetivo reforzar las facultades del progenitor superviviente que, por voluntad del testador, se convierte en el eje central del reparto de los bienes hereditarios, pudiendo hacer adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio “o” particiones. De donde resulta que no tiene necesariamente que formalizar la partición sino que puede ir haciendo adjudicaciones concretas, según su criterio. En su mano queda la posibilidad de desigualar a los descendientes comunes.

En suma, salvo que el testador establezca algunas limitaciones, que no es lo habitual, el cónyuge tiene las más amplias facultades en orden al reparto de la herencia. Por ello es criticable que la reforma haya arrastrado el primer inciso del artículo –“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior...”– pues tal como ha sido redactado el nuevo artículo éste introduce una fórmula que es mucho más que una excepción al carácter personalísimo de la facultad de mejorar.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 insiste en la amplitud de facultades del cónyuge, prácticamente omnicomprendivas.

Así, según el legislador, la modificación del artículo 831 tiene como objeto conceder al testador **amplias facultades** para que en su testamento pueda conferir a su vez al cónyuge supérstite **amplias facultades** para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrá tenerse en cuenta la variación de las circunstancias.

La delegación de las más amplias facultades descansa en la plena confianza del testador.

En rigor, como quedó dicho, la figura del 831 guarda un notable parentesco con la del fiduciario, especialmente con la fiducia aragonesa, regulada hoy, como señalé, en el Capítulo Primero, Título IV del Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en la redacción dada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. (18)

De la literalidad del nuevo artículo 831y de su razón de ser, resulta que el cónyuge queda autorizado para efectuar todo tipo de adjudicaciones a cargo de la herencia, tanto sobre el tercio de mejora como sobre el tercio de libre disposición, en lo que no haya dispuesto el testador. Puede hacer particiones e, incluso, puede operar sobre bienes gananciales sin estar liquidada la sociedad conyugal.

Igualmente, en la fiducia aragonesa (artículo 456.3 T. R.) el cónyuge podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación, como excepción a la regla general establecida en el artículo 259 del mismo Texto Refundido que para la práctica de la liquidación de la sociedad conyugal exige el consentimiento de cualquiera de los legitimarios o, si son menores o incapaces, la autorización de la Junta de Parientes o, en último término la autorización judicial.

Si el progenitor-fiduciario considera oportuno liquidar la sociedad conyugal, surge la duda de si lo podrá hacer por sí solo. La literalidad del precepto así parece admitirlo. Además, teniendo en

(18) RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil". *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*. 2005. Núm. 279 pp. 977 y 978.

cuenta que el viudo puede, como veremos, aplazar la partición de los bienes hasta el momento de su fallecimiento, formalizándola en su propio testamento, en este caso la liquidación ganancial no será necesaria sino que quedará en suspenso hasta ese momento, en el que el viudo podrá distribuir, conjuntamente con sus bienes, la herencia del testador, lo cual es razonable si los padres lo que quieren es que se actúe sobre el patrimonio familiar como un todo y que como tal sea objeto de reparto a la muerte del último. Además, dado que el viudo, como veremos, puede abonar la legítima con cargo a sus propios bienes, pierde fuerza el argumento de que la liquidación de gananciales es precisa para determinar los bienes que forman parte de la herencia y los que no, a efectos del pago de la legítima en bienes hereditarios.

No obstante, soy partidario, para evitar conflictos judiciales, de que en el testamento se designe un contador partidario que pudiera auxiliar al cónyuge si éste decide hacer pronto la partición, eliminando así cualquier planteamiento contencioso que pudiera basarse en una pretendida contraposición de intereses.

Tan amplias son las facultades del fiduciario que un sector doctrinal admite que el fiduciario puede hacer todo lo que podía haber hecho el testador, incluso, por ejemplo, utilizar la facultad del testador de gravar la legítima estricta en el caso de los artículos 808 y 813, posibilidad, a mi juicio, discutible salvo que el testador haya autorizado al fiduciario para que decida al respecto. La decisión de gravar la legítima con una sustitución fideicomisaria, como disposición testamentaria de gran relevancia, corresponde al testador. La actuación del fiduciario tiene un carácter subsidiario y complementario de lo dispuesto por el testador, por ello, como establece el artículo 441 de la normativa aragonesa *"Salvo expresa autorización del comitente, el fiduciario, cualquiera que sea la forma en que haya sido designado, no podrá modificar las disposiciones sucesorias del causante, sean anteriores o posteriores a su nombramiento"*. (19)

(19) RUEDA ESTEBAN, L.: Ob. cit., nota 5. "El fiduciario del artículo 831 del CC...", pp. 577 y ss. En especial pp. 606 y 612.

3. Ejercicio de las facultades

a) Forma, plazo y efectos

“Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa”.

Del tenor literal del artículo resulta que el viudo es libre de formalizar la partición al fallecimiento del testador o de retrasarla. Mientras que no se formalice la partición podrá hacer adjudicaciones de bienes concretos conforme a su libre arbitrio, en actos aislados o en actos conjuntos, simultáneos o sucesivos.

El plazo para el ejercicio de sus amplias facultades es el que le haya señalado el testador y, en su defecto, el de dos años desde la apertura de la sucesión o, en su caso desde la emancipación del último de los hijos comunes, lo que abunda en la idea de la “normalidad” de no precipitar la partición hasta que la situación familiar la haga aconsejable.

En el mismo sentido, como vimos, el testador puede conferir al viudo la facultad de distribuir la herencia en su propio testamento, hipótesis que se ajusta fielmente a los deseos de los progenitores de que se opere con el patrimonio familiar como un todo sin distinguir la parte de uno u otro. Por ello también cobra sentido la posibilidad de ajustar legítimas con bienes propios del viudo distribuidor.

Cabe entender que los plazos marcados son plazos de caducidad, no prorrogables. No obstante, en la fiducia aragonesa, antes de que caduque el plazo el fiduciario puede solicitar al Juez la prórroga, quien, previa audiencia del Ministerio Fiscal, podrá concederlas, mediando justa causa, hasta un máximo de dos años. (Artículo 446 T. R. de 22 de marzo de 2011)

Como regla general, las adjudicaciones que efectúe el viudo tienen carácter definitivo y el hijo adjudicatario devendrá poseedor y propietario del bien concreto que se le adjudique. Los actos por los que se efectúen adjudicaciones concretas participan de la naturaleza particional por lo que no deben estar sujetos a un impuesto distinto del Impuesto de Sucesiones que, por similitud con el caso del Albacea y la herencia yacente, se abonará al fallecimiento del testador, globalmente, como si todos los descendientes heredaran por igual, a salvo las mejoras y disposiciones del testador. Dicha liquidación fiscal será objeto de las debidas rectificaciones mediante liquidaciones complementarias, una vez que se haya repartido la totalidad del caudal hereditario.

b) La administración de los bienes

“2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior”.

Mientras que no agote el mandato del testador, comitente, el fiduciario tendrá la administración y representación del patrimonio hereditario.

Se trata de una administración dinámica que obliga al fiduciario a actuar diligentemente para la conservación de los bienes y obtener de los mismos su razonable rentabilidad. Por ello el fiduciario deberá realizar todos los actos necesarios para evitar pérdidas, extinguir cargas, y dar a los bienes el destino que, conforme a su respectiva naturaleza, permita mantener su valor actualizado.

Son muy interesantes e inspiradoras las normas contenidas en los artículos 451, 452, 453 y 454 del T. R. Aragonés, relativas a las obligaciones y cargas y a la administración y disposición de los bienes por parte del fiduciario, de las que resulta que:

Se pagarán con cargo al caudal relicto:

- a) Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas.
- b) Las cargas y deudas de la herencia.
- c) Los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos así

como las obligaciones contraídas en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario.

El fiduciario, administrador, satisfará las deudas y cargas indicadas, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador.

En el ámbito procesal, el administrador estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario.

El fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiera autorizado para ello, o para atender el pago de las obligaciones y cargas del caudal relicto, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida quedará subrogada en el lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación.

Si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo todos los legitimarios menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente.

Vemos pues, respecto al fiduciario aragonés, la amplitud de las facultades de administración e incluso de disposición, con aplicación del principio de subrogación real en cuanto a los actos de enajenación y su control sólo en el caso de tratarse de bienes de especial relevancia.

Estos criterios pueden servir de inspiración para resolver las dudas que en el Derecho Civil Común puedan plantearse en el desarrollo de la administración de la herencia por el fiduciario del artículo 831.

Además, dada su condición de administrador, se le aplicarán al fiduciario las normas generales que determinen, en su caso, su responsabilidad si no actuó con la diligencia exigible y deberá sujetarse también a la rendición de cuentas.

En la mayoría de los casos, a esta condición de administrador general de la herencia se unirá la de usufructuario ya que la misma

confianza que tiene el testador en el viudo para concederle estas excepcionales facultades le llevará a legarle el usufructo universal de la herencia. Usufructo y administración de los bienes hereditarios que se combinan bien a los efectos de la conservación del caudal hereditario y su ulterior reparto.

Surge aquí la duda de si, como todo administrador de bienes ajenos, debe el viudo formalizar inventario y prestar fianza. Podría pensarse que, puesto que el testador puede relevarle de estas dos obligaciones en el caso del usufructo universal la misma dispensa cabría en el supuesto de la fiducia del 831.

En mi opinión, la exigencia de fianza sería desproporcionada e iría contra la base de confianza que subyace en el mecanismo del artículo 831. Además, en muchas ocasiones lo dejaría vacío de contenido ya que siendo modesto el patrimonio familiar le resultará muy difícil al fiduciario conseguir un aval o fianza. Si, por ello, se ve obligado a constituir una hipoteca sobre la vivienda familiar ello supondría un grave obstáculo para su disposición en caso de necesidad. Todo ello, en contra de la voluntad del testador. Por ello me inclino por la no necesidad de prestar fianza si bien, para mayor claridad, es aconsejable preverlo así en el testamento.

En cuanto a la obligación de hacer inventario, en la fiducia aragonesa, conforme al artículo 450 del T. R. de 22 de marzo de 2011, en el plazo fijado por el comitente o, en su defecto, dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, deberá formalizarse en escritura pública un inventario comprensivo de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión. Sin embargo *"Cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste quedará exonerado de la obligación de hacer inventario, salvo que expresamente lo haya exigido el causante o lo acuerde el juez a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario"* (artículo 450.3).

No obstante el criterio de la norma aragonesa, en el caso del artículo 831 del Código Civil considero muy discutible que el testador pueda dispensar al fiduciario de la obligación de inventario porque el inventario es la única garantía del respeto de la legítima de los hijos comunes. Me explicaré.

Como veremos, el viudo "al ejercitar las facultades" deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes. La legítima en estos casos es "pars valoris", es el derecho al abono de una

cantidad calculada sobre “el relictum” y el “donatum”, cantidad que se puede abonar en bienes de la herencia, en dinero o en bienes propios del viudo. El único derecho del legitimario, en protección de su legítima, es entablar una acción de rescisión ante la adjudicación o disposición que vulnere su legítima. Por ello, si a la muerte del testador el viudo no formaliza un inventario con la valoración de los bienes, cargas y obligaciones pendientes, el legitimario no podrá nunca conocer si la disposición de uno o varios bienes respeta su legítima.

Esta última cuestión nos lleva de la mano a uno de los puntos más novedosos del artículo 831.

4. La alteración del régimen de las legítimas

“3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de esos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos a que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

4. Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas y otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge superstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido”.

Estos dos apartados contienen una reforma de gran alcance del sistema de la legítima de los descendientes en la hipótesis del artículo 831.

Como recordábamos al comienzo de este trabajo, en el sistema general, la legítima es "pars bonorum" por lo que debe abonarse siempre en bienes de la herencia (artículo 806 Código Civil). Y es intangible, no siendo posible sujetarla a condición ni gravamen alguno, teniendo derecho los legitimarios a percibirla una vez abierta la sucesión del causante (artículo 813 del Código Civil antes de la reforma de la Ley 41/2003).

Pues bien, este sistema legal queda alterado para conseguir que el viudo pueda mantener indiviso el patrimonio hereditario, sin necesidad de precipitar la partición y pudiendo actuar sobre la herencia y sobre sus bienes propios como un todo.

Pero la importante alteración del régimen de las legítimas no tiene lugar cuando el legitimario no sea descendiente común. Por ello también, si hay un descendiente no común que resulte preterido no intencionalmente, el ejercicio de las facultades concedidas al viudo no podrá menoscabar la parte del preterido.

Del nuevo artículo 831 resulta, sin discusión, que, en el caso que regula, el régimen de las legítimas queda alterado. ¿Cuál es en esencia la alteración del sistema de legítimas a que se refiere el legislador? La alteración afecta al qué, al cuando y al cómo. Veamos:

1. El qué.

Ya no es preciso entregar al legitimario una porción de bienes hereditarios. La legítima de los descendientes, en este supuesto, reviste la naturaleza de "pars valoris" y se entiende respetada cuando resulte suficientemente satisfecha aunque en todo o en parte lo haya sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades. Como dijimos, este nuevo enfoque presta un gran servicio a los testadores que desean que la distribución definitiva de su patrimonio familiar se haga como un todo unitario.

2. El cuando y el cómo.

No hay que precipitar el reparto de los bienes hereditarios, ni siquiera el pago de las legítimas. El cónyuge puede ejercitar sus facultades sin necesidad de satisfacer antes las legítimas. Su obligación es de cálculo, es decir, "al ejercitar" sus facultades debe cuidar de

que las adjudicaciones que efectúe respeten las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos.

Puede suceder que, alguna o algunas de las adjudicaciones realizadas por el fiduciario superen la parte disponible de la herencia en perjuicio de la legítima de los demás hijos. En este caso el legislador confiere al perjudicado la acción de rescisión para la reparación del perjuicio causado. Esta acción de rescisión no es la genérica prevista en el artículo 1291 del Código Civil, ni propiamente la acción por inoficiosidad (artículos 654, 655 y 870.1 del Código Civil) sino la prevista en el artículo 1.075 del Código Civil respecto de las adjudicaciones particionales que lesionen los derechos de los demás herederos. La acción de rescisión deberá ejercitarse en el plazo de cuatro años desde la adjudicación lesiva. (Artículo 1076 del Código Civil).

El nuevo artículo 831 no confiere al legitimario una acción para exigir el pago de su legítima sino que le concede una acción de rescisión para que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Como dijimos, este cálculo exige la existencia de un previo inventario y el cálculo no queda limitado a los bienes comprendidos en dicho inventario ya que aunque los actos del cónyuge superen la parte correspondiente a la legítima estricta ésta siempre se puede satisfacer con bienes propios. Si el viudo se excede y no tiene tampoco bienes propios con los que completar la cifra de valor de la legítima esos actos excesivos son rescindibles. Pero mientras que el viudo no ejercite estas facultades, no cabe exigirle el abono de la legítima de manera que se le obligue a fraccionar el patrimonio, ni a precipitar la partición hereditaria que puede hacerla en su propio testamento si así se lo autorizó el testador.

En suma, así como en el supuesto del artículo 1056 del Código Civil el pago de la legítima puede aplazarse hasta cinco años máximo, en el supuesto del artículo 831 no hay plazo para la satisfacción de la legítima estricta más allá del plazo concedido para el ejercicio de las facultades delegadas.

Esta postura es la que más se ajusta a las palabras literales del precepto y a su finalidad de no precipitar la partición. La solución de esta cuestión es importante para la eficacia plena de la delegación. Piénsese que en la mayoría de los casos el patrimonio familiar está

integrado por la vivienda familiar, una cuenta corriente o libreta de ahorro y un vehículo. (20)

Si se insiste, no obstante, en interpretar el nuevo artículo 831 a la luz del principio tradicional de la intangibilidad legitimaria, contrario a que la percepción de la legítima se aplaze en los términos del 831 ya examinados, se estará dejando vacía de contenido la nueva norma, en un aspecto esencial, para que se cumpla la razón que impulsó su creación en el siglo XXI.

5. Extinción de las facultades del fiduciario

“5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde qué hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa”.

Las facultades del fiduciario cesan si se vuelve a casar o a mantener una relación de hecho, salvo que el testador dispusiera lo contrario, excepción introducida en relación con el anterior artículo 831.

A las dos causas contenidas en este artículo cabe añadir otras más, como:

- Las indicadas, en su caso, por el testador.
- La muerte del fiduciario, su declaración de ausencia o fallecimiento.
- La imposibilidad del fiduciario de llevar a cabo la ejecución de la fiducia, sea por edad avanzada, sea por sufrir una discapacidad, esté o no declarado incapacitado. Considero que las facultades del fiduciario son personalísimas de manera que no puede delegarlas en otra persona, ello sin perjuicio de que pueda, y deba en ocasiones, auxiliarse de expertos para la administración de los bienes.
- El cumplimiento del plazo.

(20) GARRIDO DE PALMA, V.: Ob. cit., nota 3. p. 369. El autor, partiendo de las amplísimas facultades del fiduciario y la literalidad y finalidad de la norma, se inclina por considerar que la intangibilidad de las legítimas en cuanto al *tempus* de su exigencia queda pospuesta.

A estos casos cabe añadir también como causas de extinción de la fiducia, la renuncia del fiduciario y el hecho de incurrir el fiduciario en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder, supuestos recogidos expresamente en el artículo artículo 462 T. R. del Código del Derecho Foral de Aragón.

Y la delegación fiduciario se extinguirá también cuando, bien sea a la apertura de la herencia o bien sea tiempo después, sólo sobreviva un hijo ya que, según vimos, la pluralidad de descendientes comunes es presupuesto sine qua non de la norma.

En cuanto a los casos de separación o nulidad del matrimonio me remito a lo comentado anteriormente.

Finalmente, como quiera que los actos de adjudicación efectuados por el fiduciario son irrevocables, aunque rescindibles si perjudican la legítima, extinguidas las facultades del fiduciario los actos realizados con anterioridad mantendrán su plena eficacia y el remanente de los bienes será objeto de partición.

V. CONCLUSIONES

Frente a posturas inmovilistas lo cierto es que hoy, poco a poco, tal como lo demuestra la práctica diaria de los despachos notariales, el artículo 831 está siendo de gran utilidad y somos bastantes los notarios que aconsejamos a los testadores la utilización de este mecanismo de confianza cuando aspiran a proteger a un hijo con discapacidad, o a evitar el fraccionamiento del patrimonio familiar o, como sucede en infinidad de casos, a reforzar en todo lo posible la posición del cónyuge sobreviviente confiriéndole no sólo el usufructo universal sino también las más amplias facultades para que administre el caudal hereditario y lo distribuya entre los hijos comunes atendiendo a las circunstancias de éstos, a sus necesidades e, incluso, a su comportamiento.

Aunque quedó dicho al comienzo de este trabajo y peque de reiterativo, insisto en que, en la práctica, son muchos los casos que pueden encontrar solución en la nueva fórmula del artículo 831, como, por ejemplo:

1. El supuesto que dió origen a la norma: Padres que tienen varios hijos comunes uno de los cuales sufre una discapacidad que

requiere una mayor protección, una dedicación especial de medios materiales y humanos, con la incertidumbre del tiempo de vida de ese hijo y de si la discapacidad se agravará o no con el tiempo.

2. Padres con hijos de corta edad, con o sin discapacidad, cuyas futuras necesidades vitales son lógicamente desconocidas al tiempo de otorgar el testamento, delegando en el viudo plenas facultades para controlar el reparto de la herencia y su momento.

3. Padres preocupados por la futura desmembración del patrimonio familiar, grande o modesto, cualquiera que sea la edad de los hijos.

Pero la realidad es mucho más rica que la norma. Hace un tiempo tuve que aconsejar a unos testadores sobre las posibles medidas a adoptar en su testamento teniendo en cuenta que de los cuatro hijos comunes uno era drogadicto pero sin merma de su capacidad. Si el artículo 831 no se hubiese redactado en los términos generales que hemos comentado, habría sido complicado encontrar una solución análoga. Afortunadamente, en este caso, una vez más, el artículo 831 se presenta como una gran ayuda, siempre que no se pretenda recortarlo y dejarlo vacío de contenido.

Por ello, hay que superar la cómoda tentación de seguir los caminos que se pueden utilizar para desnaturalizar la norma y su potencial, tales como considerar que, a pesar de la dicción del artículo, el viudo debe realizar inmediatamente la liquidación de los bienes gananciales con el consentimiento de sus descendientes; y/o exigir que el viudo haga efectiva la legítima estricta tan pronto como se abra la sucesión

Muy por el contrario, hay que analizar todas las posibilidades que ofrece hoy el artículo 831. Si este artículo se ha estado aplicando poco desde 2003, gran parte de culpa la tendremos los notarios, ya que si en lugar de limitarnos a recomendar la *cautela socini* nos esforzásemos en explicar a los testadores las ventajas de esta nueva fórmula testamentaria y su ajuste a las peculiaridades del caso, a buen seguro que la aplicación del artículo 831 se potenciaría notablemente.

En este aspecto, merece especial reconocimiento la labor de divulgación llevada a cabo por Víctor GARRIDO DE PALMA que, como el

mismo confiesa, ha expuesto las bondades del artículo 831 por toda España recomendando su aplicación a los casos en que ambos cónyuges tenían claro que lo de ellos era un solo patrimonio y que sus descendientes –menor de edad, discapaz, enfermedad..., empresa familiar– iban a necesitar por el fallecimiento, muchas veces prematuro de uno de ellos, que existiera *una regencia*. (21)

Hasta la fecha, que yo sepa, en relación con el artículo 831 sólo ha llegado un caso a los Tribunales que es el resuelto en primera instancia por la sentencia del Juzgado número 86 de los de Madrid, sentencia núm. 69/2013, de fecha 1 de abril de 2013, pendiente de recurso.

El demandante impugna la liquidación de la sociedad ganancial, formalizada por la viuda con el auxilio de un contador “ad hoc” y reclama el pago de la legítima. La sentencia absuelve a la viuda considerando clara la voluntad del testador en orden a las amplias facultades otorgadas a la viuda para no practicar de momento la partición ni hacer entrega de la legítima estricta.

Si el procedimiento continúa, como es de suponer, el Tribunal Supremo tendrá ocasión de pronunciarse sobre el alcance de este artículo 831 y, especialmente, sobre dos cuestiones principales como son: la posibilidad de liquidar la sociedad ganancial la viuda ayudada por un contador partidario “ad hoc”; y la posibilidad de aplazar el pago de la legítima estricta hasta el momento en que el fiduciario considere oportuno atendiendo a la situación del patrimonio familiar y a las necesidades y conductas de sus hijos.

He seguido con interés este procedimiento por cuanto que el testamento objeto de debate está autorizado por mí. El matrimonio, con dos hijos, decidió acudir a la fiducia sucesoria del artículo 831 para resolver el problema de la continuidad de la empresa familiar ante la distinta actitud y/o comportamiento de un hijo y otro.

(21) Ob. cit., p.356.

SOLUCIONES LEGALES EN MATERIA DE DESAHUCIOS EN ESPAÑA

Ignacio Serrano García

Catedrático de Derecho civil

Resumen: La crisis financiera ha impactado en los españoles que están pagando créditos concedidos por las entidades bancarias, garantizados con hipoteca. Vánamente se pretende resolver (o aliviar) la situación de los deudores con una serie de medidas jurídicas, que pueden mejorar levemente su situación, pero nunca remediarla. Un remedio que venga de modificaciones legales modificaría gravemente los principios del Derecho de las Obligaciones y los Derechos reales. El trabajo tiene dos partes: la primera se ocupa de los principios del derecho civil subvertidos por las disposiciones legales; la segunda es un examen de la Ley 1/2013. El trabajo contiene las referencias imprescindibles para entender el problema, procedentes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SUMARIO

PRIMERA PARTE. CUESTIONES GENERALES

- I. ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO? EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS DEUDORES Y EL RIESGO DE LA PÉRDIDA DE LA VIVIENDA HABITUAL
- II. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA. PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL AFECTADOS
- III. ¿QUÉ SIGNIFICA DESAHUCIO?
- IV. LA HIPOTECA. HIPOTECA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA
- V. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

- VI. BIENES INEMBARGABLES
- VII. CÁLCULO DE LO INEMBARGABLE ATENDIENDO A LOS INGRESOS DEL NÚCLEO FAMILIAR
- VIII. DEUDA HIPOTECARIA QUE GRAVA UNA VIVIENDA GANANCIAL
- IX. CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 14 DE MARZO DE 2013.
 - 1. El control de las cláusulas abusivas según el Tribunal Supremo de España
 - 2. La Sentencia del TJUE de 2013
- X. CONCURSO DE ACREEDORES
- XI. LA HIPOTECA EN EL CONCURSO

**SEGUNDA PARTE. SOLUCIONES PARA PROTEGER
A DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS**

- XII. SOLUCIONES QUE VA PROPONIENDO EL GOBIERNO ANTE LOS INCUMPLIMIENTOS
- XIII. LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO
- XIV. DESTINATARIOS DE LA REFORMA LEGAL
- XV. MEDIDAS QUE CONTIENE LA LEY 1/2013
 - 1. Primera medida. Suspensión de los lanzamientos
 - 1. 1. Circunstancias personales
 - 1. 2. La "unidad familiar" tiene que encontrarse en una precaria situación económica
 - 1. 3. La "familia" y la "unidad familiar". Diversidad de sujetos y de situaciones personales contempladas
 - 1. 4. ¿A quién favorece la medida? Al deudor del préstamo, a la familia del deudor o al titular de la hipoteca?
- XVI. SEGUNDA MEDIDA. REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO.
 - 1. Cambios en la Ley Hipotecaria.
 - 2. Cambios en la Ley del Mercado Hipotecario.
- XVII. TERCERA MEDIDA. MODIFICACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN
 - 1. Nueva causa de oposición a la ejecución.

2. Especialidades de la ejecución de vivienda habitual, en caso de que con el remate no se logre satisfacer la totalidad de la deuda.
 3. Reducción del depósito para participar en la subasta.
 4. Imputación de pagos cuando la ejecución no sea suficiente para saldar la totalidad de la deuda.
 5. Modificación de la aprobación del remate.
 6. Subasta sin postor.
- XXVIII. ÚLTIMA MEDIDA. EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS.
1. Modificaciones de las medidas del Real Decreto-ley 6/2012.
 2. Moderación de los intereses.
 3. Limitación de la aplicación del CBP a la adquisición a crédito de viviendas en determinadas poblaciones
 4. La dación de la vivienda en pago sólo se aplica a compras con determinado precio
 5. El CBP puede aplicarse aunque no se reúnan todos los requisitos anteriores.
- XIX. RESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA
- XX. QUITA EN EL CAPITAL PENDIENTE DE AMORTIZACIÓN
- XXI. DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL
- XXII. REAL DECRETO-LEY 27/2013, DE 15 DE NOVIEMBRE
- XXIII. OTRAS MEDIDAS DE LA LEY
- XXIV. PLANES Y FONDOS DE PENSIONES
- XXV. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
- XXVI. VALORACIÓN FINAL
- XXVII. LEY QUE REGULARÁ LA CONCESIÓN DE HIPOTECAS EN EUROPA. PROPUESTA DEL PARLAMENTO EUROPEO
1. Siete días de reflexión
 2. Demoras y desahucios
 3. No a los préstamos irresponsables
 4. Paquetes financieros
 5. Flexibilidad para amortizar la deuda
 6. Otros cambios
- XXVIII. LEY DE EMPRENDEDORES

PRIMERA PARTE. CUESTIONES GENERALES

I. ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?

EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS DEUDORES Y EL RIESGO DE LA PÉRDIDA DE LA VIVIENDA HABITUAL

En el presente trabajo me voy a ocupar de las decisiones y soluciones que se van adoptando para afrontar el sobreendeudamiento familiar y su consecuencia que es la pérdida de la vivienda habitual.

La devolución de los préstamos garantizados con hipoteca se incumple por razones que no tienen que ver con la voluntad de incumplir, sino por imposibilidad sobrevenida de hacerlo como consecuencia de la crisis económica que provoca pérdida del trabajo y de los ingresos del deudor por lo que entra en un "sobreendeudamiento" y previsiblemente en la situación de exclusión social. Este asunto interesa a los profesionales del Derecho, especialmente jueces y notarios, a los operadores económicos (Entidades de Crédito, Bancos y Cajas) porque como consecuencia de los impagos y de las ejecuciones se están quedando con un gran número de viviendas, cuando no es su negocio la comercialización de bienes inmuebles. Interesa también a Instituciones del Estado (se ha promulgado la Ley de protección a deudores hipotecarios sin recursos –la 1/2013– y, antes hubo un interesante informe del Defensor del Pueblo) y desde luego y en primer lugar, a los afectados por la crisis, quienes, al perder su trabajo no pueden seguir pagando las cuotas del préstamo hipotecario.

Para adquirir una vivienda solicitamos de la entidad de crédito un préstamo con garantía hipotecaria sobre la propia cosa (el piso) comprada. Aquí es importante distinguir entre:

— precio: el precio es cuestión privada entre comprador y vendedor y no está sujeto a reglas. Quiero decir que el precio no es algo objetivo, sino que es consecuencia del pacto a que hayan llegado las partes. Las cosas no tienen un precio objetivo, sino que valen lo que se obtiene por ellas. Cuestión distinta es la valoración del bien, que hace el fisco, a los efectos del pago de los impuestos (el llamado precio liquidativo, que no es propiamente precio).

— tasación: la tasación es una valoración del bien que se puede hacer para diversos efectos. Por lo que interesa ahora, se trata de hacer una valoración a efectos de la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria; durante mucho tiempo la realizaban entidades de tasación del mismo grupo empresarial que las entidades bancarias con muy poco rigor, sobre todo en los años anteriores a la crisis (1).

— préstamo: es un contrato por el que una de las partes – prestamista– entrega la propiedad de una cantidad de dinero a la otra –prestatario– que se obliga a devolver el principal recibido más los intereses remuneratorios. La Ley del Mercado Hipotecario dice que el importe del préstamo debe ser del 80 por ciento de la cuantía de la tasación (no del precio); el deudor debería, tendencialmente, aportar un 30 por ciento del valor de tasación. Sobra, en consecuencia, un 10 por ciento que se destina al posible pago de intereses, gastos y costas (2).

— intereses; hay dos tipos de interés del préstamo: los remuneratorios y los de demora. Los remuneratorios han estado durante muchos años a unas tasas muy bajas, y no han generado problemas desde el punto de vista económico, aunque puede ha-

(1) Como quiera que las entidades encargadas de tasar pertenecían a las mismas entidades de crédito, que concedían el préstamo, con frecuencia se jugaba con la tasación misma, haciéndola subir cuando convenía, a los efectos de poder conceder una cantidad de dinero en préstamo superior al valor de mercado del bien. Muchos de los que ahora denuncian a los Bancos como los causantes de la crisis, solicitaron que se aumentara el valor de tasación para poder obtener un préstamo que les consintiera no sólo adquirir la vivienda hipotecada, sino también los muebles, e incluso el coche que pensaban comprar. Se ha reformado la cuestión de la cuantía de los intereses de demora por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

No quiero decir con ello que los Bancos estén exentos de culpa, pero la culpa en muchos casos, está repartida entre Bancos y clientes. Hay que partir de la base de que en esta materia no hay nadie inocente.

(2) Ver Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del mercado hipotecario. En concreto el artículo 5, párrafo 2.º, proposición segunda, dispone: "Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación..."

berlos en la determinación de la cuantía sobre todo cuando el interés es variable. Los de demora, por el contrario, se acompañan frecuentemente de cláusulas complejas, de difícil comprensión y de cuantía porcentual muy elevada, hasta el punto, o bien de caer en la usura, o bien de ser considerados abusivos (3).

II. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA. PRINCIPIOS DEL DERECHO CIVIL AFECTADOS

La crisis se inicia en 2008, con la quiebra de Lehman Brothers; se extiende por todo el mundo y en punto a los créditos garantizados con hipoteca sobre la vivienda habitual afecta muy especialmente a España (con el añadido de la pérdida de trabajo –más de cinco millones de parados inscritos en el INEM–) lo que produce el impago de los préstamos hipotecarios y los subsiguientes juicios de ejecución hipotecaria.

Las posturas más extremas son la de suprimir el derecho del acreedor a expulsar al deudor ejecutado de su vivienda (lo que atenta al derecho de propiedad). Un fuerte movimiento social denominado “Stop desahucios”, se organiza para impedir, el lanzamiento de los desahuciados, consiguiendo en muchos casos su pretensión. Con este planteamiento se pone en cuestión la legislación hipotecaria (4) e incluso el principio de responsabilidad patrimonial universal

(3) Lo elevado de estos intereses no se ataca por medio de la Ley de 1908, de represión de la usura, sino utilizando la legislación de consumidores y entendiendo que esa cuantía, al no haber sido negociada individualmente, sino predispuesta por la Entidad de Crédito, y no ser transparente entra dentro de la categoría de cláusula abusiva y por ello, nula.

(4) Normalmente con poco criterio, como cuando se alega que es una ley antigua, como si ello fuera negativo. Una de las materias en las que se puede incidir, como es la cuantía de los intereses de demora que podría haberse atacado con la vieja Ley de 1908 (La Ley de prevención de la Usura, conocida como Ley Azcárate) que proscribe con nulidad los contratos que contemplen un interés “notablemente superior al normal del dinero” (art. 1). Hoy se anulan los intereses abusivos por ser contrarios a Directivas de la Unión Europea, de protección de los consumidores, como ocurre con una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de febrero de 2013, a la que aludiré más tarde. Véanse las Sentencias siguientes (entre muchas): AP. Zaragoza (Sección 5.ª), de 8 de mayo de 2012, AP. Alicante

del deudor (5). Surgen también otros problemas anexos: se critican los limitados medios de defensa del ejecutado en el marco del procedimiento [ello desnaturaliza lo que es un procedimiento ejecutivo (6)], se insiste en la necesidad de que el juez pueda controlar en la ejecución hipotecaria las cláusulas abusivas (especialmente las cláusulas suelo, las de vencimiento anticipado y las *Swaps*), los elevados intereses de demora, la indefensión del deudor...

La conmoción social que provocan los lanzamientos (suicidios incluidos) ha propiciado, primero, la aprobación de unos Reales Decretos-ley y más tarde la promulgación de la Ley 1/2013 de protección a los deudores hipotecarios, donde se contienen reglas atentatorias del derecho de propiedad (derecho de rango constitucional). Especial crítica merece la solución de suspensión de los lanzamientos introducida por el último Real Decreto-ley e incorporada a la Ley 1/2013, que suspende los lanzamientos en el supuesto de deudores

(Sección 8.^a), de 10 de febrero de 2012 y AP. Islas Baleares (Sección 3.^a), de 17 de octubre de 2012.

(5) Con matices véanse los trabajos de Matilde CUENA CASAS, cuando maneja conceptos como el de *fresh start* que podríamos llamar en español *segunda oportunidad*. "Crédito responsable, "fresh start" y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 43 (2012); antes y más ampliamente, "Fresh Start y mercado hipotecario", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, julio 2011.

(6) Se pretende que pueda discutirse en este procedimiento que es *ejecutivo* las cláusulas del contrato. En este punto se pronunció la Abogada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, admitiendo que en el juicio ejecutivo puedan discutirse concretas cláusulas del contrato. Ciertamente no debería hacerse recaer en el deudor hipotecario la carga de discutir la nulidad o no, de determinadas cláusulas (cláusula suelo, por ejemplo, ya declarada nula en algunas sentencias por los Tribunales españoles). Una solución sería la de encomendar a los Registradores de la Propiedad la función de denegar la inscripción de contratos de préstamo que contengan cláusulas abusivas, sin tener que ir a un juicio declarativo. Ver, sobre esto Germán DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 141 y ss.

Hay declaraciones muy recientes del Decano de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Alfonso CANDAU PÉREZ en las que lamenta la postura de la Dirección General de los Registros de prohibir (y hasta sancionar a los registradores cuando se negaban a inscribir cláusulas que entendían abusivas) el control de las cláusulas de un préstamo con garantía hipotecaria.

que se encuentren en el “umbral de exclusión social”. La ejecución hipotecaria convierte al Banco en propietario, y el ejecutado y desahuciado, en precarista con un plazo de ocupación sin título de dos años. Si el Banco, dueño insisto, enajena la vivienda *okupada*, a un tercero, ¿está éste obligado a soportar al precarista durante el plazo de dos años? ¿*Quid* respecto de los gastos que genera la vivienda? (IBI, gastos de comunidad si la vivienda está en edificio en régimen de propiedad horizontal...) (7). Y ¿qué ocurre cuando se ha hipotecado una finca para asegurar una deuda ajena?

Debemos tener sumo cuidado con estos experimentos que cuestionan principios generales del Derecho e instituciones muy antiguas e instaladas en el comercio jurídico desde la noche de los tiempos. Intentar solucionar problemas económicos (con consecuencias sociales) modificando normas jurídicas civiles, no me parece la solución más adecuada. Modificando la LH no se remedia el paro.

La pérdida de la vivienda hipotecada, aunque fuera (que no lo es, como se verá) con una mayor amortización de la deuda, no proporciona satisfacción al *derecho* a vivienda.

Habiendo, como hay, más de un millón de pisos vacíos (La Exposición de Motivos de la Ley 8/2013 habla de 723.043) podría haberse puesto el acento en el alquiler social y a través de esta figura resolver el problema de la falta de vivienda sin tocar el derecho de propiedad, ni el juicio ejecutivo, ni la responsabilidad patrimonial universal, ni la hipoteca...

III. ¿QUÉ SIGNIFICA EL DESAHUCIO?

Quiere decir privación de la posesión y posterior lanzamiento (desalojo físico de la vivienda ocupada) por parte de quien se convierte en propietario. El desahucio se da en múltiples situaciones jurídicas, especialmente en el caso de arrendamientos, cuando no se paga la renta (8), en caso de precario, cuando el precarista no

(7) Ver Ángel CARRASCO, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 854/2012, parte Tribuna, 2012.

(8) Hay jurisprudencia del TS sobre los desahucios por falta de pago de la renta. La STS de la Sala de lo Civil (Ponente, José Antonio SEIJAS QUINTANA) resuelve el caso de impago de renta, con pretensión de pagar con posterior-

quiere abandonar voluntariamente la vivienda y en el caso de impago de los préstamos con garantía hipotecaria. En éste último caso se produce cuando el prestatario que tiene garantizada la devolución del préstamo mediante hipoteca, deja de pagar el principal o los intereses del préstamo. Como consecuencia de la privación de la posesión, el que ejecuta (acreedor hipotecario) adquiere la posesión y puede instar la subasta judicial (también la extrajudicial) de la vivienda hipotecada.

Luego de un procedimiento *ejecutivo* se produce la adjudicación de la propiedad de la vivienda al que realice la mejor postura en la subasta o si no hay quien puje, se adjudica al acreedor la propiedad de la vivienda por un precio muy bajo (antes de las últimas reformas, por el 50 por ciento del valor de tasación y actualmente del 70 por ciento) (9).

ridad a la presentación de la demanda. En el caso no procedía ya la defensa procesal de la enervación por haber tenido lugar otra en ocasión anterior (dice el TS que "...no quepa obligar al arrendador a interponer una demanda tras otra cuando resulta que no depende de él el momento en que sus reclamaciones vayan a ser conocidas por el inquilino y, en cambio, sí depende de éste el pago puntual de la renta). Se trataba de un contrato regido por la legislación de 1964, con una renta mensual de 66,90 euros al mes. La Sentencia cita otras dos anteriores en el mismo sentido que la de 2009 (son las de 24 de julio de 2008 y la de 26 de marzo de 2009). En la argumentación del alto Tribunal se hacen afirmaciones interesantes como la de que "en muchas ocasiones la necesidad del arrendador de cobrar puntualmente la renta puede ser tan acuciante como la del inquilino de disponer de una vivienda". El fallo es que "debemos declarar y declaramos haber lugar al desahucio por falta de pago... condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración, y a dejar libre y expedita la vivienda a disposición de la actora, con apercibimiento de lanzamiento si no lo hiciera en el plazo legal, así como al pago de las costas..."

(9) El artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en este punto fue modificado por el artículo 2 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, y más tarde a través del artículo 7 de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Se contenía en el primer Real Decreto-ley que se dictó para afrontar los problemas de los deudores hipotecarios. La Ley 1/2013 que ha retomado esta norma es la que fija en el 70 por ciento el valor por el hubiese salido a subasta. Véase el artículo 7 de la Ley 1/2013, en la proposición segunda de la nueva redacción del artículo 671. Dice la norma: "Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o

El desalojo físico de la vivienda es instado por el nuevo dueño y, como hemos dicho, se denomina lanzamiento. Está regulado en la Ley de Enjuiciamiento civil –arts. 681 ss– y en la Ley Hipotecaria –art. 129– (por lo que a las ejecuciones hipotecarias, por incumplimiento del préstamo, se refiere). La entrega material del bien ejecutado está regulada en el artículo 703 LEC.

El desahucio –especialmente el lanzamiento– constituye un drama para el desahuciado lanzado. Frecuentemente hay implicadas más personas que las indicadas de prestamista y prestatario, puesto que los que conceden préstamos, con frecuencia, piden y obtienen fiadores, que ven afectado su patrimonio al cumplimiento de la deuda ajena. Y puede, también, existir un tercer poseedor de la finca hipotecada. Aparte de que, si ocurre el fallecimiento del deudor, existirán herederos que suceden en la deuda de su causante.

Pero debemos tener bien en cuenta que el desahucio se produce, en la casi totalidad de los casos por un problema económico que se ha traducido en un drama social, que debe solucionarse sin violentar un sistema que ha venido funcionando normalmente en situaciones económicamente más tranquilas. Lo que no parece razonable es imponer una dación en pago retroactiva y obligatoria, porque ello sería reformar, por medio de una ley, unos contratos vigentes, que son acuerdo de voluntades, sin contar con la voluntad de los interesados o pasando por encima de la voluntad de uno de los interesados, y porque la dación en pago es, siempre, *consentiente creditore*, y la que se propone es contra o sin la voluntad del acreedor.

Debe advertirse que la última decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2013, no evita los desahucios, aunque afecte a la cuantía del crédito que se ejecuta. La determinación de la abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo sigue siendo de declaración judicial. Es el juez el único que puede decir que una cláusula es abusiva.

si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3.– Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado”.

IV. LA HIPOTECA. HIPOTECA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La ejecución de la que estamos hablando es la hipotecaria, por lo que me parece adecuado decir dos palabras acerca de la hipoteca.

La hipoteca es un derecho real de garantía que, afectando un bien propio, asegura el cumplimiento de una obligación. El derecho real de garantía prototípico es la hipoteca. Existe cierta equivocidad en la expresión *hipoteca* porque si bien, técnicamente, se refiere al derecho real que grava un inmueble, sujetando el *ius distrahendi* del hipotecante, también es utilizada normalmente para referirse al crédito garantizado. Es un poderoso instrumento del crédito, porque otorga al acreedor hipotecario una posición de gran fortaleza. Del derecho real de hipoteca se predica la nota de la inherencia, lo que quiere decir que se adhiere al inmueble hipotecado de forma que la hipoteca sigue al bien cualquiera que sea el propietario del mismo. Es derecho que no implica contacto con la cosa, a pesar de su naturaleza real, pero sí otorga el derecho de realización de valor, que está en el origen de los problemas que se plantean en estos momentos de crisis.

Es derecho accesorio de una obligación principal (10). El artículo 104 de la Ley Hipotecaria (idéntico al 1876 del Código civil) dice que "la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida". Es clásica la definición de SÁNCHEZ ROMÁN: "Un derecho real constituido en garantía de una obligación, sobre bienes inmuebles ajenos o derechos reales enajenables que sobre bienes raíces recaigan y que permanecen en la posesión de su dueño, para satisfacer con el importe de la venta de éstos aquella obligación cuando sea vencida y no pagada".

La obligación puede ser de cualquier clase, pudiendo por otro lado, ser actual o futura (sin existencia actual, por tanto) y que, en todo caso, hay que expresar la responsabilidad hipotecaria de la finca en moneda nacional (artículo 219, 1 Reglamento Hipotecario).

(10) No existe en Derecho español las figuras hipotecarias alemana y suiza de la hipoteca de propietario que, inscrita en el Registro, sin existencia de una deuda actual, sólo pretende una preferencia de rango. En Derecho español existe la hipoteca unilateral (artículo 141 de la LH), pero no es igual que la de propietario alemana. En esta línea se orienta la llamada eurohipoteca.

La hipoteca es derecho de constitución registral. Hay que recordar los artículos 1875 del Código civil, 145 y 159 de la Ley Hipotecaria cuando disponen que –1875 CC– “además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad”.

Con la figura se pretende que las entidades de crédito puedan conceder préstamos con la seguridad de obtener el reembolso de la cantidad prestada, más los intereses por el aplazamiento de la devolución del préstamo, y otros gastos. Interesa resaltar la diferencia existente entre el derecho real de hipoteca y el derecho de crédito derivado del préstamo. Se puede constituir una hipoteca en garantía de la devolución de una obligación propia, y también se puede afectar un bien con garantía hipotecaria para asegurar una deuda ajena. El bien hipotecado no queda fuera del tráfico jurídico, de forma que la vivienda –en el caso del que hablamos– puede venderse, arrendarse, se puede suceder en ella... Cualquiera que sea la vicisitud jurídica por la que atraviese el objeto, la hipoteca sigue adherida al bien inmueble. Y, en muchos casos, se disocian claramente las figuras del deudor del préstamo de la del deudor hipotecario.

En la popularidad de la figura ha influido grandemente el Registro de la Propiedad, que aporta seguridad en cuanto a la titularidad del dominio (11). La regulación del derecho real de hipoteca juntamente con la institución del Registro han posibilitado jurídicamente que un gran mayoría de españoles seamos propietarios de la vivienda que habitamos. La seguridad que aporta el Registro de la Propiedad en España evita que, al contrario de lo que ocurre en otros países con Derechos diferentes, no sea preciso concertar un seguro para el caso de incapacidad laboral, fallecimiento, impago de cuotas, etc. Esto, que ocurre en el Derecho de muchos de los Estados de USA, no es preciso en España, aunque con alguna frecuencia las entidades de crédito exigen algún seguro como condición para conceder el préstamo (12).

(11) Especialmente por lo dispuesto en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

(12) “La legislación pretende permitir que junto a esas garantías reales, los bancos puedan conceder créditos complementarios con garantías personales (nóminas, seguros, etc.) para aumentar el volumen de financia-

“La figura ha cumplido una función trascendental en el mercado inmobiliario, sirviendo tanto a los intereses del deudor-comprador (facilitando el acceso a la propiedad de amplias capas de población) como del acreedor (otorgándole una garantía que le permita recuperar rápidamente el crédito impagado). Aunque es evidente que el acreedor tiene una posición dominante en el contrato, en especial si es una entidad de crédito y el deudor es un consumidor, no puede hablarse de indefensión de éste pues existen mecanismos diseñados para ofrecerle protección, en particular el asesoramiento e información que le presta el notario en el momento del otorgamiento de la escritura, además del control posterior del registrador en el momento de inscribir la garantía. Puede discutirse si los mecanismos de protección del consumidor son suficientes (sobre todo en relación al posible carácter abusivo de ciertas cláusulas, entre ellas las del establecimiento de una cláusula suelo o la de vencimiento anticipado o la de la cuantía de los intereses de demora) pero no hay dudas de que quien firma una escritura de préstamo hipotecario ha sido advertido y conoce (o ha podido conocer) la posible pérdida del bien en caso de impago y su responsabilidad patrimonial universal” (13)

En un préstamo con garantía hipotecaria hay que distinguir dos responsabilidades: una que podemos llamar normal, que es personal y deriva de la concesión del préstamo y la consiguiente obligación de devolverlo con sus intereses, y otra que es la propiamente

ción concedida” (así se lee en un periódico digital el 4 de febrero de 2013). En las negociaciones que han seguido a la proposición de ley de iniciativa popular sobre la llamada dación en pago, el Gobierno ha rechazado la dación retroactiva, pero para generalizar, de futuro, la que técnicamente se llama *hipoteca de responsabilidad limitada* del artículo 104 LH, se impone aumentar las garantías y recurrir al seguro, lo que daría a los Bancos una posición más dominante de la que actualmente tienen. De haber admitido esta propuesta los créditos se restringirían aún más y los intereses aumentarían. De todos modos la actuación del legislador, de los tribunales y la escasez de liquidez de las entidades bancarias van a restringir los préstamos y a encarecerlos.

(13) Juan PÉREZ HEREZA, “Las ejecuciones hipotecarias: tres decretos leyes y todavía a la espera de una reforma integral”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 46. Hay afirmaciones de Tribunales españoles en el sentido de que a pesar de la cualificación profesional del prestatario, algunas cláusulas no son comprensibles, ni para un profesional del mundo empresarial y económico.

hipotecaria, que es real y se hace efectiva principalmente sobre el bien afectado en garantía.

Es perfectamente posible que haya un deudor personal por razón del préstamo concedido y otro real, que ha afectado un bien propio como garantía (hipotecaria) de la devolución del préstamo de otro. Quiero decir que hay la posibilidad de afectar un bien propio en garantía de una deuda ajena, al modo de un aval o fianza que es personal, y en el caso de la hipoteca, real. Por eso, el acreedor hipotecario impagado tiene la posibilidad de acudir a pedir la devolución del préstamo por la vía de la ejecución personal, y también tiene la posibilidad de acudir a la ejecución hipotecaria, que no elimina la responsabilidad personal (artículo 105 de la Ley Hipotecaria).

Antes de la crisis económica que se desata a comienzos de 2008, los intereses de los préstamos estaban baratos, las entidades de crédito tenían liquidez para prestar dinero y ello –junto con otros factores menos ejemplares, como los *bonus* de los directivos de las entidades de crédito cuando aumentaban su cuota de negocio, o la opacidad en la explicación de las cláusulas propuestas por la entidad financiera– propiciaron que los españoles (y extranjeros inmigrantes) se endeudaran grandemente por encima de sus posibilidades. Existía la corruptela de aumentar el valor de tasación de las casas para poder conceder lo que el prestatario pedía, o el banco ofrecía.

Hay que hacer una breve referencia a la hipoteca de responsabilidad limitada, que se ha manejado como fórmula para solucionar los problemas de impago de los plazos de los préstamos concedidos. La figura se contempla en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria:

No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. / En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitados al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. / Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte del crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente sobre las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121.

La limitación de responsabilidad al valor en venta del bien hipotecado es posible, pero encarece grandemente el interés del crédito, porque la garantía disminuye y aumenta el riesgo.

La hipoteca, por último otorga al acreedor una acción ejecutiva, de enorme eficacia. Esta posibilidad de ejecutar la hipoteca, con la consiguiente pérdida de la vivienda, es la cuestión que tiene enardecidos a gran número de ciudadanos.

V. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

Es principio capital del Derecho de obligaciones. En virtud del mismo, el deudor responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros. Se encuentra en el artículo 1911 del Código civil ("Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros") (14). El Código civil se complementa en este punto con el artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando dice que "la ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante". La Ley Hipotecaria insiste en el artículo 105, "La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código civil" (15).

Esta institución es una garantía del buen funcionamiento de la economía de un país, pues difícilmente una persona (física o jurídica) se obligaría con otra, si no existiera el principio de que las deudas hay que pagarlas. Por tanto, el principio de que el deudor está obligado a pagar lo que debe y correlativamente que el acree-

(14) En el proyecto de GARCÍA GOYENA el precepto era el 1920, cuya proposición primera decía: "El que contrae obligación personal tiene que cumplirla con todos sus bienes habidos y por haber". En el comentario que hace, señala que "en rigor no habría necesidad de consignarla en un artículo. El que debe, ha de pagar mientras tenga bienes para hacerlo". Ver *Concordancias...*, tomo IV, p. 275, de la edición de 1852.

(15) En el Derecho italiano, ver artículo 2740, párrafo 1.º Codice civile: "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri". El Código Napoleón consignaba la regla en el artículo 2092, pero hoy se encuentra en el 2284: "Quelconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir".

El deudor puede exigir el pago, es un principio universal del Derecho de cualquier país. Se responde con los propios bienes, los que se tienen en el momento de la exigibilidad del crédito y los que se puedan tener en el futuro. Incluso en caso de fallecimiento del deudor, sus herederos suceden también en las deudas (obligación que se corresponde con la sucesión en los derechos). Hay algunos bienes que están fuera de la agresión de los acreedores y son los bienes inembargables, entre los que no se encuentra la vivienda habitual.

Lo que no significa que puedan cobrarse todos los créditos, ni que estos duren indefinidamente. Que no se pueden cobrar todos los créditos resulta de la ausencia de bienes con los que pagar. Si el deudor es insolvente el crédito es incobrable, al menos mientras dure la insolvencia. Y, por otro lado tenemos el instituto de la prescripción, de forma que el paso del tiempo en el plazo señalado en el Código civil (artículos 1964 y ss.) consiente al deudor eliminar una pretensión de cobro extemporánea por estar prescrita.

Los movimientos sociales de "Afectados por la Hipoteca" y de "Stop Desahucios" han logrado reunir las firmas necesarias para proponer una Iniciativa Popular Legislativa que propone que ante el impago del crédito, se considere saldada completamente la deuda con la entrega de la vivienda al acreedor. Argumentaron que los Bancos, que son quienes generalmente promueven los juicios ejecutivos, han sido rescatados con dinero público, y en consecuencia, también deben estar a las maduras de tener que recibir en pago de la deuda, el bien hipotecado, cualquiera que sea el valor que el bien tenga y cualquiera que sea el importe de la deuda. Todo ello bajo el amparo, dicen, de la Constitución Española que garantiza el derecho a una vivienda digna. Pero parece más bien que el "derecho" a tener una vivienda digna es un principio rector de la política económica y social de los Gobiernos. Y tampoco advierten, o no quieren advertirlo, que con la dación en pago, los ejecutados se quedan también sin vivienda.

Ocurre que una persona puede endeudarse indefinidamente (en teoría) sin que se tenga en cuenta en el endeudamiento, la importancia económica del patrimonio del deudor mismo. No ocurre lo mismo con los derechos reales limitados que tienen una relación íntima con el derecho real pleno, de forma que no pueden constituirse más derechos reales limitados que los que la propiedad admita. De este modo, el propietario puede constituir servidumbres, hipotecas, usufructos, etc., hasta el agotamiento del derecho real de dominio.

Pero no ocurre eso con las obligaciones. Hay obligaciones que no pueden contraerse cuando el que se convertirá en deudor está incluido en la relación de morosos. No existe, sin embargo, una relación de personas solventes.

VI. BIENES INEMBARGABLES

Aunque hay que responder con “todos los bienes presentes y futuros”, hay una serie de bienes que están fuera de la posibilidad de agresión de los acreedores: son los bienes inembargables. La cuestión de la inembargabilidad se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Civil y allí tenemos las siguientes normas:

Artículo 606. Bienes inembargables del ejecutado.

Son también inembargables:

1. El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.

2. Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

3. Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.

4. Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley.

5. Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España.

Artículo 607. Embargo de sueldos y pensiones.

1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional (16).

(16) Para el año 2013, el SMI ha quedado fijado en 645 euros con 30 céntimos, lo que supone al año no menos de 9034,20 euros, sin contar las pagas extraordinarias.

2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:

1. Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por ciento.

2. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por ciento.

3. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por ciento.

4. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por ciento.

5. Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por ciento.

3. Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable. Igualmente serán acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al Secretario judicial (17).

4. En atención a las cargas familiares del ejecutado, el Secretario judicial podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 por ciento en los porcentajes establecidos en los números 1, 2, 3 y 4 del apartado 2 del presente artículo.

5. Si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo.

6. Los anteriores apartados de este artículo serán de aplicación a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.

7. Las cantidades embargadas de conformidad con lo previsto en este precepto podrán ser entregadas directamente a la parte ejecu-

(17) En el caso de las deudas hipotecarias, es posible que la deuda no sea ganancial, aunque el régimen económico del deudor sea el de gananciales u otro de comunidad.

tante, en la cuenta que ésta designe previamente, si así lo acuerda el Secretario judicial encargado de la ejecución.

En este caso, tanto la persona o entidad que practique la retención y su posterior entrega como el ejecutante, deberán informar trimestralmente al Secretario judicial sobre las sumas remitidas y recibidas, respectivamente, quedando a salvo en todo caso las alegaciones que el ejecutado pueda formular, ya sea porque considere que la deuda se halla abonada totalmente y en consecuencia debe dejarse sin efecto la traba, o porque las retenciones o entregas no se estuvieran realizando conforme a lo acordado por el Secretario judicial.

Contra la resolución del Secretario judicial acordando tal entrega directa cabrá recurso directo de revisión ante el Tribunal.

El primer Real Decreto-ley del Gobierno de Rodríguez Zapatero (8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo al deudor hipotecario...), incide en la cuestión de lo que no se puede embargar y, por ello en su artículo 1, dispone:

“Inembargabilidad de ingresos mínimos familiares. En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.

Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley.”

Bien se comprende que no se puede desposeer a alguien de todo lo que tiene, sin peligro de que muera de hambre o de frío; por

ello la ley determina que hay unos bienes que no responden de las deudas (se dice en Derecho, como hemos visto, que son inembargables). Las ropas... "de la familia" entran dentro de lo inembargable, pero aparte esta mención a la familia, no hay más que otra referencia en los preceptos reproducidos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a las cargas familiares del embargado. No ocurre así, por el contrario, con la modificación del Decreto de 2011, que no está en la Ley 1/2013 (18). Esta modificación de los bienes que están fuera de la posibilidad de ser embargados no se produce modificando la LEC, ni se incluye en la Ley 1/2013, pero está en vigor por aplicación directa del Real Decreto-ley que la establece.

VII. CÁLCULO DE LO INEMBARGABLE ATENDIENDO A LOS INGRESOS DEL NÚCLEO FAMILIAR

Mientras que la LEC habla de deudor *ejecutado*, las nuevas normas se refieren al núcleo familiar (habla de los ingresos del núcleo familiar), lo cual técnicamente es impreciso puesto que no hay criterios para distinguir "familia" y "núcleo familiar" y, por otra parte es incorrecto, pues ni la familia ni, menos aun, el núcleo familiar puede ser *ejecutado* (19), al no ser sujeto de derecho.

(18) Esta Ley carece de disposiciones derogatorias, por lo que hay que aplicar las normas generales del Título Preliminar del Código civil y entender que quedan derogadas aquellas normas que referidas a la misma materia sean incompatibles con la nueva. La cuestión de la inembargabilidad no es incompatible y debe entenderse que queda subsistente.

(19) La ejecución hipotecaria es real porque está limitada al patrimonio, en principio, del deudor; es singular, porque se refiere a bienes concretos del patrimonio del deudor y es especial por su carácter hipotecario. La ejecución procesal supone la existencia de dos partes: el acreedor ejecutante y el deudor ejecutado, si bien puede haber un tercer actor, en caso de tercer poseedor de la finca hipotecada. En principio es un procedimiento con dualidad de partes, pero no contradictorio porque la regla general es que no se oiga al deudor. Esta es la doctrina que puede aprenderse en Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Vicente HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, II, Juicios especiales... 6.ª edic. Madrid 1969, pp. 254 y siguientes.

Al tener en cuenta los ingresos de los miembros del núcleo familiar, parece que también ellos, si tienen ingresos computables, deberán ser parte en el procedimiento ejecutivo hipotecario.

La definición del núcleo familiar se hace de forma singular en todas y cada una de las normas a que me refiero en este trabajo. En efecto en el Real Decreto-8/2011 se dice que “a estos efectos” (de la inembargabilidad) se entiende por núcleo familiar, *el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado*. En el Real Decreto-ley 6/2012, dice que “a estos efectos” (en el caso a los de reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria) *se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda*. En el Real Decreto-ley 27/2012, se dice que “a los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá” (para la suspensión de los lanzamientos) *por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar*.

Por si fuera poca la confusión, la Ley 1/2013, en el Capítulo que se ocupa de la modificación del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (artículo 8) se puede leer: “A estos efectos” *se entenderá por unidad familiar...* y repite exactamente la misma definición del RD-ley 27/2013.

Más adelante me referiré con mayor amplitud a estas cuestiones.

A efectos diversos, como se ha visto, la determinación de la cantidad salarial inembargable o la de reestructuración de la deuda o la de suspensión de los lanzamientos, se computa el que obtengan estos miembros del núcleo familiar. Pero, habría que preguntar ¿Este cálculo se hace siendo deudor hipotecario cualquiera de los miembros del llamado núcleo familiar? O ¿Sólo cuando la deuda haya sido contraída por alguno, o los dos, miembros de la pareja que genera el núcleo familiar? Tendríamos que preguntarnos qué ocurre si un hijo, por ejemplo, está pagando un préstamo garantizado con hipoteca porque quiere tener una vivienda para independizarse (y, quizá la tiene arrendada), pero por la razón que sea deja de pagar las cuotas de la devolución del préstamo. No es fácil contestar a esta pregunta. Este hijo mientras está pagando y al cesar de pagar sigue conviviendo en la sede familiar.

Por todo lo anteriormente dicho no entiendo la referencia al “núcleo familiar”. Hay que repetir que la familia no es sujeto de dere-

cho. No es la familia la deudora hipotecaria. Lo es un miembro de una familia o sin familia. No es la familia la ejecutada, sino algún miembro de ella. Podríamos pensar con esta referencia al núcleo familiar que se establece por ley una solidaridad forzosa de los miembros del núcleo que no encaja de ningún modo en el sistema de conceptos al que estamos habituados a manejar los estudiosos del Derecho civil.

VIII. DEUDA HIPOTECARIA QUE GRAVA UNA VIVIENDA GANANCIAL

Hay que tener en cuenta, en el caso de préstamos con garantía hipotecaria sobre la vivienda, que deudor hipotecario puede ser más de uno, porque el crédito hipotecario se haya garantizado con vivienda ganancial. Pueden ser deudores, por tanto, los dos cónyuges cuando están en régimen de gananciales ya que la sociedad legal de gananciales carece de personalidad jurídica.

Ha habido pronunciamientos del Tribunal Supremo español, en relación con la deuda hipotecaria contraída por unos cónyuges que luego se divorcian, discutiéndose la naturaleza de la deuda hipotecaria contraída estando aún casados. El Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala 1.^a de 28 de marzo de 2011) en ponencia de Encarna ROCA TRÍAS ha manifestado que:

"... se debe distinguir entre lo que se considera carga del matrimonio, según los artículos 90, D) y 91 del Código Civil y la obligación de pago del préstamo hipotecario, que corresponde a la sociedad de gananciales y va ligado a la adquisición de la propiedad del bien.

1.º La primera pregunta contenida en este recurso a que debe responder esta sentencia corresponde a si constituye o no carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar. La respuesta de esta Sala es negativa y así nos hemos ya pronunciado en la sentencia de 5 noviembre 2008 (RJ 2009,3), donde se dice que: "a) La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90, D) del Código Civil, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el artículo

1362, 2.ª del Código Civil. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges..."

Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347, 3 CC, que declara la ganancialidad de los "bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos", por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el artículo 1362, 2.ª CC, "la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes". Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad". En el caso de la sentencia de 2011, que recoge otra de 2008, se habla de deuda de la sociedad de gananciales cuando la sociedad se ha extinguido por consecuencia del divorcio, por lo que ya no es deuda de la sociedad, sino de los que fueron cónyuges. Lo mismo deberá decirse en el caso de disolución de los gananciales por muerte de uno de los cónyuges: en este caso la deuda será del cónyuge sobreviviente y de los herederos del premuerto. Todo ello a salvo de lo que se acuerde en la disolución de la sociedad legal de gananciales.

La naturaleza jurídica de la deuda de la que responde la vivienda tiene interés y conviene que sea tratada, por razón de la referencia al núcleo familiar en los Reales Decretos-leyes. Se puede discurrir contemplando varias situaciones:

La primera puede ser la de que un matrimonio casado y sujeto en lo patrimonial al régimen de gananciales que, constante el régimen y con precio o contraprestación ganancial, compra una vivienda, para cuya compra se le concede un préstamo garantizado con hipoteca (20). Los pagos con los que se va devolviendo el préstamo no son

(20) La deuda contraída es ganancial, tanto se obtenga el préstamo por ambos cónyuges, como si se obtiene por uno sólo de ellos con el consentimiento del otro. Se aplica el artículo 1347, 3.º del Código civil (Son bienes gananciales [...]) 3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para

carga del matrimonio, sino que son de cargo de la sociedad de gananciales y en consecuencia responsabilidad definitiva de ésta, sin dar lugar a reembolsos al finalizar el régimen. Jurídicamente no hay cuestión acerca de esta deuda. Si el préstamo se llega a pagar completamente vigente la sociedad de gananciales, la vivienda se consolidará como común de los dos cónyuges, que la dividirán (ellos o el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto) como disponen las normas de liquidación de los gananciales, pero aunque se atribuya a uno de los cónyuges por entero, no hay lugar a reembolsos.

Otra situación es que la vivienda se compre por ambos cónyuges vigente el matrimonio y la sociedad de gananciales, pero el precio o contraprestación inicial (y parcial) puede ser privativa, aunque el crédito que tendrá que devolverse a plazos sea pagado con dinero ganancial. En el supuesto que debería ser normal, al momento de la adquisición de la vivienda se entrega, de presente, el 30 por ciento del precio de la misma, obteniendo y pagando hasta el 70 por ciento con un préstamo hipotecario. La hipótesis que planteo es la de que el 30 por ciento del precio sea pagado con dinero (o contraprestación) privativo, si bien el préstamo y la deuda para su devolución es ganancial. En este caso se aplica el artículo 1354 ("Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas"). En el caso que he puesto como ejemplo, la vivienda sería privativa en un 30 por ciento y ganancial en el 70 por ciento restante. La vivienda es privativa parcialmente en un 30 por ciento. Y el 70 por ciento restante es ganancial. La deuda que hay que saldar por importe del 70 por ciento es de cargo de la sociedad de gananciales y responsabilidad definitiva de ésta. Si se dejan de pagar las cuotas y la entidad crediticia ejecuta la hipoteca, y en la subasta no hay postor, la vivienda cubriría prácticamente la totalidad de la deuda.

Otra situación que se puede hipotizar es la de una persona que en estado de soltería adquiere una vivienda que paga con dinero conseguido de un préstamo que una entidad financiera le concede

uno solo de los cónyuges". Y el 1362, 2.º "Será de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguno de los siguientes cauces: [...] 2.º La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. [...]".

con la garantía hipotecaria de la propia vivienda. Constante el préstamo, contrae matrimonio bajo el régimen de gananciales, y cuando ya ha ingresado en ese régimen, va pagando las restantes cuotas del préstamo con dinero ganancial. En el Registro aparecerá la vivienda como de propiedad del cónyuge que la adquirió en estado de soltería, si bien se puede hacer constar por nota marginal la parte de precio pagado con dinero ganancial, de acuerdo con el artículo 91 del Reglamento Hipotecario. No encaja del todo el 91 en el supuesto del que hablo, porque lo que dice el Reglamento Hipotecario es que por nota marginal se hará constar el carácter ganancial de los plazos pagados a cuenta del precio aplazado. No hay, verdaderamente precio aplazado, porque lo que está aplazado es el reintegro total del préstamo. El precio se pagó íntegramente y la vivienda en consecuencia es privativa, pero el préstamo, que también es privativo se devuelve con dinero ganancial. En el caso parece que la solución es que el préstamo sea de responsabilidad provisional de la sociedad de gananciales, pero que hay lugar a un derecho de reembolso a la liquidación del régimen.

IX. CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE MARZO DE 2013

Antes de exponer y comentar la Sentencia del TJUE hay que hacer unas precisiones jurisprudenciales del Derecho español. En esta materia del juicio ejecutivo hipotecario, hay un Auto del Tribunal Constitucional (el 113/2011, de 19 de julio) que señala cómo el procedimiento de ejecución hipotecaria no vulnera los principios de tutela judicial efectiva ni la igualdad procesal entre las partes, añadiendo que no ocasiona indefensión, dada la posibilidad de iniciar el procedimiento declarativo posterior.

Por su parte hay también pronunciamientos del Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de febrero de 2006 y de 25 de septiembre de 2008, en las que se declara que no es abusiva la conducta del acreedor que usa en defensa de sus derechos facultades que le concede la ley, concretadas en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que se ejecutó y el importe por el que se adjudicó. En esta misma línea, el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad

Real, sección 2.^a, de 7 de marzo de 2006; el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.^a, de 28 de enero de 2011; el Auto de la misma Audiencia y sección, de 4 de mayo de 2012; y de la misma Audiencia y sección de 16 de julio de 2012.

En contra, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2010; el Auto de esta misma Audiencia y sección, de 16 de marzo de 2011; el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, núm. 44, de 4 de febrero de 2011 (aclarado por Auto del mismo Juzgado de 18 de febrero de 2011, y revocado por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.^a, de 26 de marzo de 2012); el Auto del Juzgado de Primera Instancia, núm. 3 de Vinaroz, de 11 de marzo de 2011; el Auto de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 2.^a, de 16 de septiembre de 2011; el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012; el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 8, de Valladolid, de 27 de febrero de 2012; y, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Tarrasa de 16 de octubre de 2012, que de una manera u otra consideran que hay enriquecimiento injusto o abuso del derecho, cuando se prosigue la ejecución sobre otros bienes del deudor (artículo 579 de la LEC, cuando la adjudicación de bienes en subasta resulta insuficiente para cubrir la totalidad de la deuda).

Muchas resoluciones judiciales han abordado cuestiones en relación con las deudas reclamadas por acreedores hipotecarios en juicios ejecutivos. Estas resoluciones son, unas veces autos de las Audiencias Provinciales, y otras sentencias de los Juzgados de lo Mercantil, en juicios relativos a reclamaciones posteriores al concurso de acreedores.

La resolución más llamativa fue la de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010. El recurso que resuelve la Audiencia proviene de una ejecución hipotecaria, consecuencia del impago de varias cuotas de un préstamo de 71.225 euros. Instada la ejecución de la hipoteca, se prosigue el pleito hasta llegar a la subasta que queda desierta al no producirse ninguna puja, por lo que el Banco solicitó que se le adjudicara por importe de 42.895 euros por la deuda principal y 8.438 en intereses para compensar la parte no recuperada en la subasta por la vivienda.

El recurso proviene del Juzgado de 1.^a Instancia de Estella, el cual en auto de 13 de noviembre de 2009 contiene una parte dis-

positiva en la que se indica que “no ha lugar a la continuación del procedimiento de ejecución por las cantidades que la parte ejecutante solicita en su escrito de fecha 16 de Octubre de 2009, dejando la vía de ejecución por las cantidades que en su día puedan resultar de la Tasación de Costas y Liquidación de Intereses que se practiquen.”

En el recurso que plantea el banco solicita que se prosiga la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta, por importe de 28.129,52 euros de principal, más 8.438,86 euros calculados para intereses, costas y gastos. Dicha ejecución es denegada por Auto de fecha 13 de noviembre de 2009, que no da lugar a continuar la ejecución salvo para costas y liquidación de intereses.

El recurso del banco argumenta que el bien ejecutado no tiene valor suficiente para cubrir la deuda reclamada, de manera que habiendo sido subastado en 42.895 euros, queda una importante cantidad por pagar. El Auto de la Audiencia señala que “la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada [...] lo que debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por lo que supone un acto propio, del propio banco cuando, con arreglo a las cláusulas séptima, novena bis y décima, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca finalmente subastada y a los efectos de su valor en subasta, se fijó en la cantidad de 75.900 euros.”

Dice la Audiencia que el propio banco valoraba la vivienda en una cantidad que era superior al principal del préstamo, que era de 71.225,79 euros. Añadiendo que “el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan sólo sea adjudicada en la cantidad de 42.895 euros [...] el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas.”

Argumentos conclusivos se contienen en los Fundamentos de Derecho, cuando dice que “en el caso presente, la adjudicación material de la finca al banco ejecutante, cubre más del principal reclamado, por lo que la ejecución únicamente cabrá continuar respecto de las cotas y de la liquidación de intereses.”

Y, poco más adelante: "... con su adjudicación [de la vivienda] el principal y algo más ha sido cubierto con dicho bien, de manera que tan sólo con respecto a las costas y liquidación de intereses restantes deberá continuar la ejecución, en cuanto que es lo que establece el Auto recurrido que no ha sido objeto de impugnación." Por lo que procede desestimar el recurso de apelación formulado y confirmar el Auto recurrido.

El Auto contiene otros argumentos en los que se rechaza que la actuación del banco reclamando el resto del principal del préstamo, constituya abuso de derecho y otros, ciertamente criticables, en los que desliza una "reflexión, cuando menos moralmente intranquilizante". En el Fundamento de Derecho Cuarto, letra c, se lee: "Cabe además hacer una pequeña consideración, que podríamos unir con lo ya señalado en relación con el abuso de derecho, en el sentido de que si bien formalmente cabría entender que la actuación del banco se ajusta a la literalidad de la ley y que efectivamente tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, por lo que cabría entender que no existiría el abuso de derecho que se le imputa, pero ello no obstante no deja de plantearnos una reflexión, cuando menos moralmente intranquilizante, relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido, por considerar que en realidad el valor de la finca subastada y adjudicada materialmente al banco, hoy por hoy, tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta y decimos esto, porque la base de la manifestación de que la finca subastada tiene hoy por hoy un valor real inferior, se basa en alegaciones como que la realidad del mercado actual ha dado lugar a que no tuviera la finca el valor que en su momento se le adjudicó como tasación, disminución importante del valor que une a la actual crisis económica, que sufre no sólo este país sino buena parte del entorno mundial con el que nos relacionamos. Y siendo esto así y en definitiva real la importantísima crisis económica, que ha llegado incluso a que la finca que en su día tasó en una determinada cantidad, hoy en día pudiera estar valorada en menos, no podemos desconocer que ello tiene también en su origen una causa precisa y que no es otra, y no lo dice esta Sala, sino que ha sido manifestado por el Presidente del Gobierno Español, por los distintos líderes políticos de este país, por expertos en economía y por líderes mundiales, empezando por el propio Presidente de Estados

Unidos, que la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias, recuérdense las “hipotecas basuras” del sistema financiero norteamericano.

No queremos decir con esto que el [...] sea el causante de la crisis económica, pero sí no puede desconocer su condición de entidad bancaria y por lo tanto integrante del sistema financiero, que en su conjunto y por la mala gestión de las entidades financieras que sean, en definitiva bancos y otras entidades crediticias y de naturaleza financiera, han desembocado en una crisis económica sin precedentes desde la gran depresión de 1929.”

Se ha dicho, y estoy del todo conforme que “... su poder [del juez] (legítimo) para lograrlo es limitado y que, en consecuencia, hay ocasiones en que no pueden tomar ciertas decisiones que estaría justificado tomar si fueran simples ciudadanos y no desempeñaran el rol institucional que desempeñan” (21).

Hubo otro recurso ante la misma Audiencia Provincial de Navarra, con unos fundamentos de hecho idénticos provenientes del mismo Juzgado de 1ª Instancia, de Estella, y la solución, en el segundo caso fue radicalmente diversa. La Audiencia entendió que debía anular el auto del juzgado. Los Magistrados llegan a decir que “no alcanzan a comprenderse las razones por las cuales el juez *a quo* eludió la aplicación (...) de la preceptiva mencionada”.

1. El control de las cláusulas abusivas. La Sentencia del TJUE de 2013.

Otra cuestión que se reitera en la jurisprudencia es la del control de las cláusulas abusivas; se plantea recurrentemente ante los Tribunales españoles con soluciones en casi todos los casos favorables a los prestatarios, si bien no faltan tampoco resoluciones que dan razón a los Bancos en lo que se refiere a la legalidad de estas cláusulas. Se ha suscitado el tema de la abusividad o no de cláusulas suelo, de cláusulas de vencimiento del préstamo por impago de una sola de las cuotas, de liquidación de la deuda unilateralmente por la entidad financiera y de la cuantía de los intereses de demora. El

(21) ATIENZA, Manuel: “A propósito de dos decisiones de la Audiencia Provincial de Navarra. La autoridad y los límites del derecho”, en *El Notario del siglo XXI*, número 37.

14 de marzo de 2013, el TS (Sala del Pleno) ha pronunciado una sentencia contraria a la legalidad de la cláusula suelo.

Después de la posición de los órganos españoles: Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, en decisiones de la Sala 1.^a de lo civil gran revuelo mediático ha suscitado la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 14 de marzo de 2013 (22). El asunto viene de una cuestión prejudicial que plantea el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, a propósito de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se trataba de unas cláusulas insertas en un contrato de préstamo de 138.00 euros, a devolver en 33 años, garantizado con hipoteca entre un ciudadano marroquí (el Sr. Aziz) y una entidad financiera (Catalunyacaixa). La garantía era el inmueble que constituía la vivienda familiar del Sr. Aziz. En la escritura de préstamo garantizado con hipoteca, se establecían unos intereses de demora de 18,75 %. Se señalaba igualmente que en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiera cumplido, la deuda se convertía en exigible en su totalidad. Finalmente, el juez español sometía al TJUE también otra tercera cláusula, que era la de que la liquidación de la cantidad por la que se ejecutaba la deuda era efectuada directamente por la entidad financiera mediante el certificado oportuno que recogía la cantidad exigida.

La Sentencia explica (número 23) que “El Sr. Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008 Catalunyacaixa acudió a un notario con objeto de que otorgara acta de determinación de la deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora”.

La entidad requirió de pago al Sr. Aziz, infructuosamente. Y diez meses más tarde del primer impago de la cuota la entidad financiera presenta procedimiento de ejecución contra el Sr. Aziz, reclamándole 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 en concepto

(22) El diario de la ciudad en la que vivo, rotula con grandes caracteres “La UE tumba la Ley Hipotecaria”.

de intereses vencidos y 41.092,21 euros en concepto de intereses y costas. La suma total liquidada unilateralmente por la entidad asciende, por tanto, a 180.865,97 euros (es decir 42.865,97 euros más que la suma prestada).

El litigio se centraba en determinar si la legislación española se adecuaba a la Directiva 93/13/CEE de Consejo, cuyo artículo 3 dispone: "1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión". La Sentencia del TJUE alude también a los artículos 6, apartado 1, 7, apartado 1. El Anexo a la Directiva entiende que son abusivas las cláusulas que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. Y también aquéllas que supriman u obstaculicen "el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante".

La norma española se contiene en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, modificada por otras leyes posteriores, habiendo quedado definitivamente redactada en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (23).

(23) El artículo 82 del TRLGDCU establece: "1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquéllas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

[...]

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas

Lo esencial del litigio se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Civil al regular “De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados” (artículos 681 a 698). La propia sentencia así lo afirma cuando dice que esta materia es “el objeto del litigio principal”.

Concretamente el artículo 695 LEC establece:

“1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1.º Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2.º Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

[...]

3.º [...] la sujeción ... a otra prenda [o] hipoteca [inscritas] con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral”.

las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otra del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario.
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”.

Reproduce también la STJUE (número 15) el artículo 698 de la misma LEC que dice:

“1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, *incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda*, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establezca en el presente capítulo.

[...]

2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso [del] juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención de todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.

El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

3. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención”.

Sobre esta regulación del juicio ejecutivo hipotecario, se insertan unas reglas de la Ley Hipotecaria (en la redacción que resulta de la reforma de 1946) que son, en concreto, las que resultan del artículo 131: “Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca ... quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto”.

Y el 153 *bis* de la misma LH dispone que “...podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante

de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. / Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Se ha señalado ya, y se reitera ahora, que la cuestión se centra en la adecuación de determinadas cláusulas del contrato de préstamo entre el Sr. Aziz y la Entidad financiera, a la Directiva de protección de consumidores de 1993. Se trataba de tres cláusulas, siendo la primera la de la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo –en el caso, 33 años- por incumplimiento en un periodo muy limitado y concreto. La segunda trataba de la fijación de intereses de demora –en el caso superiores al 18 %- que en otros casos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos, pero que en la contratación inmobiliaria no disponen de límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado. Y la tercera trata del mecanismo de liquidación y fijación de los intereses variables realizados unilateralmente por el prestamista, vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria, que *no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo*, remitiéndolo a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble (número 31 de la Sentencia).

El TJUE rechaza las dudas sobre la admisibilidad del pronunciamiento del Tribunal que presentan Catalunyaixa y el Reino de España, entrando por tanto, en el asunto propuesto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona.

De acuerdo con el Derecho español el ejecutado no puede impugnar el carácter abusivo de una cláusula del contrato suscrito con la entidad de crédito, en el procedimiento ejecutivo presentado en un Juzgado que se ocupe de la ejecución hipotecaria, aunque sí podría hacerlo ante otro Juzgado (en el caso el de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona), que conoce del proceso declarativo. Es decir,

el procedimiento ejecutivo no se puede detener más que por causas señaladas en el artículo 695 de la LEC, teniendo que acudir a un procedimiento declarativo que no suspende el de ejecución, todo ello a salvo la anotación preventiva de demanda inscrita en el Registro de la Propiedad. Para detener u obstaculizar una ejecución hay que ir a un procedimiento declarativo, sin posibilidad de formular oposición en el ejecutivo hipotecario.

Lo que el TJUE trata de resolver es la acomodación con la Directiva de los motivos de oposición y la posibilidad de que en la propia ejecución tenga el juez facultades para apreciar el carácter abusivo de cláusulas contenidas en el contrato controvertido del que se deriva la deuda reclamada.

La sentencia prosigue sus razonamientos, discurriendo sobre la posibilidad de que, de acuerdo con la Directiva, sea posible que en el procedimiento declarativo acerca de la abusividad de una cláusula, pueda el juez español adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de la decisión final.

El sistema de protección del consumidor que establece la Directiva parte del principio de la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, tanto en lo que se refiere a la capacidad de negociación, como al nivel de información. En virtud de esta inferioridad se determina que determinadas cláusulas no vinculan al consumidor, porque así se reemplaza el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre las partes. Por esta razón el juez nacional debe poder apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

Dice más tarde (núm. 48) “que la Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio *–in limite litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición”.

El asunto objeto del litigio principal trata de la determinación de las obligaciones que incumben al juez que conoce de un proceso

declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, con el fin de que se garantice, en su caso, el efecto útil de la decisión sobre el fondo por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo y, por tanto, de la incoación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

El principio de autonomía procesal de cada uno de los Estados miembros debe ceder en el caso de que sea menos favorable del que regula situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

De los principios expuestos resulta que en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada.

Reconoce el Tribunal de la Unión que en el Derecho español, hay un procedimiento registral que permite detener la ejecución hipotecaria, pero esta circunstancia la resuelve indicando que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no realice esa anotación, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos.

En términos generales, la Sentencia afirma que un régimen procesal que no permite que el juez que conoce del proceso declarativo adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar. (núm. 59)

También hace argumentaciones (núm. 61) centradas en la circunstancia de que el bien hipotecado es la vivienda habitual, que el ejecutado puede perder. Esto plantea alguna cuestión que convendría poner de relieve: el argumentario del tribunal sería distinto si la cláusula abusiva se contuviera en un supuesto en que un tercero hipoteca un bien propio en garantía de una deuda ajena, porque el riesgo de perder la vivienda, no es del prestamista, sino de otro, que también la pierde, pero que no ha suscrito el contrato de préstamo

que contiene la cláusula controvertida. Y también sería distinto el razonamiento si el préstamo y la garantía consiguiente, se refieren a la segunda vivienda, porque el ejecutado tiene su vivienda habitual de la que no resulta desalojado (24).

Pero siguiendo con la sentencia, ésta señala que la normativa española no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.

La cuestión prejudicial planteada es contestada por el TJUE señalando que la Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro que al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

El fallo dice:

“1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permita al juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas

(24) En este segundo caso, habría que tener en cuenta, -quizá- que es posible que la ejecución y el remate no extinguieran totalmente el préstamo y que el acreedor, ya por el procedimiento que corresponda (no el ejecutivo hipotecario) pudiera agredir la vivienda habitual para cobrarse el resto del préstamo no devuelto.

cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

2. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que:

a) el concepto de “desequilibrio importante” en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

b) para determinar si se causa el desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.”

2. Doctrina sobre la cláusula suelo del Tribunal Supremo español

El TS español ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las cláusulas suelo en Sentencia dictada en el procedimiento instado por Ausbanc contra BBVA, Cajamar y NCG, banco, que dictó el Pleno de la Sala 1.^a, el 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013). La decisión es innecesariamente larga y prolija y no termina de saberse con certeza quien gana y quien pierde el pleito. Por lo que a nosotros interesa es de destacar lo dispuesto en los números que siguen.

“211. ... la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su

contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

[...]

“217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia”.

[...]

“218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor”.

[...]

“221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas *“no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”*, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato”.

[...]

“256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es

un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio”.

No insisto en esta sentencia, por no ser el objeto principal de este trabajo.

X. CONCURSO DE ACREEDORES

Cuando la adversidad o la mala gestión, o el incumplimiento de obligaciones por parte de deudores del deudor (las Administraciones no pagan o pagan con mucho retraso), hacen que alguien se encuentre en situación de tener más pasivo que activo o en situación de insolvencia inminente, en cuyos casos la figura que viene a contemplar la situación es el concurso de acreedores. Y aquí hay una crítica muy seria al legislador, porque da distinto tratamiento al deudor persona física que al deudor persona jurídica, sobre todo cuando la persona física está casada en régimen de gananciales (25). Cuando quien entra en concurso es una sociedad (en general, una persona jurídica), la Ley Concursal de 2003 (modificada en 2010), determina que los acreedores que tienen créditos por importe superior a los bienes de la sociedad, tienen que rebajar sus pretensiones o aplazarlas [*quita y espera*, artículo 100 LC (26)]. Pero la situación es distinta, porque las empresas se disuelven y desaparecen, quedando los acreedores impagados total o parcialmente sin posibilidad de satisfacer sus pretensiones, mientras que en el caso de personas físicas, quedan vinculadas de forma que al primer concurso puede seguir concursos sucesivos, sin que pueda salir nunca de la situación de endeudamiento. Los anglosajones denominan *fresh start* o *discharge* a la situación de supresión de las deudas impagadas y la no vinculación de los bienes futuros, con lo que tienen una segun-

(25) Matilde CUENA CASAS, “El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales”, en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Madrid 2009, pp. 159 ss.

(26) El precepto dice que “respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio”.

da oportunidad para volver a empezar su actividad económica sin amenaza.

La crisis todo lo transforma y por ello también esta figura ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina (especialmente Matilde CUE-NA). En efecto, para el caso de insolvencia de la persona física o natural, de buena fe, se cuestiona la afectación de los bienes futuros a la satisfacción del derecho de crédito impagado total o parcialmente. Se alega que, en ocasiones, la falta de pago de las propias deudas se debe a hechos que están fuera de las posibilidades de actuación del deudor (por ejemplo, no puede pagar porque la Administración pública con la que contrató no ha cumplido sus obligaciones). Matilde CUE-NA argumenta que la afectación de los bienes futuros sitúa al deudor en un concurso permanente, porque una vez que no puede atender sus obligaciones y entra en concurso, si parte de sus deudas quedan impagadas, por el resto de deuda que tiene volvería a entrar en concurso y así sucesivamente. Por ello un auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona cuestionó la vinculación de bienes futuros cuando el deudor está de buena fe y la causa de la insolvencia se debe a hechos que están fuera de su previsión (27). Este planteamiento debe ser hecho por el legislador y nunca por la autoridad judicial, que no puede cambiar las reglas de juego, sino aplicar las leyes.

En este momento, cuando se ha aprobado recientemente la ley de protección de los deudores hipotecarios sin recursos podría haberse tratado la situación concursal de los deudores personas físicas, cosa que no se ha hecho. No obstante, hay que tener en cuenta que la ley concursal es procedimental y no sustantiva; regula solamente los trámites que deben seguirse cuando alguien está en situación de insolvencia actual o inminente.

(27) Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010. En el marco de un proceso concursal de dos personas físicas y tras haber procedido a la liquidación del patrimonio de los deudores, concluye el procedimiento concursal por inexistencia de bienes y derechos con base en el artículo 176 de la Ley Concursal, declarando extinguido el pasivo pendiente de los deudores una vez que se han agotado todas las vías concursales para la satisfacción de los créditos. Lo contrario implicaría condenar al deudor a la exclusión social o dejar al sujeto al albur de la beneficencia pública o privada.

XI. LA HIPOTECA EN EL CONCURSO

Hay que considerar varias normas. Uno de los puntos que agrava mucho la situación del deudor hipotecario es el de los intereses de demora que incrementan mucho la deuda. El hecho se agrava por culpa de que es el ejecutante el que decide cuando reclamar y pedir la ejecución, por lo que puede incrementar la deuda por esa razón de la elevada cuantía de los intereses, aunque existe siempre la limitación de los intereses que quedan garantizados por la hipoteca (art. 114 LH).

El acreedor hipotecario tiene en el concurso un privilegio especial, al margen del procedimiento de ejecución universal. Tiene lo que se denomina derecho de ejecución separada. El acreedor hipotecario queda inmune a la colectivización de créditos que el concurso significa.

Modificar la posición del acreedor hipotecario en el concurso quitándole el privilegio sería atentar contra las bases mismas del sistema crediticio español con unas consecuencias difíciles de prever.

“Paralización de ejecuciones de garantías reales” (artículo 56 de la Ley Concursal). No se puede iniciar una ejecución hipotecaria cuando ya se ha iniciado el concurso (hay auto de declaración del concurso) hasta que se apruebe el convenio cuyo contenido no le afecta o transcurra un año desde el auto de declaración del concurso. Pero esta paralización temporal sólo afecta a bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. Las garantías sobre los bienes o derechos que no tengan esas cualidades no están sometidas a paralización o suspensión.

Por su parte, podemos leer en el artículo 57 que la ejecución contra bienes no afectos a su actividad profesional/empresarial o a una unidad productiva de su titularidad (por ejemplo: la vivienda habitual familiar) se tramitará como pieza separada (no se acumula al concurso). La ejecución sigue su tramitación, independientemente de las normas procesales y materiales del concurso, conforme a las normas propias que le resulten de aplicación. Este procedimiento no se verá contaminado por los incidentes que puedan plantearse durante el procedimiento concursal.

Si no se hubiera iniciado la ejecución, el concurso incluye en la masa activa el crédito hipotecario. Harán efectivo su privilegio en la

fase de liquidación (artículo 155). El 155: "Los acreedores con privilegio especial cobrarán su crédito con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva"

La declaración de concurso produce la suspensión del devengo de intereses (artículo 59.1 LC) "salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía".

Pues bien, el art. 59 de la Ley Concursal se titula *Suspensión del devengo de intereses*. 1. Desde la declaración del concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. ...

En la determinación de la masa pasiva, cuando hay que hacer la relación de créditos, éstos se clasifican y por ello el artículo 89 dice que los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados. Dentro de los privilegiados les hay con privilegio especial y con privilegio general. Y en el siguiente artículo 90 se dice: "1. Son créditos con privilegio especial: 1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignorados". Antecedan incluso a los que tienen sólo privilegio general, entre los que se encuentran los créditos salariales. Aquí se ve con toda nitidez la fuerza de la hipoteca.

Es de interés lo dispuesto en el artículo 78.4. *Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio*. 4. Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquélla se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso.

Una vez clasificados los créditos se llega a la fase de convenio. Ya se han determinado los bienes existentes, los acreedores clasificados, y llegamos al momento de convenir como se atenderán los créditos. El artículo 100 dice que "la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas".

SEGUNDA PARTE.
SOLUCIONES PARA PROTEGER
A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

XII. SOLUCIONES AL INCUMPLIMIENTO QUE VA PROPONIENDO EL GOBIERNO

Los Gobiernos del Reino de España han dictado tres Reales Decretos-ley para tratar de paliar los problemas. A ellos ha seguido una Ley (la 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social).

El primero de los Reales Decretos, del anterior gobierno socialista, ha sido el RD-L 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Muy sucintamente –pues el largo título del RD ya nos pone en alerta de que las pretensiones son mucho más amplias que la solución de los problemas de los deudores hipotecarios– de lo que se trata es de paliar “la situación específica del mercado inmobiliario en España...” lo que “plantea situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago. Frente a esta situación el Gobierno considera necesario adoptar medidas adicionales de protección para las familias con menores ingresos, así como las reformas necesarias para garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realizan sin dar lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados; manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario” (de la Exposición de Motivos).

Este RD-ley eleva el umbral de inembargabilidad, que ya se ha mencionado. Se eleva el porcentaje por el que el acreedor hipotecario puede quedarse con la finca subastada en caso de inexistencia de postor: del 50 % anterior, se pasó a un 60 % del valor de tasación para la subasta. Y, finalmente, se reduce hasta el 20 %

el depósito exigido a los postores para participar en una subasta (28).

Ya con el actual Gobierno popular, se dicta el segundo RD-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. En este RD-ley se establecen mecanismos para la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real. La medida estelar del RD es el establecimiento de un código de buenas prácticas (29).

En el trámite legislativo –subsiguiente a los tres Reales Decreto ley- se ha puesto de relieve lo siguiente: se aplicarán las medidas a quien tenga unos ingresos netos inferiores al 60% de la cuota hipotecaria; quiere el Gobierno reducir el porcentaje de los intereses de demora (ahora, con frecuencia, están por encima del 20 %) que considera “abusivos” (el ministro de Guindos en el Congreso, Sesión del 29 de marzo de 2012 –a tres veces el interés legal del dinero que ahora está en el 4 %, quedando por tanto en el 12 % como máximo); reestructuración viable de las deudas hipotecarias ampliando el plazo de amortización hasta un total de cuarenta años; una quita de la deuda, en el caso de que la cuota mensual siga siendo, a pesar de la aplicación de la primera medida, superior al 60 % de los ingresos que perciba la unidad familiar, que “en algunos casos puede llegar a ser de hasta el 25 %”; y como última medida la dación en pago como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria (“en este caso las familias podrán permanecer en su vivienda durante dos años en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe total de la deuda hipotecaria en el momento de la dación” –de Guindos, en el Congreso–). En caso de que la entidad que se queda con la casa obtenga una plusvalía con la venta del bien en esos 10 años, el juez podrá exigir que el 50% de ese incremento reduzca la deuda pendiente. Otra medida sería la simplificación de la venta extrajudicial.

Aún hay otro tercer Real Decreto-ley, el 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deu-

(28) Todas las cifras han sido modificadas por la Ley 1/2013.

(29) Este RD-ley se menciona expresamente en la Ley 1/2013, en el Capítulo V, cuando dice: “Modificación del Real Decreto-ley 8/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”.

dores hipotecarios. En este último RD-ley se dispone la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. En Disposición adicional dispone un fondo social de viviendas para aquellos deudores (y su familia) que no puedan atender sus obligaciones derivadas del préstamo, comprometiéndose el Gobierno a promover, junto al sector financiero, un fondo de viviendas para quienes hayan sido lanzados de su vivienda. Este fondo social de viviendas "tendrá por objeto facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban".

La suerte de estos tres Reales Decreto-ley es un tanto incierta, porque si bien en algunos casos se ha traspuesto en la Ley disposiciones concretas de los mismos, en otros casos, no se han recogido y no hay disposición derogatoria ninguna, por lo que hay que entender que las normas contenidas en ellos siguen en vigor (es el caso del incremento de las cantidades inembargables).

Hay muchas disposiciones interesantes recogidas en el texto de la Ley 1/2013, que intentaré explicar en las líneas siguientes. Interesante, me parece, el Código de Buenas Prácticas", procedente del segundo de los Reales Decreto-ley, que se contiene también en la ley.

XIII. LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO

Después de la primera medida parcial acordada a través del primero de los tres Reales Decretos-ley que he señalado, se presentaron numerosas iniciativas legislativas por diferentes grupos parlamentarios, e incluso una de Iniciativa Legislativa Popular.

El Gobierno solicitó un Dictamen al Banco Central Europeo sobre el proyecto de ley. El BCE recomienda una solución más enérgica en el sentido de evitar, siempre que se pueda, los desahucios, porque el problema del incumplimiento no es cuestión particular de los deudores, sino que el problema es del sistema (30).

(30) Un párrafo del Dictamen, firmado por el propio Mario Draghi dice: "El BCE subraya, no obstante, que la ejecución hipotecaria debe considerarse el último recurso. Los prestamistas garantizados deberían estar interesados en evitar la ejecución hipotecaria, que resulta costosa y generalmente produce menos ingresos que las ventas voluntarias, si el hipotecante con-

Se advierte que las preocupaciones son semejantes, con acento en la dación en pago en unos casos, en otros de preocupación por el sobreendeudamiento, habiendo recogido el Gobierno parte de las propuestas presentadas. Se puede hablar de una efervescencia entre las fuerzas políticas y los grupos sociales tratando de abordar el problema, si bien en muchas ocasiones se trataba simplemente de intentar que los deudores no quedaran privados de vivienda. No se atendía, creo que nunca, al problema de cómo remediar la situación del acreedor que no cobraba su crédito pero que al ser, por lo general, una entidad bancaria se entendía que era la causante de todos los males y sus pretensiones no merecían atención.

XIV. DESTINATARIOS DE LA REFORMA LEGAL

La primera cuestión es determinar quienes son los destinatarios de la Ley. En un texto tan complejo hay que explicar que se establecen varias clases de destinatarios según las medidas de que se trate.

Hay una primera determinación que se refiere a las personas que pueden beneficiarse de la medida de suspensión de los lanzamientos y son quienes se encuentren en situación de especial vulnerabilidad y en determinada situación económica (que se explicará con algún detalle más adelante) y tiene un límite temporal de dos años, desde la entrada en vigor (15 mayo 2013) hasta dos años (15 mayo 2015) (31).

Otra determinación de los destinatarios es cuando de lo que se trata es de la aplicación de las medidas relativas a las modificacio-

tinúa cumpliendo todas o una parte acordada de sus obligaciones de pago. Por tanto es importante: a) que los prestamistas garantizados adapten sus prácticas actuales de gestión de prestatarios incursos en incumplimiento a fin de evitar las ejecuciones hipotecarias, y b) que el marco regulador proporcione incentivos a todas las partes interesadas para que acuerden una reestructuración de deuda oportuna y razonable en caso de incumplimiento.”

(31) Esta Norma de la Ley 1/2013 amplía en varios meses la disposición de suspender los lanzamientos para los deudores ejecutados especialmente vulnerables, puesto que la norma procede del RD-ley 27/2012 que disponía lo mismo, pero, por la fecha de publicación del RD el plazo de dos años terminaba antes (el 16 de noviembre de 2014) que la misma suspensión reproducida en la Ley (15 mayo 2015).

nes de la LH y de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario (de 1981) y de la ley que modifica la Regulación del Mercado Hipotecario (de 2007). Se aplican a cualquier entidad de crédito que celebre un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca, a partir de la entrada en vigor de la ley. Tienen que aplicarlas los notarios en las subastas extrajudiciales. Se aplica también a los prestatarios con garantía hipotecaria. Y finalmente se aplica a las entidades de tasación.

La Ley 1/2013 contiene también modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, en punto al procedimiento de ejecución. Estas normas se van a aplicar a las ejecuciones que se inicien después de la entrada en vigor de la ley, (aunque algunos Tribunales han aplicado la posibilidad de oposición a las ejecuciones por mor de la STJUE de 2013). Pero un efecto parcialmente retroactivo se produce porque también pueden aplicarse las normas del juicio ejecutivo reformado para los procedimientos cuando la demanda se ha presentado antes de la entrada en vigor de la ley, pero no ha concluido el procedimiento.

Otros destinatarios serán aquellos a los que se pueda aplicar el Código de Buenas Prácticas y demás normas que se contenían en el Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de los protección de deudores hipotecarios sin recursos, que se encuentran minuciosamente descritos en el Capítulo IV de la Ley. Las medidas tienen como destinatarios a los deudores que se encuentren en el umbral de exclusión, es decir, por definición del propio RD-ley, los deudores de un crédito garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuya unidad familiar carezca de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, así como de otros bienes con los que hacer frente a la deuda, cuando el crédito hipotecario se haya concedido para la adquisición de la única vivienda en propiedad del deudor, sin que existan otras garantías reales o personales suficientes, y la cuota hipotecaria supere el 50 % de los ingresos de la unidad familiar.

No son estos los únicos destinatarios de las normas, tan diversas, de esta Ley 1/2013. Porque las reformas no terminan con lo señalado, sino que se amplían al Texto Refundido de los Planes y Fondos de Pensiones [Real Decreto legislativo 1 (2002, de 29 de noviembre)]. Los deudores hipotecarios (aquí no se requiere más que ser deudor con hipoteca sobre la vivienda habitual; no se habla de umbral de exclusión, ni de ausencia de recursos) que "no dispongan de otros bienes, derechos o rentas en cuantía suficiente para satisfacer la to-

talidad de la deuda objeto de ejecución y evitar la enajenación de su vivienda habitual” [Disposición adicional séptima, párrafo primero, letra b)] y cuando “sus derechos consolidados en el plan o planes de pensiones sea suficiente para evitar la enajenación de la vivienda” pueden pedir el reembolso de sus derechos consolidados en un pago único en la cuantía necesaria para evitar la enajenación forzosa de la vivienda. Pero aquí, como en el caso de la suspensión de los lanzamientos, hay un plazo temporal de dos años. Es decir este rescate del plan o planes de pensiones, solo puede pedirse durante dos años desde la entrada en vigor de la ley.

Termina la ley con una modificación del Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el RD-Legislativo 6/2004, de 29 de octubre. Tengo, humildemente que confesar, que no se me alcanza la relación existente entre el contrato de seguro de vida “en que el tomador asume el riesgo de la inversión”, con la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que es el título de la Ley de 14 de mayo de 1013.

XV. MEDIDAS QUE CONTIENE LA LEY 1/2013

1. Primera medida. Suspensión de los lanzamientos

La primera medida protectora de determinados deudores sobreendeudados es la suspensión durante dos años de los lanzamientos (32), que pondrían fin al desahucio, consecuencia a su vez del proceso ejecutivo sufrido por el deudor incumplidor. Hay que llamar la atención, ya desde este momento, que no se trata de una suspensión de los juicios ejecutivos (judiciales o extrajudiciales), ni de los desahucios, sino precisamente del lanzamiento que supone, materialmente, poner al deudor y su familia en la calle.

Ahora bien para poder solicitar [ver la expresión “solicitud” en la letra b) del número 3 del art. 1 de la Ley 1/2013] esta suspensión hay que reunir determinadas circunstancias personales y económi-

(32) Ver Isabel ZURITA MARTÍN: “La suspensión de los lanzamientos sobre viviendas de colectivos especialmente vulnerables”, *Actualidad civil*, núm. 7/8, 1.º de julio/31 de agosto de 2013, tomo 1.

cas. El conjunto de circunstancias requeridas es un tanto complejo y poco comprensible.

El primer requisito consiste en que la ejecución se haya producido como consecuencia de un préstamo garantizado con hipoteca que sujete la vivienda habitual del deudor y que se haya concedido para adquirir la propiedad de la vivienda [art. 1.3, d)].

1.1. Circunstancias personales

Las circunstancias personales requeridas para beneficiarse de la suspensión se denominan en la Ley "situaciones de especial vulnerabilidad" y se enumeran en el número 2 del artículo 1.º:

- a) Familia numerosa (33).
- b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- c) Unidad familiar en la que haya un menor de tres años.
- d) Unidad familiar en la que haya un miembro persona con discapacidad igual o superior al 33 por ciento, persona dependiente o persona con incapacidad laboral.
- e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario esté desempleado y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- f) Unidad familiar en la que conviva en la misma vivienda, una o más personas unidas con el titular de la hipoteca (o su cónyuge) por vínculos de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad que sea persona con discapacidad, persona dependiente, persona que padezca enfermedad grave que le incapacite para realizar actividad laboral.
- g) Unidad familiar en la que haya una persona conviviendo que haya sufrido violencia de género.

1.2. La "unidad familiar" tiene que encontrarse en una precaria situación económica

Es preciso, para poder solicitar la suspensión del lanzamiento, encontrarse en determinadas circunstancias económicas. También aquí hay situaciones bien determinadas, pero hay otras que adolecen de imprecisión. Las circunstancias económicas son:

(33) La consideración legal de "familia numerosa" se contiene en la Ley 40/2013, de 18 de noviembre.

a) Que el conjunto de ingresos de todos los miembros de la “unidad familiar” no supere tres veces el “Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples” (IPREM) (34). Se eleva a cuatro veces el IPREM si el deudor hipotecario está desempleado y ha agotado las prestaciones por desempleo o cuando entre los miembros de la unidad familiar, convivientes, haya un pariente hasta el tercer grado que sea persona con discapacidad, dependiente o haya sido declarado en situación de incapacidad laboral. Se eleva a cinco veces el IPREM cuando el ejecutado tiene parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual en grado igual o superior al 33 por ciento, o discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, o bien haya sido declarado en situación de incapacidad laboral (35) (36).

b) Que en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de acceso a la vivienda (37). El número 4 del artículo 1.º dice que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5.

(34) El IPREM, para el año 2013 es de 22.365,42 euros al año incluyendo pagas extraordinarias.

(35) No termino de entender la razón por la que se concreta la discapacidad, en los grados que señala la norma, a los casos de parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, y a los de la discapacidad física o sensorial. Esta enumeración podría haberse evitado (porque toda lista siempre deja fuera alguna situación igualmente protegible) haciendo referencia solamente a quienes hayan sido declarados por el Centro Base de Valoración de Discapacidad, en un grado de 33 por ciento como mínimo para el caso de discapacidad intelectual o del 65 por ciento como mínimo en caso de discapacidad física o sensorial que son los porcentajes que indica la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

(36) También me llama la atención –negativamente– el que el legislador haya considerado en un caso (el de las cuatro veces el IPREM) cuando dentro de los miembros de la unidad familiar haya una persona con discapacidad.... Y en otro (el de cinco veces el IPREM) cuando sea el titular de la hipoteca el que padezca la discapacidad... Técnicamente es muy difícil, en mi criterio, explicar estas minuciosidades.

(37) No entiendo qué se quiere decir cuando se alude a que esta alteración sea en términos de acceso a la vivienda.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

La referencia a la “unidad familiar” en tantos puntos de este precepto, merece para los legisladores una definición que se hace “a los efectos de lo previsto en este artículo”. Es la siguiente: “la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar”. No se entiende bien la referencia a la tutela y a los acogimientos, porque difícilmente se puede ser tutor siendo padre, salvo que se quiera decir que personas no relacionadas con el deudor o su cónyuge por una relación de filiación, sean tuteladas y convivan en el hogar familiar. Pero esta declaración desconoce que la tutela no exige convivencia. Quizá debería haber dicho “las personas vinculadas por una relación de tutela...”.

Hay que hacer una consideración final a esta medida. De la suspensión del lanzamiento resulta que va a haber un propietario, no poseedor, y un poseedor, no propietario, desahuciado, si bien permitiéndole continuar con el uso de la vivienda, sin título (autorizado legalmente), pero no se sabe con qué obligaciones.

Y el ejecutante, propietario no poseedor, tiene obligaciones porque la propiedad “obliga”, la propiedad conlleva cargas, de forma que aunque no ha cobrado su crédito derivado del préstamo, a pesar de haber ganado un juicio de desahucio y haberse vendido obligatoriamente el bien, no puede disfrutar del mismo y tiene que afrontar las cargas derivadas de la condición de propietario (38).

(38) En el supuesto más frecuente en España, de una vivienda en régimen de propiedad horizontal, resulta que el propietario tiene que pagar las cuotas de comunidad, de acuerdo con la cuota que tenga asignada, tiene que pagar los Impuestos municipales y tasas varias. Habrá tenido que pagar la plusvalía municipal, que en el momento actual es abusiva porque los valores liquidativos están por encima de los de mercado. En la práctica las entidades bancarias se niegan –hasta donde pueden– a pagar la cuota de comunidad.

1.3. La "familia" y la "unidad familiar". Diversidad de sujetos y situaciones personales contempladas en el novedoso concepto de "unidad familiar"

La familia, o como dice el precepto, la "unidad familiar" no es sujeto de derecho. Se entiende que el legislador esté preocupado por la suerte de la familia numerosa que, si se siguiera la ejecución hasta el lanzamiento, se quedaría en la calle (39). Pueden hacerse consideraciones semejantes en caso de las personas con discapacidad o que tienen reconocida la situación de persona dependiente, o que haya sufrido violencia de género.

Se contempla también el caso del desempleado que haya agotado las prestaciones por desempleo. Pero en la letra (e) se habla de "deudor hipotecario", lo que es mucho más correcto que decir "unidad familiar", pues como ya he dicho y reitero ahora, la "unidad familiar" no es deudor hipotecario. Se vuelve a la corrección conceptual en la letra f, donde la referencia es al "titular de la hipoteca" (40).

(39) La consideración legal de "familia numerosa" se contiene en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre de Protección a las familias numerosas.

(40) La norma está mal redactada. Veamos: hay una referencia a la persona conviviente que tenga relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad que padezca enfermedad grave que le incapacite para realizar actividad laboral. Pero, supongo, que tendrá que haber obtenido declaración de la Dirección Provincial de la Seguridad Social a través del Equipo de Valoración de Incapacidades, que estime y declare que la persona tiene incapacidad para el trabajo. No se dice en el texto que comento, la clase de incapacidad (ya que puede ser temporal o permanente, total o absoluta, o relativa), aunque sí señala que puede ser temporal o permanente. La cuestión está regulada por la Ley General de la Seguridad Social (aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, modificado por la Ley 40/2007). La referencia a que padezca una enfermedad grave... no es lo relevante en Derecho, porque lo decisivo es tener la declaración de la Dirección Provincial de la Seguridad Social, en la que se establezca el grado de discapacidad que padece el sujeto enfermo.

Dígame lo mismo de la dependencia; no es tanto ser dependiente materialmente, sino tener reconocida la condición de persona dependiente declarada por la Comunidad Autónoma, si bien la norma fundamental es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. En la situación de dependencia, como en el caso de la incapacidad laboral, hay varios grados,

1.4. ¿A quien favorece la medida? ¿Al deudor del préstamo, a la familia del deudor o al titular de la hipoteca?

Hablaba hace un momento de que la norma es poco comprensible y es que, en efecto, no entiendo por qué, unas veces se habla de unidad familiar y otras de “deudor hipotecario” o “titular de la hipoteca”. El deudor es una persona física singular o, en otro caso, dos personas físicas unidas en matrimonio bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, u otro régimen de comunidad, que hayan obtenido conjuntamente y para la sociedad conyugal el préstamo garantizado con la hipoteca sobre la vivienda habitual en la que conviven.

En la ley 1/2013 hay un Capítulo IV que introduce “Modificaciones del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”. Allí se dice que las medidas protectoras (en relación a la aplicación del Código de Buenas Prácticas) se aplican a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre en el umbral de exclusión..., pero añade en un párrafo distinto que “las medidas previstas ... se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario” (41). Estos *fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal respecto de su vivienda habitual* no se entiende bien quienes son. Se aclara en la reforma de la Ley 8/2013 que dice lo que se ha reproducido. Son, sencillamente los fiadores del deudor hipotecario; aquéllos que el deudor tiene que presentar al Banco para que concedan el crédito. Si son fiadores, son obligados perso-

y la Ley 1/2013, no se indica que sea necesario un determinado grado de dependencia, por lo que hay que entender que cualquier declaración de dependencia, con independencia del grado es suficiente para beneficiarse de la suspensión de los lanzamientos.

(41) La redacción reproducida resulta de la modificación que introduce a este artículo del RD-ley 6/2012, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Parece criticable que un texto introducido en un RD-ley aprobado por el mismo Gobierno que presenta la iniciativa legal de la que resulta la Ley 1/2013, resulte modificado, primero por ésta última ley y posteriormente, pocos meses más tarde, se modifique de nuevo por el mismo órgano legislativo.

nalmente y por ello resulta afectada tanto su vivienda como el resto de sus bienes. La Ley 1/2013 es de protección de deudores hipotecarios, y se expresa que esta misma protección se extiende a los fiadores del deudor, que verían amenazada de agresión su vivienda habitual, en caso de que la entidad bancaria se dirija contra ellos. De ahí que se extienda la protección a la vivienda habitual del fiador.

XVI. SEGUNDA MEDIDA. REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO

He indicado ya y vuelvo a afirmarme en la convicción de que el mercado hipotecario funcionaba razonablemente, cuando la economía no había entrado en crisis (42). No obstante se ha entendido que es perfectible y es verdad que lo es, porque no hay regulación que sea perfecta.

Por otra parte los desahucios consecuencia de subastas de viviendas hipotecadas son sólo uno de los que existen en nuestro Derecho procesal. Y el drama de los desahucios no se circunscribe al tipo de que se trata en este trabajo. El drama social también se produce en los desahucios por falta de pago de la renta en los arrendamientos de la vivienda habitual del arrendatario. Estos últimos han merecido recientemente la atención del legislador, si bien en sentido contrario al de la Ley 1/2013. En efecto en la Ley 4/2013, de 4 de junio, de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que a los desahucios se refiere y siempre en el sentido de facilitar la recuperación de la posesión de la vivienda por el arrendador en caso de impago de rentas o de finalización del contrato (43).

(42) Lo que no quiere decir que los Bancos y Cajas de Ahorro no insertaran cláusulas presuntamente abusivas, pero muchas no llegaban a aplicarse, como por ejemplo, unos intereses de demora abusivos. Si no había mora en el pago no había tampoco ocasión de aplicar el tipo abusivo el interés.

Posiblemente parte de la culpa de la esquizofrenia legislativa se deba al olvido en que se tiene a la Comisión General de Codificación. Hay bastantes datos en la Ley que comento para entender que el proyecto no se estudio por la Comisión de Códigos.

(43) Hay que ver el artículo 693 de la LEC según resulta después de

1. Cambios en la Ley Hipotecaria

Bajo esta rúbrica se encuentra, en primer lugar, una modificación de la Ley Hipotecaria. Como quiera que la protección se dirige hacia la conservación, aunque sea temporal (2 años) y en precario (sólo se suspende el lanzamiento), de la vivienda habitual, se establece que tanto en la escritura notarial, como en la inscripción registral, debe constar el carácter de vivienda habitual del deudor hipotecario, estableciéndose incluso una presunción de habitualidad (44).

Importante es la segunda modificación de la LH, referida a la cuantía de los intereses de demora de los préstamos bancarios, asegurados con hipoteca. En el caso de que la garantía hipotecaria se constituya sobre la vivienda habitual, el interés de demora sólo puede imponerse sobre el principal concedido y no puede exceder tres veces el interés legal del dinero (artículo 114 LH, tercer párrafo) (45). Queda prohibido el anatocismo.

Entre las tres modificaciones de la Ley Hipotecaria, hay una que hace referencia a la ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria. Un punto en ella suscita cierta perplejidad. Se trata de la modificación introducida en el artículo 129. 2, a) de la LH. La norma reformada dice:

las modificaciones que introduce la Ley 1/2013 y en concreto cuando dice “Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos...” De manera que en caso de desahucios hipotecarios, hay que dejar pasar tres meses sin cobrar para poder instar el desahucio y en el caso de impago de alquileres, con una sola mensualidad impagada se puede desahuciar, modificando también esta ley nueva de alquileres, la posibilidad de enervación de la acción a una sola vez. (Ver artículo 22, modificado, de la LEC).

(44) El precepto añadido, es el párrafo tercero del artículo 21 de la LH, que dice así: “3. En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario,, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución”.

(45) La Ley 12/2012, ha señalado para el año 2013, en el 4 por ciento el interés legal del dinero. Como es conocido el interés legal del dinero se señala anualmente en la Ley de los Presupuestos Generales del Estado. Hace años que está en el citado 4 por ciento.

"2. La venta extrajudicial realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes: a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento en ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario".

Esta norma, para las ejecuciones extrajudiciales se reproduce entre las modificaciones de la LEC para la ejecución judicial. En efecto el artículo 682 reformado dice:

"2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, par que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario".

Las dos normas tienen relación con los artículos 28. 2 del RD 685/1982, de 17 de marzo y 8. 2 del RD 716/2009, de 24 de abril que aprueba el Reglamento de la Ley del Mercado Hipotecario, en donde se dice: "La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración".

Lo que dicen estas normas es el valor en que la vivienda sale a subasta puede alcanzar el 75 por ciento del valor en el que se tase la vivienda. Puesto que, si no puede ser inferior, ello significa que puede ser del 75 por ciento. El tema es importante, en una ley que pretende proteger a los deudores hipotecarios sin recursos, aunque

puede ir en contra de ellos, si bien como se trata de la ejecución hipotecaria se tratará unas líneas más adelante.

La reforma de la venta extrajudicial ante notario se inscribe en la línea de intentar sacar de los Juzgados todas aquellas cuestiones que pueden resolverse sin intervención de los Juzgados, que están saturados de asuntos, y que deciden las cuestiones con gran retraso.

2. Cambios en la Ley del Mercado Hipotecario

La Ley de Regulación del Mercado Hipotecario (Ley 2/1981, de 25 de marzo) resulta, de nuevo, modificada por esta Ley 1/2013 de protección a los deudores hipotecarios. Había sufrido esta Ley de Regulación del Mercado Hipotecario una importante reforma a través de la Ley 41/2007, que introduce en nuestro Derecho español la hipoteca inversa, interesante figura para proteger a un sector de la población con discapacidad o envejecida y sin recursos. Pero este tema no es el objeto del trabajo de hoy.

Ahora lo que se modifica, en primer término es la regulación de las sociedades de tasación. La tasación de la vivienda afecta a la devolución del préstamo, se hacía "a la carta", según las necesidades, o incluso preferencias, del solicitante del préstamo. Ya se ha explicado que la cuantía del préstamo no podía superar el valor de tasación; lo que hacían las entidades de crédito era tasar la vivienda a las preferencias del prestatario. Estas entidades de tasación pertenecían al mismo grupo económico del Banco que concedía el préstamo. Con la reforma de la Ley 1/2013 se pretende que estas entidades sean independientes de los Bancos, los cuales sólo pueden tener una participación "no significativa", lo que implica que no pueden superar, de forma directa o indirecta, el 10 por ciento del capital o de los derechos de la entidad (artículo tercero, 1 y 2 ter).

Los Bancos no pueden imponer al solicitante de crédito una tasación efectuada por la entidad que el propio Banco quiera, sino que tienen que aceptar la tasación efectuada por otra entidad propuesta por el cliente (artículo 3 bis I).

Y se insiste en la norma, que ya existía, de limitación de la cantidad concedida en préstamo con la siguiente norma: "El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie

la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual no podrá exceder de treinta años” (46). El plazo de treinta años ya es bastante largo. A mi parecer es excesivo un plazo de devolución del préstamo asegurado con hipoteca por plazo superior a los treinta años. E incluso los treinta años, ya me parece bastante largo. Pero, adviértase, que este plazo es para asegurar la devolución del préstamo concedido para adquirir la vivienda habitual, por lo que en otro caso (no habitualidad de la vivienda) el plazo de devolución es libre y se determinará a través de pacto con la entidad concedente prestamista.

La Ley del Mercado Hipotecario fue reformada en 2007 para introducir en nuestro ordenamiento la hipoteca inversa (47). También

(46) Se introduce con esta norma el concepto de rehabilitación de viviendas. La construcción de viviendas ha caído espectacularmente en España, por la existencia –dice el mismo legislador– de 723.043 viviendas construidas, sin vender, en España. Es el trasfondo de lo que se ha llamado pinchazo de la burbuja inmobiliaria. Se construyó sin tino durante muchos años, y quedan centenares de miles de viviendas sin vender. Como quiera que el sector de la construcción no puede edificar nuevos edificios, la atención del legislador se dirige hacia la rehabilitación de las casas ya construidas (Ver la Exposición de Motivos de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, especialmente el punto I).

(47) La figura aparece en la Ley 41/2007 de modificación de la Ley de 1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, y concretamente en la disposición adicional primera que, en lo que aquí interesa dice: “1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

...

c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios,

...

5. Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el

esta figura es modificada en la Ley 1/2013. La modificación introducida por esta ley de 2013 se refiere por un lado, a la eliminación de las expresiones “severa o gran dependencia”, y por el otro a la ampliación de la posibilidad de contratar una hipoteca inversa a las personas con discapacidad que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. No se dice si esa discapacidad es psíquica o física o sensorial (48) y cuando la ley no distingue *neque nos distinguere debemus*.

Y, por último, en esta parte de la ley hay una última norma que se refiere al fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios. La protección consiste en que en los préstamos asegurados con hipoteca que recaiga sobre una vivienda ... y en los que se incluyan cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza, o cuando llevan asociada una cobertura de seguro o cuando se concedan en una o varias divisas, “se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del mercado” (49).

acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación.

En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

6. Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

(48) Es sabido que los grados de discapacidad que conceden determinados y diversos derechos son distintos según que la discapacidad sea psíquica, donde el grado es del 33 por ciento, o si es física o sensorial, en cuyo caso es del 65 por ciento. Porque un 33 por ciento de discapacidad sensorial es una afectación que no es grave.

(49) Los notarios no están contentos con esta expresión manuscrita de que han sido advertidos... Porque dentro de su función está la de advertir a los otorgantes de cualquier escritura de todas las circunstancias de lo que

Soy un poco escéptico sobre la eficacia de semejante cautela. Me hubiera satisfecho más que se hubiera incluido –si es que se estimase que hacía falta– que los notarios advirtieran a los firmantes del préstamo garantizado con la hipoteca, de las consecuencias –derivadas de las variaciones del mercado– de las cláusulas que firmaban. O bien que los registradores se negaran a inscribir aquellas hipotecas que garantizasen préstamos en los que hubiera cláusulas sospechosas de que haber sido predisuestas por la Entidad bancaria prestamista (50).

se proponen firmar. “La exigencia de advertir los riesgos que un cliente puede asumir en sus decisiones de inversión o financieras es aceptable y necesaria, pero hacer escribir de forma manuscrita al cliente sobre eso, no garantiza nada y además parte de una premisa errónea, que la persona que firma un contrato no tiene capacidad para comprender lo que lee” (Rosana VIEJO GONZÁLEZ y Segismundo Álvarez ROYO-VILLANOVA, “La expresión manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013”, *El Notario del siglo XXI*, número 50, p. 51).

(50) La postura que está, a mi juicio equivocadamente, prevaleciendo es la de que el control se haga exclusivamente por el poder judicial, sin considerar la función preventiva que cumplen notarios y registradores. Recientemente la Sala 3.^a de lo Contencioso, de la Audiencia Nacional en Sentencia de 5 de marzo de 2013, impide que los notarios ejerzan el deber de controlar la legalidad del contrato. Todo esto deriva de la reforma del Reglamento Notarial de 2007 que coarta la función propia de los notarios, como señala el artículo 193 que al referirse a la lectura íntegra de la escritura, dice que es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido de la escritura con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes.

Muy expresivo se muestra el profesor Pedro YANES cuando escribe: “Frente a la desorientación del cliente bancario, *potenciar el asesoramiento técnico*. En un sistema de seguridad preventiva como el nuestro no haría falta insistir en el papel que en materia de asesoramiento previo corresponde a los notarios que autorizan las escrituras de préstamo hipotecario. Sin embargo, a la vista de la deriva corporativista que marca esta convulsa X Legislatura, cabría preguntarse si el propio Estado sigue confiando de verdad y en serio, en la función notarial y en sus potencialidades en el ámbito de la contratación privada. Que es tanto como preguntarse si el propio Estado respalda o reniega de un profesional del derecho, titular de una función pública, seleccionado y nombrado por el propio Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta y autoriza, controlando la legalidad de esos mismos actos y negocios. Respalda o renegar, *tertium non datur*”. Ver “La Ley 1/2013, o el *favor argentarii*” en *El Notario del siglo XXI*, núm. 50 (julio-agosto 2013), p. 46.

XVII. TERCERA MEDIDA. MODIFICACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN (51)

1. Nueva causa de oposición a la ejecución

El procedimiento ejecutivo tenía unas causas de oposición muy limitadas, precisamente por su naturaleza ejecutiva. Ahora bien, luego de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de este mismo año 2013, se permite que en el proceso se pueda discutir sobre la abusividad, o no, de alguna cláusula. Por eso se modifica el artículo 557, apartado 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, añadiendo una causa nueva (la 7.^a), en virtud de la cual se puede oponer por parte del ejecutado que “el título contenga cláusulas abusivas”. En este caso, aunque la Ley dispone lo que indicaré para otro caso, parece que el procedimiento es dar audiencia a las partes. Y después de oír-las acordará lo procedente en el plazo de cinco días. Esta solución es dispuesta por la ley como el procedimiento a seguir en caso de que el propio juez, de oficio, aprecie el posible carácter abusivo de alguna cláusula (artículo 552, apartado primero, enmendado, de la LEC).

En esta materia de cláusulas abusivas, se modifica también el artículo 581, apartado 1.º (dentro de las normas de “oposición a la ejecución y de la impugnación de actos de ejecución contrarios a la ley o al título ejecutivo”, Título “De la ejecución dineraria”), añadiendo un punto 3.º que dice: “Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”.

Cuando se llega a las “particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados” hay una importante modificación, en el mismo sentido que la introducida en el artículo 581, y que se encuentra en el 695, titulado “Oposición a la ejecución”; sólo cabe oponerse a la ejecución que recae sobre la vivienda habitual

(51) Se ha modificado el texto del Capítulo III de la Ley 1/2013, por disposición de la 8/2013, lo que parece poco serio. El texto original decía “Mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, y ahora la frase del título termina en ejecución, eliminándose “hipotecaria”.

hipotecada por las causas elencadas en el artículo 695 (52). Entre ellas se ha introducido la nueva 4.^a: "El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible". Y en el punto 3 de este mismo artículo 695 se añade un párrafo segundo que dice: "De estimarse la causa 4.^a, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva". Contra el auto que ordene la inaplicación de una cláusula abusiva puede interponerse recurso de apelación.

A la dificultad de saber cuándo una cláusula tiene el carácter de abusiva (53) se añade, según resulta de la letra del precepto nuevo, el de la determinación de que dicha cláusula "constituye el fundamento de la ejecución". El fundamento de la ejecución, se ha dicho, conduce al tema de los elementos esenciales del negocio, de forma que en el contrato de préstamo sea esencial la cláusula controvertida. Pero en un contrato de préstamo los elementos esenciales son la cantidad de dinero entregada, el plazo en el que hay que devolver ese dinero y los intereses pactados como contraprestación por la entrega de la propiedad del dinero prestado. La polémica cláusula suelo no parece que sea fundamento de la ejecución, aunque sí puede serlo de la cantidad exigible.

El *sistema* no debería permitir que llegaran a ejecutarse créditos dotados de carácter ejecutivo que contuvieran cláusulas abusivas. Hay que recordar que entre la entidad crediticia y el cliente solicitante de un crédito se interponen notarios y registradores de la

(52) Dice el precepto "1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:".

(53) El TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013, remite la cuestión a la transparencia de la cláusula (ver números 211, 217, 218, 221 y 256 de la sentencia. Por tanto no se cuestiona el contenido mismo de la cláusula, sino que la entidad crediticia no ha cumplido con los deberes de transparencia que impone la ley. Estas cláusulas no deben recibir un "tratamiento impropia-mente secundario" y venir "enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación por el prestatario", pero que no escapan al notario, ni al registrador de la propiedad, que tiene que explicarlas "en el lenguaje adecuado a la cultura jurídica y general de los otorgantes" (el entrecomillado es de Rafael AZPIARTE SÁNCHEZ, *Derecho Notarial*, 1926).

Propiedad. Estos profesionales deberían poder detectar la existencia de cláusulas abusivas, los primeros cuando autoricen con su firma las escrituras de préstamos hipotecarios y los segundos cuando inscriban en el Registro esas hipotecas. No se ha puesto el acento en estos operadores jurídicos, sino que se ha preferido modificar el procedimiento ejecutivo, que en principio, no impide la ejecución, sino que incide en la cuantía de la cantidad por la que se ejecuta el crédito hipotecario. Se ha judicializado la cuestión, de forma que el carácter abusivo de una cláusula sólo lo puede determinar la autoridad judicial. Entiendo que no es la buena solución, ni la más práctica, en un momento en el que de lo que se trata es de eliminar de los juzgados todos aquellos asuntos que puedan ser resueltos en otras instancias (54), para dejar a los juzgadores la decisión de cuestiones estrictamente jurisdiccionales.

2. Especialidades de la ejecución de vivienda habitual, en caso de que con el remate no se logre satisfacer la totalidad de la deuda

Siempre dentro de la ejecución, se modifica la LEC en otro punto. El artículo 579 resulta enmendado cuando la ejecución dineraria se efectúa sobre bienes especialmente hipotecados o pignorados en el siguiente sentido: cuando se ejecute una vivienda habitual gravada con hipoteca y el precio del remate no alcance a satisfacer del todo el crédito, se proseguirá la ejecución por el resto no satisfecho con especialidades.

Si en el plazo de cinco años desde la subasta, el deudor ejecutado satisface el 65 por ciento de la cantidad pendiente (incrementada exclusivamente por el interés legal del dinero) queda liberado. Esto supone una quita del 35 por ciento. Idéntica liberación se producirá cuando el ejecutado satisfaga el 80 por ciento de la cantidad pen-

(54) Como ejemplos más evidentes de este criterio se pueden poner el de sacar del ámbito judicial el Registro civil, como hace la Ley, todavía en vacación, 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil que entrará en vigor el 22 de junio de 2014. Y como ejemplo de la intención futura, el proyecto fracasado de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En otra dirección, pero siempre para reducir la carga de los Tribunales, se encuentra la introducción de tasas judiciales.

diente en un plazo de diez años. La quita en este caso es del 20 por ciento.

Si el ejecutante, que ha adquirido la propiedad de la vivienda habitual, la enajenare, "la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida por tal venta...". Esta nueva disposición que se contiene en el artículo 579, número 2, letra b) supone que la entidad de crédito que se ha adjudicado la vivienda consiga venderla por precio superior al del remate (por ejemplo: se adjudicó la vivienda en la subasta en 50 y consigue venderla por 60, por lo que obtiene una plusvalía de 10) el resto de deuda pendiente se minora en la mitad del importe de la plusvalía (en el ejemplo, se reduce ese resto en 5).

Esta reducción tiene que aplicarse siempre que la enajenación se haya producido en un plazo máximo de diez años desde el remate. Y también hay que tener en cuenta que la reducción tiene que aplicarse aunque la vivienda se haya cedido por el ejecutante (la norma habla de "cualquier sociedad de su grupo" –"aquel a quien le hubiera cedido su derecho"–).

Finalmente, el mismo artículo 579 (nuevo), dispone que "si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente". Está hablando aquí el legislador de una segunda ejecución dineraria a la que habrá que aplicar las quitas que señala el precepto.

Parece querer decir que cuando la "*ejecución dineraria*" se efectúa obteniendo una plusvalía (respecto de la cantidad por la que se remata la subasta) que supone un importe superior al de la deuda pendiente, ese *superfluum* hay que entregarlo al ejecutado. Esta norma evoca la argumentación del famoso auto de la Audiencia Provincial de Navarra que comento en otro lugar de este trabajo.

No ocurre algo semejante en caso contrario: si el precio obtenido es inferior, no se incrementa la deuda por ese menor valor obtenido con la venta. Y el hecho es que los precios de las viviendas están bajando.

La norma reformada (artículo 579 de la LEC) termina diciendo que "el Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el asiento de inscripción en el Registro de

la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior". El Secretario judicial no *hace constar* nada, porque quien lo hace es el registrador de la Propiedad. Por otro lado la inscripción en el Registro es voluntaria, por lo que el Secretario lo que tiene que hacer es hacer constar en la resolución que la vivienda habitual rematada tiene esa afección a que se refiere la letra b) anterior.

3. Reducción del depósito para participar en la subasta

Hay otras reformas del proceso de ejecución, como la que se contiene en el artículo 647.1 siempre de la LEC. El depósito que tiene que hacerse para tomar parte en la subasta, se reduce a un 5 por ciento del valor de tasación de los bienes subastados.

4. Imputación de pagos cuando la ejecución no sea suficiente para saldar la totalidad de la deuda

Y en cuanto al destino del remanente, imputación de pagos y certificación de deuda pendiente, se reforma el artículo 654. El destino del remanente no sufre modificación alguna. La reforma se refiere a la imputación de pagos cuando el importe de la ejecución no alcance a saldar toda la deuda. En este caso el orden en que se colocan las deudas pendientes es el siguiente:

1. intereses remuneratorios
2. principal
3. intereses moratorios y
4. costas

"Además el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas".

5. Modificación de la aprobación del remate

El artículo 670, apartado 1 tiene nueva redacción en el sentido de que el Secretario judicial tiene que aprobar el remate si la mejor postura fuere igual o superior al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiese salido a subasta, a favor de quien la hubiere hecho.

El rematante tiene cuarenta días para consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate.

6. Subasta sin postor

Es el supuesto más frecuente en estos momentos, por la atonía del mercado de viviendas y por otro lado por la bajada de los precios que se pagan por las viviendas en relación con el que tenían en el momento de concertar el préstamo con garantía hipotecaria.

La norma reformada, como tantas otras de esta ley, es complicada de entender. Ya he señalado al tratar de las reformas introducidas en la LH, el asunto del valor en que la vivienda sale a subasta que puede ser, si así se ha pactado (y bien se sabe que los préstamos bancarios admiten poco pacto, porque están predispuestos por la entidad) el 75 por ciento del valor de tasación. Las viviendas, en estos momentos están bajando de precio, si bien no es imposible, ni mucho menos, que en un futuro aumenten (55). Pues bien este precio, rebajado en un 25 por cien, es el de la subasta. Si en ella no hay postor, hay que aplicar el nuevo artículo 671 que dice: "Si se tratare de la vivienda habitual del deudor la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta".

Es decir que el Banco se adjudica la propiedad de la vivienda con una rebaja sobre el precio de tasación de un 55 por ciento. (25 por ciento derivada de la primera de las normas y 30 por ciento de la que comento ahora).

Esto, quizá, es lo más llamativo aunque la norma de la subasta sin postor es más compleja, pues los valores por lo que se puede adjudicar el bien hipotecado el ejecutante varían según se trate de vivienda no habitual, de vivienda habitual y del caso en que el valor de la deuda, por todos los conceptos, sea inferior al porcentaje del 70 por cien.

Dice así: "Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acree-

(55) Estamos ante una cláusula suelo legal, lo que es bastante sorprendente.

dor podrá pedir la adjudicación por el 60 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654. 3.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado”.

XVIII. ÚLTIMA MEDIDA. EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS (CBP)

1. Modificaciones de las medidas derivadas del Real Decreto-ley 6/2012

El Real Decreto-ley 6/2012 es el que contiene el Código de Buenas Prácticas, que es una de las soluciones estrella de la política del actual Gobierno. Las buenas prácticas son en gran medida de aplicación voluntaria por parte de las entidades de crédito, por lo que las medidas no necesitaban de apoyatura normativa y su aplicación es para quienes las entidades bancarias quieran. No obstante, el afán de dictar normas hace que se contenga una relación de las personas que pueden acogerse a estas Buenas Prácticas sin posibilidad de que las entidades se nieguen a aplicarlas. Son quienes se encuentran en el umbral de exclusión, y la regulación de quienes se encuentran en esta penosa situación recuerda mucho a las personas que pueden beneficiarse de la suspensión de los lanzamientos durante dos años.

La regulación es muy prolija y en ella vuelve a reproducirse el error (a mi juicio) de considerar, a efectos de la deuda, a la unidad familiar. No voy a reproducir los argumentos ya explicitados anteriormente, por lo que voy a relatar de la manera más sucinta el punto de los elementos personales.

Se considera que están en el umbral de exclusión al deudor que se esté en una unidad familiar, que tenga –en conjunto– unos ingresos que no lleguen a tres veces el IPREM

Hay un incremento del límite de ingresos hasta cuatro veces el IPREM en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga una discapacidad superior al 33 por ciento o esté en situación de dependencia o en una de enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

Y se eleva hasta cinco veces el IPREM si el deudor (56) tiene parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual en grado igual o superior al 33 por ciento o tiene una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento o tenga una enfermedad grave que le incapacite para realizar cualquier actividad laboral.

Es una curiosa relación que olvida a quienes hayan sido declarados incapacitados judicialmente, quizá porque los movimientos sociales que se ocupan de las personas discapacitadas han iniciado una cruzada para eliminar del ordenamiento jurídico español la incapacitación judicial, amparados en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad. Pero este no es el asunto que nos ocupa hoy.

Por otra parte y aparte esta situación personal, del deudor o de un miembro de su "unidad familiar", es preciso que en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la "unidad familiar" haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas "en términos de acceso a la vivienda" o cuando en ese periodo de tiempo hayan ocurrido circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. El RD-ley, modificado, define lo que significa "alteración significativa de las circunstancias económicas" en términos de acceso a la vivienda". Esto ocurre cuando el esfuerzo que significa la carga hipotecaria sobre la renta familiar se ha multiplicado por al menos 1,5, con una salvedad y es la de que la entidad acreedora acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de aplicación del Código de Buenas Prácticas.

(56) Aquí se acuerda el legislador del deudor hipotecario, olvidando en este caso a los restantes miembros de la "unidad familiar".

Se encuentra en circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

- la familia numerosa.
- la unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- la unidad familiar en la que alguno de sus miembros tiene una discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- la unidad familiar en la que haya un menor de tres años.

El Real Decreto-ley reformado continúa señalando requisitos: la "cuota hipotecaria" debe ser superior al 50 por ciento de los ingresos netos que percibe el conjunto de los miembros de la unidad familiar. La cuantía porcentual se reduce al 40 por cien cuando alguno de los miembros de la unidad en los casos en los que los ingresos de los miembros de la unidad familiar se eleva a cuatro o cinco veces el IPREM.

A la discapacidad se equiparan (a estos efectos) los pensionistas de la Seguridad Social a los que hayan reconocido una incapacidad –se entiende que laboral– permanente, total y absoluta o gran invalidez. Y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Para la aplicación de las medidas complementarias (2) y sustitutivas (3) de la ejecución hipotecaria que se contienen en el CBP, es preciso:

- Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma.
- Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías reales o personales o, en caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. (¿Quién es el que tiene que carecer de otros bienes o derechos con los que hacer frente a la deuda?).

- En caso de que haya codeudores que no formen parte de la unidad familiar, tienen que reunir las circunstancias de los apartados anteriores a éste.

La Ley 1/2013 introduce en el RD-ley 6/2012 un nuevo artículo 3 bis, donde, de nuevo, se pone de manifiesto la prolijidad y complejidad de la norma, e incluso los errores jurídicos terminológicos, que luego han tenido que corregir (57). Trata de los "*Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores*". La norma redactada de nuevo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (58) extiende, por una parte, la aplicación forzosa –para las entidades– del CBP, a los fiadores y avalistas que "hayan renunciado al beneficio de excusión". Es decir son fiadores solidarios y se encuentran en el umbral de exclusión. En este caso, lo que pueden hacer es exigir que se aplique el beneficio de excusión y, en consecuencia, que el acreedor se dirija primero contra el deudor principal y sólo cuando haya agotado el patrimonio del deudor, tendrán que responder por haber afianzado.

Por otra parte, también se aplica la misma regla, a los "hipotecantes no deudores". Estos pueden ser personas que han hipotecado un bien propio, en garantía de una deuda ajena; pero también pueden ser terceros poseedores de una finca hipotecada, cuando en el contrato de cesión del bien hipotecado no se han subrogado en el préstamo (59).

(57) Es una modificación de normas que afectan al contrato de fianza, y que introduce la Ley 1/2013. La modificación trata de los fiadores y dice la ley, "que hayan renunciado al beneficio de *exclusión*". Ha tenido que ser la posterior Ley 8/2013, la que rectifique este error, hablando correctamente de "beneficio de *excusión*".

(58) La norma –artículo 3 bis– no estaba en el RD-ley 6/2012. Se introduce, con los errores que he señalado, por la ley 1/2013, de 14 de mayo. Y tiene que ser rectificada por la Ley 8/2013, de 26 de junio (el mes siguiente).

(59) La norma que introduce la Ley 1/2013 y modifica la Ley 8/2013, que exige "la entidad agote el patrimonio del deudor principal", se olvida de la "unidad familiar", pues, como ya ha explicado, el deudor es una persona física, o en el caso de la vivienda habitual, serán dos casados o unidos permanentemente con una relación análoga a la conyugal. Pero nunca puede ser deudor principal la unidad familiar.

2. Moderación de los intereses

Se modera la cuantía de los intereses moratorios en caso de que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y solicita la aplicación de alguna de las medidas del CBP. El interés de demora, en este caso, desde que pide la aplicación de la medida "será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo". Tengo que confesar que entiendo mal estas normas. Pero, parece, que la cuantía del interés de demora, será la resultante de sumar al interés remuneratorio un dos por ciento. Y que éste interés se aplica solamente sobre el capital no devuelto y no, por tanto, sobre la totalidad del capital prestado.

3. Limitación de la aplicación del CBP a la adquisición a crédito de viviendas en determinadas poblaciones

Vuelve el legislador a descender a situaciones, de detalle, complicadas. Para la aplicación del CBP debe tratarse de viviendas cuyo precio de adquisición no exceda de:

1. 250.000 euros si el municipio donde se encuentra la vivienda es de mas de un millón de habitantes. El precio se amplía hasta 50.00 euros más por cada "persona a cargo" (entiendo del deudor), hasta un máximo de tres,

2. 225.000 euros si el municipio está entre el medio millón y el millón de habitantes ("o integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes"). La ampliación del precio por personas a cargo, hasta tres, es de 45.000 euros.

3. 187.000 euros para municipios de población entre 100.001 y 500.000 habitantes. Pero este precio es para adquirir viviendas "habitadas por una o dos personas". La ampliación por tener personas a cargo, hasta tres, es de 37.000 euros por cada una.

4. 150.000 euros para municipios de hasta 100.000 habitantes y para viviendas habitadas por una o dos personas. Y la ampliación es de 30.000 euros por cada persona a cargo hasta tres.

La ley 1 de 2013 añade que se entiende que son personas a cargo, los descendientes, ascendientes y los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar que habiten en la misma vivienda y dependan económicamente del deudor por recibir rentas inferiores al salario mínimo interprofesional (60).

4. La dación de la vivienda en pago sólo se aplica a compras con determinado precio

La tercera de las medidas del CBP, que consiste en la dación de la vivienda en pago de la deuda, sólo se aplicará a la compraventa de viviendas, con garantía hipotecaria, si el precio no excede de los siguientes valores:

1. 200.000 euros en municipios de más de un millón de habitantes.
 2. 180.000 euros en municipios entre 500.001 y 1.000.000 habitantes.
 3. 150.000 euros para municipios entre 100.001 y 500.000 habitantes.
 4. 120.000 euros si el municipio no supera 100.000 habitantes.
5. El CBP puede aplicarse aunque no se reúnan todos los requisitos anteriores

El artículo 5 del Real Decreto-ley modificado por la ley que comento, dice que "sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo".

Habría que decir, ¡Faltaría más! Una de las prácticas de las entidades de crédito que más irrita a los ciudadanos es la condonación de deudas a determinadas entidades, como partidos políticos y otras. El acreedor puede condonar el crédito. Si el acreedor es una

(60) No comento este punto de la ley por haberlo hecho ya anteriormente.

entidad societaria, debería comportarse de modo que no perjudicara las expectativas de dividendos que tienen los accionistas. Pero, fuera de este límite, más teórico que otra cosa, un acreedor puede, evidentemente, reestructurar la deuda, hacer una quita o aceptar la vivienda en pago sean cualesquiera las condiciones personales del deudor y el precio que ha pagado por la vivienda.

Por otro lado, a las entidades les interesa muy mucho aplicar estas prácticas que se califican de “buenas”, porque, para ellas es mejor cobrar a más largo plazo, que tener que ejecutar el crédito.

XIX. REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA.

Es la primera solución que propone el Gobierno en el Código de Buenas Prácticas. Se encuentra entre la denominadas “Medidas previas a la ejecución hipotecaria”. Dice así: “a) Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.2 del citado Real Decreto-ley. / No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez que se haya producido el anuncio de la subasta. // b) En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las medidas contenidas en esta letra. Sin perjuicio de lo anterior, el deudor podrá presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente (61).

(61) El inciso final de este párrafo b) es novedad de la Ley 1/2013. Adviértase que mientras el plan de reestructuración elaborado por la entidad tiene que ser propuesto en firme, éste segundo plan de reestructuración

- I. Carencia en la amortización de capital de cuatro años.
- II. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
- III. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor. // No conllevará costes por compensación la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración. // c) En el plan de reestructuración la entidad advertirá, en su caso, del carácter inviable del plan conforme al criterio previsto en el apartado siguiente o que, de resultar dicho plan inviable, se podrán solicitar las medidas complementarias previstas en el siguiente apartado”.

No obstante las críticas que se han hecho en números anteriores, tengo que manifestar que esta medida me parece totalmente razonable y es lo que haría cualquier acreedor al advertir dificultades en el cobro de su crédito: conceder un plazo de carencia y ampliar el plazo de amortización del préstamo (62). La extensión de las medidas contenidas en el CBP a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores (artículo 3 bis, reformado por la Ley 8/2013) hace que los fiadores vean modificada su obligación, porque con la fianza, “se obliga uno a pagar o cumplir ... en caso de no hacerlo éste” (el deudor principal) y el pago o cumplimiento consiste en la realización completa de la prestación a que se obligó el deudor principal. En la fianza no hay aplazamiento en el pago por lo que al extender a los fiadores lo que supone reestructurar la deuda, se modifica en aspectos importantes su obligación.

propuesto por el deudor puede ser rechazado por la entidad. La necesidad de motivar el rechazo, no se sabe qué consecuencias tendrá para la entidad.

(62) En los arrendamientos urbanos, los arrendadores están reduciendo el importe mensual de la renta, ante la imposibilidad de cobrar las rentas pactadas en el contrato. Mejor es cobrar un importe menor, que tener el piso vacío.

XX. QUITA EN EL CAPITAL PENDIENTE DE AMORTIZACIÓN

Es la segunda medida del Código de Buenas Prácticas y se encuentra entre las "Medidas complementarias". Se dispone: "a) Los deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable (63) dada su situación económico financiera, podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en este apartado, que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración (64). // A estos efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 60 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. // b) Al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que la primera decida o no conceder dicha quita:

I. Reducción de un 25 por cien.

II. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.

III. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido.

c) Esta medida también podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta(65). Asi-

(63) Dada la redacción de esta medida complementaria, no se puede pedir una quita, sin haber solicitado antes una reestructuración de la deuda.

(64) En la reestructuración de la deuda el deudor podrá "solicitar y obtener". En la quita la entidad tiene "facultad para aceptar o rechazar".

(65) Hay una diferencia entre la quita y la reestructuración en relación a quienes pueden solicitar cada una de las medidas. El plan de reestructuración no puede solicitarse (y, entiendo, tampoco ofrecerse) si en la ejecu-

mismo podrá serlo por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión al que se refiere el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca”.

XXI. DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL

El Código de Buenas Prácticas alude, finalmente a la *datio in solutum* con la denominación: “Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria”. Y dispone:

“a) En el plazo de doce meses desde la solicitud de reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor (66), a la propia entidad o tercero que ésta designe (67), quedando definitivamente cancelada la deuda. // b) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con

ción iniciada se ha llegado al anuncio de la subasta, la quita puede pedirse aunque se haya anunciado la subasta.

(66) Es más enérgica la expresión de la norma, porque aquí se dice que la entidad está *obligada* a aceptar la vivienda en pago. El consentimiento del acreedor, esencial en la figura de la dación en pago, es previo y general, porque la adhesión al CBP es voluntaria para las entidades de crédito. Al adherirse están consintiendo en aceptar en pago de su crédito, la vivienda del deudor, si este cumple los requisitos –diversos y numerosos– que señala el número dos del RD-ley 6/2012.

(67) La cesión a tercero designado por la entidad puede plantear problemas. No se establece ninguna cautela protectora de terceros acreedores de la entidad, de forma que alguien que no tiene nada que ver con la concesión de préstamos, puede verse *pagada* con una vivienda recibida en pago. La cuestión del consentimiento que indico en la nota anterior, tendría que haberse extendido a este tercero del que se habla en las “medidas sustitutivas” de la ejecución hipotecaria.

hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros (68) frente a la entidad por razón de la misma deuda. // c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 por cien. // d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que ésta pueda prestar en dicha transmisión. // e) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta (69), o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores” (70).

La dación en pago es una vieja institución del derecho civil, en virtud de la cual, llegado el vencimiento de una obligación, el deudor ofrece y el acreedor acepta recibir una prestación distinta de la originariamente debida. Es de esencia de la figura el consentimiento del acreedor. Ejemplificando, si yo debo 100, pero no tengo dinero para pagar, pero tengo una moneda valiosa, puedo llegar a un acuerdo con el acreedor para que reciba en el lugar de los 100 que debo, la moneda, dándome carta de pago de la deuda de los 100. Puede ser a la inversa: si yo tengo que entregar un camión de patatas, que no tengo, pero tengo dinero, puedo llegar a un acuerdo con el acreedor de las patatas para que en lugar de ellas, acepte 1000. Distinta es la dación para pago, en la cual el deudor cede a su acreedor determinados bienes con un mandato para vender y con el precio obtenido con la venta se haga pago; si el precio obtenido es inferior a la deuda, ésta subsiste por el restante, y si es mayor, el exceso es del deudor.

La dación en pago, de la que hablan los colectivos que se oponen a los desahucios, es distinta, porque lo que se pretende es que la

(68) Estos terceros serán los fiadores del artículo 3 bis de la ley.

(69) A señalar que la dación en pago no se aplica si se ha anunciado ya la subasta, como la reestructuración de la deuda.

(70) Ver María José ACHÓN BRUÑÉN, “Iniciativa legislativa popular relativa a la dación en pago: impedimentos para que prospere y soluciones alternativas”, en *La Ley* 26 de febrero de 2013, núm. 8031.

Entidad de Crédito tenga que aceptar el inmueble en pago de una deuda de dinero. Es claro que no se pueden cambiar las reglas a mitad del partido. Si la llamada dación en pago no existía en el momento de concertar el préstamo, no se puede, posteriormente imponerlo. La dación en pago, *con efectos retroactivos, es inconstitucional*. Las normas tienen que proporcionar seguridad jurídica, pues en otro caso estaríamos ante una tiranía (71).

Lo que resulta de la tercera de las medidas del RD 6/2012 es algo diferente de lo que acabo de señalar. Hay que destacar que el deudor en graves dificultades económicas, con cargas familiares y que haya comprado por precio determinado en poblaciones de un número señalado de habitantes pueden imponer a la entidad una recepción de la vivienda en pago de la deuda. La letra b) de este apartado trata de la cancelación de la deuda, que es efecto propio de la dación en pago, porque, efectivamente, con la aceptación de la vivienda en pago, que es prestación distinta de la debida, la deuda se extingue y se libera al fiador o avalista. Éste fiador ¿puede también *imponer* una dación en pago de vivienda ajena si él está en las condiciones del artículo dos del Real Decreto-ley? La respuesta parece que debe ser negativa. Por ello, a lo que entiendo, si hay una fianza solidaria, en la que el fiador ha renunciado al beneficio de excusión, y él –fiador– no está dentro de las condiciones del artículo dos del RD, tendrá que pagar.

Se contiene en la medida sustitutiva del desahucio un arrendamiento forzoso con renta determinada. En efecto el que da la vivienda en pago, se queda en la misma en concepto de arrendatario. Se señala la renta que tiene que pagar, que es la del 3 por ciento, al año, del importe de la deuda. Se trata de una medida que coarta de nuevo el derecho constitucional de propiedad. A favor hay que recordar que las reglas están trazadas y las entidades que pueden ver coartado su derecho de propiedad han consentido previamente

(71) Dice Christian ATIAS, *Contra arbitrariedad, teoría*, traducción española de José María DE LA CUESTA, Madrid 1988, p. 27: "...el Derecho tiende a producir una cierta seguridad. Las normas llamadas artificiales –plazos de prescripción, exigencias de circulación por carretera...– ni siquiera tienen otra razón de ser; su contenido puede ser indiferente, sólo cuenta su existencia y su aplicación, que proporcionan una previsibilidad suficiente al comportamiento ajeno, al tiempo que a la amenaza de sanción".

en la aplicación de estas normas. La existencia de arrendamientos forzosos puede hacerse por causa de utilidad pública o interés social como dice el artículo 1.º de la Ley de Expropiación forzosa:

“1. Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.” (72) (73)

La dación en pago tiene una importante carga impositiva, porque en la construcción de la figura se identifica a la compraventa y, como esta, está sujeta al pago de diversos impuestos. El precio será el importe de la deuda cancelada. Esta transmisión puede tener influencia a efectos del IRPF en el caso de que exista una plusvalía entre la diferencia entre el precio de adquisición y la deuda viva en el momento de la dación.

(72) Recuérdese que la Junta de Andalucía ha aprobado un Decreto por el que se expropia temporalmente el uso. Esta expropiación del uso encajaría en la expresión “mera cesación temporal de su ejercicio”.

(73) La Junta de Andalucía, con el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda regula la expropiación del uso en la “Disposición adicional segunda. Declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social.

1. Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo

Si en el tiempo en que se ha disfrutado de la vivienda, o incluso antes de la compra ha habido desgravaciones fiscales (por ejemplo, se ha pagado la vivienda ingresando dinero en una cuenta ahorro-

máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente.

2. Este Decreto-ley será de aplicación a las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal.

3. Podrán ser beneficiarias de esta expropiación de uso las personas que cumplan los siguientes requisitos:

a) Tener su residencia habitual y permanente en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria, siendo su única vivienda en propiedad y no poseer ningún miembro de la unidad familiar que conviva en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria la titularidad de ninguna vivienda.

b) Tener la condición inicial de propietarios y deudores hipotecarios.

c) El lanzamiento pueda generar una situación de emergencia o exclusión social.

d) Cumplir los siguientes requisitos de carácter económico:

1.º Que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea consecuencia del impago de un préstamo concedido para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda por la persona.

2.º Que las condiciones económicas de la persona hayan sufrido un importante menoscabo, provocando una situación de endeudamiento sobrevenido respecto a las condiciones y circunstancias existentes cuando se concedió el préstamo hipotecario. Se entenderá que las circunstancias económicas han sufrido un importante menoscabo cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por, al menos, 1,5 y ello suponga más de un tercio de los ingresos familiares.

3.º El conjunto de ingresos de la unidad familiar no supere el 3 del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

4. El procedimiento de expropiación temporal del uso de la vivienda deberá ajustarse a la legislación de expropiación forzosa y, en su caso, a lo establecido por la legislación sectorial aplicable. La resolución que dé inicio al mismo se comunicará al órgano judicial que esté conociendo del procedimiento de ejecución hipotecaria de que se trate.

5. Mediante Decreto del Consejo de Gobierno se declarará, previa información pública y motivadamente, el interés social y la necesidad de ocupación a efectos de expropiación forzosa temporal del uso de viviendas. Mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno podrá delegarse dicha competencia en la Consejería competente en materia de vivienda.

vivienda) y no se hubiera llegado a residir tres años en la casa, perdería las desgravaciones que tendría que ingresar en la AEAT.

El deudor debe afrontar el "arbitrio de plusvalía" que opera sobre la variación del valor catastral y no del valor real, de mercado.

6. El anuncio de publicación podrá incluir la citación para el levantamiento del acta previa.

7. Se declara de urgente ocupación a los efectos previstos en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, la expropiación prevista en este Decreto-ley.

8. En el acta de ocupación se establecerá la forma en que la propiedad recuperará el uso de la vivienda una vez transcurrido el plazo de expropiación temporal del uso. En particular, se reconoce el derecho de reversión en caso de que las circunstancias de la persona beneficiaria se modificaran antes de transcurrir los tres años establecidos en el apartado 1, de manera que pueda ejercer el derecho a una vivienda digna y adecuada en términos análogos a los que posibilita la vivienda que fue objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria. Asimismo se incurrirá en causa de reversión cuando se pierda la condición de beneficiario.

9. La persona beneficiaria quedará obligada al pago a la Administración expropiante de una cantidad en concepto de contribución al pago de justiprecio, en cuantía no superior al 25% de los ingresos de la unidad familiar que conviva en la misma, ni superior a la cuantía del justiprecio.

10. Cuando la persona beneficiaria haya incurrido en falsedad u ocultación de información en el cumplimiento de los requisitos contemplados en el apartado 3 o en la presentación de la documentación a que se refiere el apartado 11, perderá la condición de beneficiaria. La Consejería competente en materia de vivienda vigilará el cumplimiento de los requisitos referidos y el pago de las cantidades a las que, como beneficiario, esté obligado en los términos del apartado anterior.

11. Para el inicio del procedimiento de expropiación forzosa, la persona interesada deberá aportar, además de la solicitud dirigida al efecto y de la documentación acreditativa del proceso de ejecución hipotecaria en el que su vivienda se encuentre incurso, la siguiente documentación:

a) Acreditativa de la situación económica de la persona interesada:

1.º Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.

2.º Últimas tres nóminas percibidas.

3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de

Incluso hay quien entiende que habría que pagar el Impuesto de donaciones por el importe de la deuda condonada.

Por su parte, la entidad que acepta en pago debe sufragar el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y AJD que se girará no sobre

inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

5.º En caso de trabajador por cuenta propia, se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

6.º Autorización a la Administración actuante para la consulta de los datos fiscales y de seguridad social ante los Registros y Administraciones competentes.

7.º Alternativamente a la presentación del conjunto de documentación citada en los números anteriores, la persona interesada podrá limitarse a presentar autorización a la Administración actuante para la consulta de los datos fiscales y de seguridad social ante los Registros y Administraciones competentes.

b) Acreditativa de los ingresos por los miembros de la unidad familiar, en los términos establecidos para la persona beneficiaria.

c) Acreditativa del número de personas que habitan la vivienda:

1.º Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.

2.º Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.

d) Titularidad de los bienes:

1.º Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar o, alternativamente, declaración responsable y autorización de consulta a la Administración actuante para solicitar los datos catastrales y del Registro de la Propiedad.

2.º Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.

e) Declaración responsable de la persona deudora o deudoras relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de este Decreto-ley.

f) Informe de los Servicios Sociales Comunitarios del municipio sobre la situación de emergencia o exclusión social en que puede quedar el beneficiario en caso de lanzamiento.

12. Las solicitudes se tramitarán según el orden riguroso de incoación,

el valor de la deuda saldada, sino tomando en consideración el valor de los bienes (la vivienda) objeto de transmisión.

Hay movimientos sociales que van en buena dirección. Se lee en la prensa de febrero de 2013 cosas como: "Las medidas que se tomen ahora, insistió, "deben ser excepcionales y transitorias" y la

salvo que, en supuestos de especial vulnerabilidad o en el caso de que el lanzamiento sea inminente, se dicte resolución motivada, de la que quedará constancia, estableciendo una preferencia distinta.

En los supuestos en que afecte a una vivienda, será competente para su resolución el titular de la Delegación Territorial o Provincial en materia de vivienda. Si la afectación alcanza a una generalidad de situaciones, corresponderá a la persona titular de la Dirección General competente en materia de vivienda.

A efectos de lo establecido en los párrafos anteriores se entenderá que existe un supuesto de especial vulnerabilidad cuando el lanzamiento afecte a familias con menores de edad, mayores dependientes, personas con discapacidad, víctimas de violencia de género o personas desempleadas sin derecho a prestación.

En estos casos y ante situaciones similares tendrán un orden preferente en la tramitación aquellas personas cuya vivienda esté sometida a algún régimen de protección pública.

13. La imposibilidad de llevar a cabo la ejecución de la ocupación de la vivienda por causas relacionadas con el procedimiento de desahucio, así como por otras causas no imputables a la Administración no implica el reconocimiento de derecho alguno a la persona beneficiaria de la expropiación.

14. En todo caso, lo establecido en esta disposición estará en función de las disponibilidades presupuestarias.

En términos anuales, el gasto destinado a esta actuación será el equivalente a aplicar la remuneración, según tipo de interés retributivo de las cuentas de la Junta de Andalucía, al saldo vivo del conjunto de los depósitos por fianzas de arrendamiento y suministros constituidos en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

15. Lo establecido en esta disposición será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de este Decreto-ley, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento o se hubiese producido el lanzamiento después de la entrada en vigor del mismo pero la vivienda esté desocupada.

recuperación debería comenzar en 2013 o 2014. "En el Santander lo tenemos muy claro -dijo Botín- el desahucio es la última y peor opción para todos: para nuestros clientes y también para el banco" (74) (75).

(74) Diario *Expansión* del día 13 de enero de 2013."

(75) Dice Europa Press: Un total de 4.385 deudores hipotecarios han solicitado acogerse al Código de Buenas Prácticas (CBP) bancarias durante el primer año de funcionamiento, la mayoría de ellos residentes en Andalucía y Cataluña, según ha informado el Ministerio de Economía.

En concreto, las peticiones se han presentado ante 27 bancos y 19 cooperativas de crédito, y la deuda pendiente alcanza los 582,7 millones euros. De las 4.385 solicitudes, 1.063 se encontraban pendientes de tramitación al finalizar el primer trimestre de 2013 (el 24 por ciento del total).

Además, de las 3.322 solicitudes ya tramitadas, en 594 casos se procedió a la reestructuración de la deuda, otros 298 acabaron en dación en pago, 238 desistieron, 2 con quita y 2.190 fueron denegados por no cumplir los requisitos.

Tras un año en funcionamiento, el CBP cuenta con 97 entidades adheridas, la práctica totalidad de las que tienen actividad hipotecaria en España. Su objetivo es proteger a los deudores que no pueden hacer frente al pago de la hipoteca como consecuencia de la crisis.

Este Código permite al deudor reestructurar la deuda, fijar una quita y, en última instancia, la dación en pago. La adhesión al CBP es voluntaria por parte de las entidades financieras, pero una vez efectuada, el cumplimiento es obligatorio durante un plazo de dos años.

Durante este primer año de funcionamiento, las solicitudes de adhesión al CBP han ido aumentando a un fuerte ritmo, hasta alcanzar las 4.385 actuales. Del total acumulado en este primer año, la mayor parte de las solicitudes se han efectuado en Andalucía (1.156), Cataluña (1.028), Comunidad Valenciana (755), Madrid (364) y Murcia (315).

Estas cinco comunidades concentran el 82,51 por ciento del total de solicitudes. Por provincias, la que más concentra es Barcelona (809) y la que menos, Huesca (1).

Cerca de 600 reestructuraciones de deuda.

En cuanto a la resolución de las solicitudes tramitadas al finalizar el primer trimestre de este año, 2.190 fueron denegadas y 894 realizadas, mientras que en 238 casos el deudor desistió, sin que puedan determinarse las causas.

Por otra parte, se procedió a la reestructuración de la deuda en 594 casos (el 66,4 por ciento de los resueltos y el 17,88 por ciento

XXII. REAL DECRETO-LEY 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE

Quiero terminar haciendo referencia a una medida que se encuentra en el Real Decreto-ley 27/2012 y que se ocupa del *fondo social de viviendas*. Esta medida ha sido también recogida en la Ley 1/2013, en la Disposición adicional primera. Contiene un mandato al Gobierno para que, en colaboración con el «sector financiero» promueva la constitución de un fondo social de viviendas, destinadas a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por impago del préstamo hipotecario. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. En enero de 2013, cuando se ha tramitado la conversión en ley del segundo de los RD referenciados, se habla de que el arrendamiento sería por dos años, modificando al efecto la LAU, que se encuentra en trámite de reforma en el Parlamento. Finalmente en la Ley se ha omitido toda referencia al plazo, si bien se añadió un párrafo segundo, luego suprimido por la Ley 8/2013 (76).

de los expedientes tramitados). Además, en 298 casos (el 33,3 por ciento y el 8,97 por ciento, respectivamente) se acordó la dación en pago y la consiguiente cancelación de la deuda, y en dos casos se pactó una quita.

Las denegaciones respondieron a que el préstamo o crédito no reunía los requisitos establecidos en la norma (45 por ciento), falta de entrega de la documentación (29,4 por ciento) o incumplimiento de los umbrales de renta o situación familiar para acogerse (21,55 por ciento).

Estos umbrales han sido elevados en la modificación que acaba de ser aprobada por el Senado y que entrará en vigor en los próximos días. Por ejemplo, se sube hasta tres veces el IPREM (1.597,53 euros mensuales) el nivel de ingresos familiares para acogerse al CBP, el valor de la hipoteca (entre 240.000 y 400.000 euros dependiendo del número de habitantes de la ciudad donde está ubicado el inmueble), entre otras mejoras. Con estas medidas, cabe esperar que el número de denegaciones baje de forma relevante ya el próximo trimestre.

(76) El párrafo suprimido decía: “En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley se podrá valorar la ampliación del ámbito de cobertura del fondo social de viviendas a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo

XXIII. OTRAS MEDIDAS DE LA LEY

Quiero hacer referencia a la Disposición transitoria primera, cuando dispone que la ley es de aplicación “a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento”.

Esto no es del todo cierto, porque las Buenas Prácticas se aplican, unas veces hasta que se ha anunciado la subasta y otras antes del anuncio de la subasta.

Pero volviendo a los procesos que se han seguido por todos sus trámites y en los que falta sólo el lanzamiento, debe entenderse que sólo se aplicarán a la suspensión de los lanzamientos, pero no el resto de medidas, ya que las modificaciones de las Leyes Hipotecaria y del Mercado Hipotecario, no se pueden aplicar, y las Buenas Prácticas tampoco. Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procedimientos ejecutivos, tienen una norma concreta, que es la Disposición transitoria cuarta. Dice en el número 1 “Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar”.

XXIV. PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

La Ley modifica el Texto Refundido de la Ley Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, en el sentido de poder anticipar el rescate de sus derechos consolidados para hacer frente a la deuda

1 de esta Ley. Antes de dicho periodo, únicamente podrán efectuarse adjudicaciones a dichas personas cuando las circunstancias excepcionales del caso lo justificasen y así se pudiese de manifiesto”.

hipotecaria, siempre que se trate de una deuda que esté en proceso ejecutivo y el préstamo con garantía de hipoteca recaiga sobre la vivienda habitual. Este rescate sólo puede hacerse cuando el deudor carezca de otros bienes con los que hacer frente a la deuda. Los derechos consolidados se podrán rescatar en la cuantía suficiente para evitar la enajenación forzosa de la vivienda y quedan sujetas al mismo régimen fiscal que tiene el rescate de los derechos consolidados del fondo.

XXV. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Partido Socialista Obrero Español ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad respecto de la llamada ley antidesahucios, a mediados de agosto de 2013. La Plataforma de Afectados por la Hipoteca que había impulsado la propuesta de la Ley de Iniciativa Popular también ha recurrido de inconstitucionalidad la Ley 1/2013, y el PSOE se ha sumado a este recurso con otro propio. Se invitó al Defensor del Pueblo a que recurriera la Ley, pero no lo ha hecho.

XXVI. VALORACIÓN FINAL

Luego de todas estas informaciones y consideraciones quiero decir dos palabras acerca de lo que me parecen las disposiciones adoptadas por el Gobierno y el Parlamento. Entiendo que la Ley 1/2013 y los tres Reales Decretos ley pretenden resolver un problema social derivado de la crisis económica que nos afecta, prácticamente a todo el mundo occidental, con parches jurídicos. Y no me parece que ese sea el camino correcto. Creo que debería haberse profundizado en los alquileres sociales, si la principal pretensión es que ningún español carezca de vivienda.

El problema del sobreendeudamiento creo que tendría que haber sido abordado con una reforma del concurso de acreedores cuando afecta a personas físicas, peor tratadas que las jurídicas.

En Código de Buenas Prácticas parece una solución ponderada y prudente a los problemas de sobreendeudamiento e impago de los préstamos, pero creo que no hace falta que se plasme en una ley,

porque es voluntario el acogerse a él y porque puede aplicarse a deudores distintos de los señalados tan complicadamente en la ley. De hecho los grandes promotores de viviendas en España encuentran soluciones similares a esas prácticas, calificadas de buenas, aunque no constituyan una "unidad familiar", porque las entidades de crédito prefieren el dinero líquido antes que las viviendas en pago.

La suspensión de los desahucios y otras medidas me parece que atentan contra el derecho de propiedad (constitucional, no se olvide) y genera más problemas que los que resuelve. Este asunto del lanzamiento podría resolverse con menos problemas con los alquileres sociales.

XXVII. LEY QUE REGULARÁ LA CONCESIÓN DE HIPOTECAS EN EUROPA. PROPUESTA DEL PARLAMENTO EUROPEO

Enviada ya la relación que antecede, aparece una noticia en la prensa del 10 de septiembre de 2013, que dice:

Los compradores de una vivienda estarán mejor asesorados sobre los costes y las consecuencias de asumir una hipoteca y más protegidos en caso de impago, según la nueva directiva sobre hipotecas respaldada hoy por el Parlamento Europeo. El socialista español Antolín Sánchez Presedo ha sido el ponente de esta norma, que supone la primera legislación europea en el ámbito hipotecario.

Los eurodiputados han respaldado las nuevas normas en una votación a mano alzada. La directiva se aplicará a los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable utilizada en un Estado miembro, así como a los contratos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios. Las nuevas reglas se adaptarán a los distintos mercados hipotecarios de los Estados miembros, aunque la información al consumidor tendrá que presentarse en un formato homogéneo en toda la UE.

El pleno ha rubricado, en la votación de hoy, una serie de enmiendas acordadas con los gobiernos nacionales que abarcan la práctica totalidad de la normativa. Sin embargo, no se ha procedido al voto

final de la legislación, que queda pendiente de que Parlamento y Consejo acuerden cómo supervisar la transposición de estas normas por los Estados miembros. Una vez aprobadas las normas, los Estados miembros tendrían un plazo de dos años para adaptarla a sus legislaciones nacionales.

“Esta normativa sitúa a la UE en la vanguardia de la legislación hipotecaria mundial, establece un marco robusto para un mercado más transparente y profesional, seguro y competitivo, con un alto nivel de protección a los consumidores y de inclusión financiera. (...) La primera respuesta en caso de problemas no puede ser la ejecución hipotecaria. Los recargos por impago deben limitarse a compensar los costes causados y solo se autorizarán cuando los Estados miembros establezcan techos a los mismos”, declaró Sánchez Presedo en el debate celebrado esta mañana.

1. Siete días de reflexión

De acuerdo con el texto adoptado por el PE, el consumidor dispondrá de un periodo obligatorio de reflexión de siete días antes de firmar un contrato hipotecario, o bien del mismo periodo de siete días para retractarse tras la firma, según lo decida cada país.

Antes de firmar cualquier contrato, el consumidor tendrá que recibir, en papel o en formato electrónico, información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito para conocer el coste total y las consecuencias financieras a largo plazo. Igualmente, los bancos o intermediarios tendrán que ofrecer al consumidor información personalizada para comparar los créditos disponibles en el mercado y tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de suscribir la hipoteca.

2. Demoras y desahucios

La ley exigirá una tolerancia razonable antes de proceder a las ejecuciones, limitará los cargos por impago, impedirá a los Estados miembros oponerse a la dación en pago acordada entre las partes, impondrá el deber de buscar el mejor precio por la venta de la propiedad en las ejecuciones y exigirá a los países de la UE que faciliten

el pago, protegiendo a los consumidores y evitando el sobreendeudamiento a largo plazo.

3. No a los préstamos irresponsables

Con el objetivo de frenar los préstamos irresponsables, las entidades vendedoras de hipotecas tendrán que ser autorizadas, registradas y supervisadas por las autoridades nacionales para asegurarse de que cumplen requisitos profesionales estrictos.

Por otro lado, se reforzarán los criterios de evaluación de la solvencia del comprador, con lo que se busca frenar la concesión de hipotecas a personas que no puedan pagarlas.

4. Paquetes financieros

La legislación prohibirá a los prestamistas hacer ofertas de crédito condicionadas a la compra de seguros y otros productos financieros de un proveedor especificado. Esta prohibición de productos vinculados facilitará a los consumidores el cambio de proveedor. Por otra parte, productos como una póliza de seguro, si se compran en otro lugar, tendrían que tener el mismo nivel de garantía exigido por el prestamista.

5. Flexibilidad para amortizar deuda

La nueva legislación introducirá reglas de flexibilidad en el pago, como un derecho del prestatario para pagar el préstamo antes de tiempo. La entidad bancaria tendrá, por su parte, derecho a recibir una compensación justa por los costes de ese reembolso anticipado, pero no podrá imponer multas adicionales para desincentivar esa amortización.

6. Otros cambios

El Parlamento Europeo ha conseguido introducir otros temas no cubiertos en la propuesta inicial de la Comisión, como la imposición de condiciones estrictas para los préstamos en moneda extranjera (el consumidor tendrá que ser informado de que las cantidades pendientes de pago podrían aumentar) y con tipos de interés variable

y la obligación de presentar una tasación independiente de la propiedad.

XXVIII. LEY DE EMPRENDEDORES

Estas cuestiones que afectan a la responsabilidad patrimonial universal y a las reclamaciones por impago de préstamos hipotecarios, parece que no terminan de concretarse. En efecto, el BOE de 28 de septiembre publica la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Esta Ley 14 de 2013 crea la figura del "emprendedor de responsabilidad limitada", el cual, por lo que interesa a este trabajo, puede cumpliendo determinados requisitos excluir la vivienda habitual de la responsabilidad patrimonial universal derivada de los artículos 1911 del Código civil y 6 del Código de comercio (artículo 7). Para que esta exención tenga lugar tiene que haber publicidad de la exclusión en el Registro Mercantil (artículo 10).

125 ANIVERSARIO DEL CÓDIGO CIVIL ¿SU FUTURO?

Víctor M. Garrido de Palma

Notario Honorario (*)

*"A José Cerdá Gimeno,
sin necesidad de más palabras."*

"El CC español no es desde luego la obra cumbre que merecía nuestra gloriosa tradición jurídica, pero dentro de su consciente finalidad modesta, ha conservado la esencia tradicional de nuestro Derecho, logrando elegantemente y con los mínimos medios una buena obra española".

Así terminaba Federico DE CASTRO el estudio acerca del CC, en su Derecho civil de España y así comienzo para tratar de exponer unas pinceladas del pasado, del presente y del previsible e inmediato futuro del CC.

Ante todo ha representado un evidente adelanto: terminó con la inseguridad jurídica, dando unidad al Derecho común y al codificarlo lo hizo manteniendo su sentido tradicional al dejar vivas las más importantes instituciones del Derecho nacional español: el "pacta sunt servanda"; la teoría del título y el modo; el matrimonio inspirado en el D. canónico, incluso el matrimonio civil; la sociedad de gananciales siguiendo las Leyes de Toro y dando preferencia al régimen económico pactado en capitulaciones (que desde 1975 pueden otorgarse también constante matrimonio).

En la sucesión mortis causa –la parte, se ha dicho, más endeble al no seguirse el modelo del Code– se posibilita la libertad de disponer mortis causa por la vía del testamento, tratando de armonizarlo con un estricto sistema de legítimas, más no rígido: está atempe-

(*) Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. Mayo, 2014.

rado por la sabia institución de la mejora (fórmula transaccional de Augusto COMAS); y por la vía testamentaria con el usufructo universal de viudedad, sin olvidar la facultad particional del testador. Los dos tipos de reservas, lineal y viudal y el derecho de reversión, enfocan supuestos fácticos en los que prima un principio de justicia del caso concreto. Y el acercamiento a los territorios autonómicos se muestra no sólo en lo último apuntado, específicamente con la fiducia sucesoria del art. 831, que desde 1975 despertó del letargo y que tras sucesivas reformas muestra su importancia real, la que estaba ya en la idea luminosa de GARCÍA GOYENA, al plasmarla en el Proyecto de 1851 (art. 663).

¿Escaso alcance; corto de miras?

El CC de 1889 es fruto de una época de relativa paz y de progreso económico (regencia de la Reina María Cristina y el Pacto del Pardo, con el pacífico turno de los partidos liberal y conservador).

Su tónica, la prudencia. No pretendía ser una obra renovadora ni innovadora. Quería –y lo trasluce la Ley de Bases– “conservar lo esencial del D. común de España”.

Es clara su tendencia a la unificación del D. español; para evitar la disgregación y dispersión legislativa, tratando de conseguir la mayor seguridad jurídica posible, impidiendo el fraude de ley.

Sus artífices no pretendieron codificar todo el D. civil de España. A la vista está, pero ¿es criticable por estancamiento, falta de evolución y de adecuación a la realidad social?...

No se olviden sus disposiciones adicionales 1.^a, 2.^a y 3.^a, a los efectos de introducir en él, cada diez años, “las reformas que convenga”, a la vista de “las deficiencias y dudas que al aplicarlo se hayan encontrado, de las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que hayan dado ocasión a las dudas del Tribunal Supremo”.

Nada se ha hecho. Con lo que el peligro de cristalización del Derecho civil (SAVIGNY) se propicia.

Y si a lo anterior se une la objeción real, de la diversidad de lenguas en España y la evidente necesidad de que el Derecho civil refleje la variedad jurídica existente en la realidad social, con los factores del valor de la costumbre y el amor de los pueblos y regiones a sus instituciones (en el ámbito rural y el urbano), sigue latente

la cuestión de los llamados Derechos Forales (expresión que, al parecer, se empleó por primera vez, en Valencia, por MAYANS y SÍSCAR).

Es evidente que el Congreso Nacional de Derecho Civil (Zaragoza, 1946) aprobó unas conclusiones y después de un largo trecho (Apéndices), con la breve existencia de las Compilaciones, hoy estamos ante el Estado de las Autonomías, tras la Constitución de 1978. Veamos la situación actual.

Ante todo una precisión: ¿El CC es Derecho común?

Lo es, no en la vieja valoración absolutista –afirman, CUADRADO IGLESIAS y ALONSO PÉREZ–, hoy justamente desaparecida. Lo es porque el espíritu perenne del *ius vetus* informa y transpira el CC: las figuras jurídicas más generales, las que atienden a lo más profundo del ser humano –desde su concepción hasta su muerte y después, con la s. m. c.– tienen su residencia natural en el CC. Es él el D. común, es el D. privado general.

El estatuto de la persona individual en su estructura orgánica, la familia como dimensión básica de la personalidad y el patrimonio como elemento necesario para su desarrollo (en su vertiente estática –derechos reales– y en la dinámica –obligaciones y contratos–, así como la sucesión m.c., en el Derecho civil han de reposar. Y las transformaciones, alteraciones y nuevas disposiciones si se plasman en leyes especiales ello no supone necesariamente descodificar: pasado un período de prueba (de garantía) podrán acceder al CC Distinto es el hecho, calificable de agresión, que han sufrido principios como el “*mater semper certa est*”; girones por el Derecho procesal (así, la prodigalidad), por el administrativo (adopción; urbanismo; aguas, montes, minas), por el mercantil.

La sublime dignidad de la persona necesita, en fin, con urgencia la acción sosegada y tranquilizadora del CC: garantía de seguridad, estabilidad y permanencia frente a lo mudable y efímero.

Al CC nada puede mejorarlo o reemplazarlo, en el sentido de que es el instrumento insustituible de resolución de conflictos de intereses inter cives, los que han de conducirse conforme a las normas del CC.

¿Y la Constitución? “Es norma suprema del ordenamiento jurídico” (art. 5 LOPJ) Regula los problemas sociales, económicos y políticos de nuestra convivencia nacional. Y el CC ha de ser, con las consiguientes adaptaciones, coadyuvante en la disciplina de muchas realidades sociales que encuentran su última ratio en las reglas constitucionales, en sus valores y principios.

Y también está subordinado a las disposiciones del D. Comunitario, pero aun un hipotético CC comunitario –puede no estar lejos la unificación contractual– dejaría siempre a salvo, respetando, las partes esenciales del nuestro. Y es que tendría que inspirarse en el acervo jurídico occidental al que el CC español pertenece. De lo contrario, habría que aventar con energía el grito que lanzó en 1982, desde Santiago de Compostela, Juan Pablo II: Vieja Europa. Vuelve a encontrarte. Se tu misma. Descubre tus orígenes. Aviva tus raíces.

En definitiva: ni Constitución, ni leyes especiales, ni Derecho Comunitario, han de privar al CC su impronta nuclear. Reducirlo –dicen CUADRADO y ALONSO PÉREZ– a mero “fideicomiso de residuo” sería privarlo de su esencia. Es más, permanentemente actualizado a la realidad social, el CC ha de mantener en buena lógica su vis atractiva respecto a las leyes extracodiciales.

El CC del 2014 en adelante.

Seamos críticos con él, con objetividad. Por ello voy a destacar concretos aspectos en los que los cambios sociológicos y jurídicos acaecidos: en la Familia urgen su actualización ¿En qué medida?

1. “La Familia está estructurada exclusivamente en base al parentesco derivado de la filiación y del vínculo matrimonial, al no contemplarse otras formas alternativas de convivencia. Los hijos y descendientes –hoy sin distinción– tienen por serlo, un derecho a la herencia, la legítima, revestido de tal fuerza que condiciona todas las actuaciones económicas del titular del patrimonio, tanto las que realice en vida como las que quiera establecer m. c”.

Enfoque crítico –que se contiene en la investigación que, con los términos empleados al principio de este epígrafe y referidos a los cambios de la familia y a la actualización del derecho sucesorio español, ha sido dirigida por A. L. REBOLLEDO VARELA, y que conviene comentar.

Y desde Cataluña LÓPEZ BURNIOL anima a comparar el actual sistema de legítima corta y crediticia que permite a ambos cónyuges (¿los padres o ha habido fallecimiento o divorcio?, me pregunto) IH recíprocamente, con el sistema del Derecho común de legítima larga de 2/3 a favor de los descendientes (y “pars bonorum” en general).

Ad.1. Actualmente el matrimonio, ante el CC, puede contraerlo

entre sí cualquier persona, sin distinción de sexo, lo que –para la doctrina ortodoxa– entraña una aberración (una simulación, y si pueden adoptar, otra simulación, precisa Díez-PICAZO) Estas posibilidades alteran la esencia de la conyugalidad y sin duda ha cambiado el rumbo de la posible regulación legal de esas “otras formas alternativas de convivencia”.

Alternativas que sí regulan leyes autonómicas, y ello con tal disparidad y profusión, que necesita urgente embridamiento. Y más –como afirma YZQUIERDO TOLSADA– cuando en alguna concreta, Galicia, es seguro que muchas parejas de hecho desconocen lo que supone su equiparación legal al matrimonio (igual que sus acreedores, a los efectos de que tienen régimen de gananciales).

Ad.1. Y la legítima (dos terceras partes de la herencia, caso de descendientes); no se olvide ante todo que en vida el que se arriesga en actividades onerosas, aleatorias, especulativas, o en el juego..., puede arruinarse; mala cosa para él y para su familia. Si realiza actividades gratuitas es cuando ha de “rendir cuentas” de la inoficiosidad de sus actos. Pero también han de rendirlas los legitimarios: imputación de donaciones y legados; colación si herederos son y aceptan la herencia (teniendo incluso que devolver lo que de más recibieron a cuenta de su parte en aquella); el tercio de mejora, que es de libre disposición dentro del círculo de descendientes; la posible desheredación del legitimario no merecedor, caso de darse alguna de las taxativas causas legales, así como la indignidad para suceder. Y actualmente además: la hipoteca inversa y el contrato de alimentos (del art. 1791 y ss; contrato oneroso que parte del principio “primum vivere...”, si queda algo se verá a la muerte del alimentista”) Sin contar reformas legales –que apuntaré– a favor de los discapaces, así como la facultad fiduciaria del art. 831 y su repercusión para los legitimarios... y el usufructo universal testamentario.

2. Es que –se replica– la finalidad primigenia de la legítima de los descendientes hoy ya no se cumple: cuando por el fallecimiento la reciben éstos ya no la necesitan.

Ad.2. Lo que es mucho decir; no es argumento jurídico y se basa en algo que además no es realista: seis de cada diez jubilados, en

general, tienen que ayudar a sus familias a subsistir; los abuelos –a los que en casos se han sacado de residencias– con frecuencia cuidan de los nietos para que los padres trabajen. Ello además no es nuevo, es de siempre, aunque agudizado actualmente.

Ad.2. Y si el descendiente a quien el ascendiente donó muere sin posteridad, el derecho de reversión ex art. 812 evita la injusta consecuencia de que el bien –adquirido con esfuerzo, procedente de la familia del donante, donado contemplando a la descendencia ulterior inexistente– vaya al cónyuge viudo. Cosa que en Cataluña y en Galicia sí acaece pues... la ocurrencia del legislador ha sido suprimir el derecho de reversión ("lloraba el donante cuando se lo decía", me comentaba ha poco un notario ejerciente en A Coruña) Y en cuanto a las reservas –frente a quienes abogan por su supresión, lo que es ya realidad en algunas legislaciones autonómicas– hay que preguntarse si no es idéntica la ratio y aplicarlas caso de divorcio o nulidad matrimonial?

3. La herencia –se afirma en el citado informe de investigación– está concebida en el régimen del CC como un derecho de sucesión individual, porque al fallecer un cónyuge la unidad económica familiar se rompe irremediabilmente: no se permite una continuidad real en la dirección familiar más allá del usufructo universal testamentario a favor del cónyuge viudo –que se califica de ilegal, sin perjuicio del art. 820.3 CC– y del usufructo sobre el tercio de mejora, legítima de aquél concurriendo con descendientes del causante.

Por lo anterior, no se contempla la posibilidad de una sucesión ordenada y conjunta del patrimonio familiar, sino individual de cada progenitor. Además, teniendo en cuenta que en la mayor parte de los casos existe sociedad de gananciales y por ello bienes en común".

Ad.3. No es así. No tiene por qué serlo. No debe serlo, si en el caso real concreto el prudente asesoramiento del profesional del Derecho encauza la sucesión conforme a lo que el actual art. 831 permite: la fiducia sucesoria del supérstite que posibilita la unidad del patrimonio familiar, "la sucesión ordenada y conjunta del mismo, incluida la sociedad conyugal", y mientras tanto el mantenimiento de la dirección familiar.

No es de recibo, y lo digo con firmeza, que se pase en vuelo rasante sobre el precepto citado sin detenerse en él debidamente (como no es cierto que el usufructo universal sea ilegal, precisamente la configuración notarial del mismo ha partido del citado art. 820.3.º configuración que se ha llegado a calificar de subterfugio (que es medio hábil y engañoso, por TENA ARTIGAS) Es posible y hacedero el anhelo que se echaba de menos en el régimen del CCy que –tras sucesivas etapas– culmina desde el 2003 en la fecunda, aunque farragosa redacción del actual art. 831.

Hoy el profesional debe sopesar la conveniencia de acudir a él, con más o menos potencia de contenido facultativo. Piénsese en: la administración pendente las facultades fiduciarias; en la liquidación de la sociedad conyugal por el fiduciario pero con la conveniencia de un contador-partidor al efecto previsto por el delegante; en la distribución cuando existe empresa familiar o en la satisfacción de las legítimas estrictas con bienes pertenecientes solo al fiduciario, y ella “cuando se ejerciten las facultades encomendadas” y no necesariamente antes, como el precepto aquí resumido permite –en interés de la familia y la cohesión de su patrimonio–.

Entonces, ¿solo cabe la vía del art. 831 para lograr el fin expuesto?: No; en vida ambos cónyuges pueden –y lo hacen– encauzar la sucesión combinadamente armonizando la partición con el tratamiento tradicional.

Con lo apuntado cabe afirmar, no lo que relativizando las modificaciones legales ha expresado recientemente Rodrigo TENA: “las reformas son poco significativas y el sistema apenas ha cambiado” sino que actualmente el sistema sucesorio-legitimario del CC no es el que era.

El cónyuge viudo. Crisis matrimonial

Ciertamente, los testamentos abiertos notariales son fieles testimonios del anhelo de robustecer, en general, la posición del cónyuge viudo: se ha expuesto el entorno que rodea al art. 820.3.º, así como la delegación fiduciaria ex art. 831. Instituirlo heredero universal, cuando ello es factible, frecuente es en la realidad. No olvidemos el derecho de predetracción legal del ajuar doméstico ex art. 1321, así como el de atribución preferente del art. 1406 en sede de sociedad de gananciales (empresa, local de negocio, vivienda habitual de la

familia, para lo que en la realidad no es infrecuente la previa aportación de ésta, si es privativa, a la sociedad conyugal), y las varias posibilidades de atribución que el art. 1407 brinda en los dos últimos supuestos) Y aludo al menos, como ya apunté, a las reservas, la lineal del art. 811 y la viudal de los arts. 968 y ss., (¿por qué no aplicarla si hay nulidad matrimonial también caso de divorcio?), así como a las precauciones a adoptar cuando la viuda queda encinta (con el derecho a ser alimentada... “aun cuando sea rica”). Urge cambiar ya el chip: dicho con la rotundidad de RIVAS MARTÍNEZ, “las reservas pueden ser un gran elemento para la reconstrucción del Derecho de sucesiones sobre una base familiar”. Y con la firmeza de GARCÍA CANTERO: “urge revalorizar a la familia matrimonial”; nuestras señas de identidad están en la concepción romano-canónica del matrimonio y de la familia”.

¿Y la crisis? La matrimonial, por supuesto: no entro en los convenios reguladores entre los cónyuges, sí regulados por el CC, ni en la redacción actual –Ley 15/2005– del derecho de compensación por desequilibrio económico ex art. 97 (cuya trayectoria, desde su primitiva redacción, ha dado lugar a interpretaciones que han hecho realidad, en casos, que las divorciadas sean “las nuevas pobres de la sociedad” (Mary Ann GLENDON). Y solo apunto que de un lado la previsión “anti yerno-nuera” en el supuesto del art. 164 (disposición gratuita a favor de quien está bajo la patria potestad) hoy se extiende al “anti ex”; y de otro que el CC no prevé –a diferencia del Derecho catalán– la situación del excónyuge y del cónyuge ante el testamento otorgado contemplando al que lo fue y no lo es en el momento del fallecimiento.

Protección de discapaces y discapacitados. Las personas vulnerables

Introducción

La escasa atención específica por parte del Derecho positivo español hasta época reciente hay que denunciarla y hoy seguir haciéndolo por el poco calado efectivo de los poderes públicos hacia las situaciones de las personas más necesitadas de protección y en su caso a sus familias (vagabundos, mendigos, con un deterioro mental evidente en muchos casos) Es la dignidad ontológica de la persona –afirma Alfonso CAVALLÉ– la que está en juego.

1. Armonización subjetiva en el CC

La ha considerado la Disposición Adicional 4.^a del Código (Ley 41/2003) al decir que “la referencia a personas con discapacidad en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del CC” Con lo que ha de tratarse: de personas afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento; o de afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento; o de quien haya sido declarado judicialmente incapaz, conforme al art. 200 CC.

2. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de “El patrimonio protegido del discapacitado” (al desarrollar parcialmente el mandato del art. 49 de la Constitución de 1978) regula el mismo y favorece su creación con un régimen fiscal especial para las aportaciones, a fin de promover la autosuficiencia del discapacitado. Pero al quedar fuera de la Ley protectora –escasamente protectora– un colectivo de disminuidos muy amplio, estamos lejos de los regímenes europeos socialmente avanzados (“donde no se puede segar, al menos se espiga”, pero las prioridades de inversión social no son ciertamente las más adecuadas)

3. Por lo demás, los preceptos citados supra: 756 (indignidad), 822 (donación-legado del derecho de habitación) y 1041 (en sede de colación) hay que contemplarlos con otros que el CC contiene, así: la posibilidad de que en testamento se establezca una sustitución fideicomisaria que contemple al hijo o descendiente judicialmente incapacitado como fiduciario y a los herederos forzosos como sustitutos fideicomisarios (lo que puede abarcar toda la herencia, si lo prevé el testador; arts. 808-782 configuradores de este gravamen sobre la legítima con finalidad claramente protectora para el que más lo necesita; ratio que ha de ser decisiva frente a interpretaciones equívocas de los citados preceptos) También el art. 639 al permitir la reserva de la facultad de disponer “de algunos de los bienes donados” posibilita que al ejercerla el donante a título oneroso se haya previsto que lo obtenido ingresará directamente en el patrimonio del incapaz (RODRÍGUEZ ADRADOS).

El mismo art. 831, ya expuesto, se modificó por la Ley 41/2003 con una finalidad principalmente –según su Preámbulo– protectora para los incapaces y ciertamente es éste uno de los supuestos que impulsan a su aplicación en la realidad familiar.

¿Y más? La última interpretación –valiente y no rara habis correctora– del Tribunal Supremo acerca del alcance y extensión de la sustitución cuasipupilar o ejemplar es la de que posibilita un testamento que hace el ascendiente abarcando no solo lo que a favor del descendiente mayor de catorce años, declarado incapaz por enajenación mental, dispone aquel, sino el patrimonio total del sustituido (art. 776) Interpretación, no exenta de problemas, pero ajustada a la realidad del supuesto concreto, más desde luego que la interpretación tradicional, apegada al principio del art. 670 del CC.

Sustitución que –conforme al párrafo 2.º– quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón (“cabal juicio”, expresión que emplea el art. 663 al regular las incapacidades para testar y que -lo apunto al menos- constituye requisito de complicada apreciación real para el notario, no solo en el supuesto que ahora expongo, en conexión también con el del art. 665, sino desde luego en los casos en que quien quiere testar es persona mayor (porque ¿quid iuris ante una persona mayor que “va a dejarle todo a su cuidadora” porque no hay traba legitimaria o es escasa, dado que por ejemplo en el proyecto valenciano triunfa la absoluta libertad de disponer m. c.?) La captación de voluntad del testador anciano la considera con acierto el Derecho catalán, al menos exigiendo testamento notarial abierto o en su caso que conste en pacto sucesorio.

“El reino de vejecia” (S. RAMÓN Y CAJAL)

En el año 2023 habrá en España casi 2 millones de mayores de 80 años (Rafael PUYOL).

Para nuestro Nobel de Medicina, si llega a los ochenta años, es llegada la hora para que, de no haberlas tomado antes, se adopten las medidas necesarias a fin de que la ancianidad, la senectud, la senilidad (de senilis: culto), la tercera edad, suponga un deterioro, un descenso físico-anímico-mental lo más suave posible y en todo caso lo más protegido posible.

1. En el terreno jurídico la Autotutela y el Mandato preventivo de protección (del reformado art. 1732) suponen medidas previsoras a considerar.

2. Al lado de la tutela, un instrumento realista que alguna legislación europea y también la autonómica de Cataluña regulan es la Administración de Apoyo para las personas con disminución física-psíquica sin llegar a la incapacidad (Asistencia en la terminología de ésta última) Y como medidas de posible adopción con vistas a asegurar las atenciones primarias básicas, a falta de familia que lo haga, la ya apuntada hipoteca inversa o hipoteca de endeudamiento si se cuenta con inmueble “ad hoc” y el hoy regulado en el CC, contrato de alimentos, son dignos de consideración: en concreto éste último, aporta en principio seguridad, personal y jurídica, a la par que debe evitar posibles impugnaciones por legitimarios al no existir donación encubierta o disimulada por escritura de compraventa, supuesto que ha sido ampliamente conocido en la realidad y proclive a la judicialización ad libitum.

3. En último término, la hora de la jubilación del titular de la empresa familiar, si antes no llegó (“cumpliendo lo acordado en el pacto de familia... dejo mi puesto ejecutivo en el grupo empresarial familiar”, declaró a los 75 años Giovanni Agnelli), me lleva a apuntar alguna consideración en este campo a continuación.

Sucesión y Empresa Familiar

En el informe de investigación familiar y sucesorio al que me he venido refiriendo, se critica también la insuficiencia regulatoria del CC: artículo 1056, armonización necesaria de los protocolos familiares y el testamento para facilitar la sucesión en la empresa de la familia (la esencial revocabilidad del testamento lo hace en muchas ocasiones inhábil para una ordenada transmisión de la empresa familiar, surgiendo –dice– la alternativa del pacto sucesorio que, sin embargo, está cerrada en el régimen del Código Civil, con cita del art. 1271, sin especificar más al no aludir a la última expresión del precepto:...” y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el art. 1056”).

Ahí queda eso: traído y llevado el CC, por reformas de medio pelo, puntas de iceberg legales, redacciones confusas (publicidad

de los protocolos familiares)... En fin, no voy más que a apuntar que la sucesión de la E.F. es cuestión de interés público (DRUCKER) Y el reformado art. 1056.2 regula lo que –con algún esfuerzo por el jurista conocedor de la problemática–, es sin duda útil. Dice que: el testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá hacer la partición disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados (lo que es posible aunque no lo haya suficiente en la herencia y dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento del testador). Con lo que está posibilitando que se haga la partición conservando la empresa, base fundamental de muchos patrimonios familiares y ello, como la realidad muestra cada vez más, conforme a lo pactado en el Protocolo Familiar: testamentos del fundador-fundadores de la EF, sociedades de la familia y del grupo familiar, estatutos sociales, testamentos, capitulaciones matrimoniales... en sentido unívoco con lo acordado en aquel.

Y si aún no ha llegado el momento, la previsión de futuro vía art. 831, es digna de consideración y si, con el tiempo, al madurar los componentes de la familia implicados en la empresa, la “cultura familiar” los empapa definitivamente, se debe llegar al nombramiento del sucesor de la EF.: tanto del sucesor en el timón de la nave empresarial, si es posible y hacedero miembro de la familia, y en otro caso un profesional ajeno a la familia; como también al reparto-distribución de los bienes del patrimonio familiar por la vía de las donaciones (irrevocables por tanto), y en su defecto por la conveniente partición ad hoc, ésta sí dependiente del testamento unipersonal (instrumento dispositivo, esencialmente revocable “ad supremum exitum”; art. 737 CC).

¿Y el pacto sucesorio?: alternativa cerrada en el régimen del Código Civil, he transcrito del citado informe de investigación. Ciertamente, a pesar de la remisión ex art. 1271 al 1056, la donación-partición del país vecino no es factible en el CC español (Jurisprudencia del TS); pero también es del T.S. el criterio de que el art. 1271 lo que prohíbe son los pactos sobre la universalidad de la herencia futura, no sobre bienes determinados (lo que puede no convencer en pura ortodoxia). Ahora bien, las donaciones, aceptadas por los donatarios son desde luego irrevocables: es la vía idónea para lo-

grar así la paz familiar y la continuidad de las empresas (aunque su índice de mortandad sigue siendo elevado, más aun con el paso de las generaciones)

ROCA SASTRE nos ilustró en los años 50 de la necesidad de diferencial lo rural de lo urbano en el Derecho sucesorio. Años más tarde su hijo Luis actualizaba su pensamiento así: cabe distinguir hoy (decía en 1998) la familia estable –agrícola, comercial o industrial–, y la familia –sea rural o urbana– no estable. En la primera la muerte del padre empresario no implica en rigor cambio alguno del titular del patrimonio, sino una simple mutación del gestor o director doméstico que mantenga la unidad, cohesión e indivisibilidad del patrimonio familiar, adscrito a la familia. En la familia no estable o no troncal la muerte del padre o madre provoca la liquidación y reparto del patrimonio familiar.

¿Se entiende mejor así el 831, el 1056.2 y la sucesión en la familia empresaria?

Derecho Civil y Derecho Mercantil. Mercantilización. Civilización.

Introducción

El Derecho civil, históricamente referido a la persona como ser de fines, ante la sociedad despersonalizada actual, cojea (CARRASCO PERERA).

Hace bastantes años dijo VIVANTE: quien contrata con un comerciante se somete a la ley comercial; cada convenio que se hace para alimentarse, vestirse, viajar, asegurarse, depositar los ahorros, comprar un libro, está sujeto al C de C. Y RIPERT afirmaríase con realismo: “el mundo está comercializado. Puede que alguien no pise en su vida una Notaría, pero es imposible no pisar un banco”.

Era necesario que apareciera un Derecho protector de los consumidores (“todos lo somos en esta sociedad de consumo”, dirá KENNEDY en su Mensaje al Congreso del 15 de marzo de 1962) Lo que ya de entrada justifica –apunta MARTÍNEZ DE AGUIRRE– la adscripción del mismo al Derecho civil, (por de pronto la interpretación normativa, en caso de duda, pro consumatore ha de ser, avalada por el art. 51 CE. y el art. 1 Ley G. defensa C y U) Adscripción que debe ser plena: el D. de consumo está ya maduro para integrarse en el corpus civile; así volvería a sus orígenes (J. ORTEGA DOMENECH).

1. La Propuesta del Código Mercantil. Lo que representa

Está ya preparado, a todos los efectos, “un nuevo Código Mercantil. No –precisa Ángel ROJO– un Código de comercio. No un Código solo compilador de leyes mercantiles. Un auténtico Código, con propios principios, con aspiración de coherencia, incorporador de nuevas materias (algunas “materias de frontera”) y con proyección extensiva así como generalizador de los nuevos principios; nuevas formas societarias, nuevos contratos, nuevos títulos valores...”

El citado autor, al tratar recientemente de la codificación unitaria del Derecho privado afirma: favorece el proceso de mercantilización del Derecho privado.

El contenido de la Propuesta supone una auténtica recodificación mercantil, con el resultado de una expansión de “lo mercantil”, marcada con la impronta de que representa no solo la modernidad sino el ajuste con proyectos y principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales, compraventa y en general relaciones patrimoniales, con la apertura expansiva de un presente, a un futuro pleno de relaciones negocials ágiles, libres de formalismos y caros controles. El Derecho civil –ha afirmado Ignacio ARROYO– está anticuado.

2. Un momento de atención, por lo expuesto

Si lo último que he señalado: agilidad, rapidez, seguridad del tráfico, no formalismos ni caros controles, va a ser punto de partida evidente (principio rector, en suma), ¿qué queda del “nemo dat quod non habet” ex art. 464 CC; se le tapa la boca con hágase un seguro de riesgo?; ¿va a quedar algún atisbo de y para aplicar la Ley Azcárate de represión de la usura de 1908?

Joseph STIGLITZ clama con energía por “poner coto a los excesos de los bancos –se refiere a los EEUU– respecto a los créditos usurarios y las prácticas abusivas con las tarjetas de crédito”. ¿Y qué decir de los swaps, warrants, cuotas participativas, participaciones -dele-treo pre fe ren tes-, derivados financieros no bursátiles, productos de alto riesgo que –dice el citado Premio Nóbel– no deberían ser emitidos por instituciones financieras avaladas por el gobierno (¡ay la “genialidad” del que fue Presidente, Clinton), porque –en palabras de Warren BUFFETH “estamos ante armas financieras de destrucción masiva”. Son productos explosivos.

¿No los va a haber en un próximo futuro, etiquetados y envueltos atractivamente; y no caerán en la trampa nuevos incautos obnubilados por la ganancia del cuento, engañados por su seguridad aparente? La solución no está en “esconder lo que he podido salvar debajo del colchón”. La solución está en tomar en serio el principio constitucional de la seguridad jurídica y prevenir los derechos subjetivos protegiendo a sus titulares ante todo posible atisbo de perjuicio, de fraude; ello con un civilizado control preventivo, dicho en tres palabras.

3. El Código mercantil que se nos anuncia. Algunas apreciaciones

Bajo el señuelo de la imprescindible –que lo es– unidad de mercado, de asegurar la unidad del régimen jurídico del mercado sometido a la soberanía nacional, se presenta el anunciado Código mercantil: Mercedes VÉRGEZ, en febrero de 2014, ha afirmado en el Colegio Notarial de Madrid que “no es justo decir que con la citada propuesta se trata realmente de contrarrestar el expansionismo de las CCAA con el pretexto de convertir en materia mercantil lo que en realidad es materia civil; y tampoco es justo decir que la pléthora de contratos mercantiles parte de un concepto sui generis de la mercantilidad –sacado poco menos que de la manga–, confinando así a un espacio muy reducido al Derecho civil, comercializándolo, en suma. Y es que –añade– el Código no va referido solo al sujeto empresario sino a otros agentes económicos que intervienen en el mercado, incluso a los contratos celebrados con consumidores”.

Pero la voz de los mercantilistas no es –ni mucho menos– la unánime de los protagonistas de la imperecedera novela de Alejandro Dumas. J. M. GONDRA acaba de decir: “a estas alturas intentar pasar por Derecho mercantil lo que es Derecho común, resulta difícil de sostener. Por de pronto opera una deconstrucción del concepto de Derecho mercantil y de paso del Derecho civil”. Y es que –sigo pensando, con CANARIS– que el Derecho mercantil es una colección de variaciones sobre temas de Derecho civil.

Es hora de llegar a unas:

Conclusiones

Primera.– El CC español ha de ser el Derecho privado general. Hay que revisar Leyes especiales, legislación mercantil, laboral, adminis-

trativa, procesal..., a fin de resituar en aquel lo que objetivamente se considere constituye contenido propio del mismo. En este sentido es planteable si no ha llegado el momento de una recodificación.

Segunda.– Los Derechos civiles autonómicos deben contener las instituciones propias realmente vivas en los territorios correspondientes (y haciendo posible –como el TC ha entendido– su crecimiento orgánico)

La unidad no es, no ha de ser confundida con la uniformidad: la plurivariedad de las regiones de España nos enriquece, si es sentida y vivida. Ahora bien, aquéllos no deben regular lo que el Derecho común ya hace y debe ser de aplicación general: desde la noción civil del concebido y no nacido, por ejemplo, hasta la accesión, la construcción extralimitada, o el usufructo, el uso, o la habitación (porque, ¿dónde están aquí las “instituciones conexas con las ya reguladas en los distintos Derechos forales”?) Ni el camino emprendido por Cataluña –con su pretensión de “completud”– ni el valenciano “reservándose” el derecho a regular al mismo nivel que las demás Comunidades Autónomas, son adecuados.

Tercera.– La vía aragonesa sí que es adecuada: “El Derecho civil general del estado –dice el art. 1 del Código de Derecho foral de Aragón– se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan”. Y éste no realiza una regulación exhaustiva, invasora del Derecho civil general del Estado: se ciñe a las instituciones propias y conforme a los genuinos principios del alma aragonesa.

Así se cumple desde luego la ratio del art. 149.1 regla 8.^a CE.

“No a 17 sistemas educativos. No a 20 regímenes recaudatorios y carentes de modelo. No a la plétora de regulaciones y normativas de los distintos Boletines Autonómicos en desbocada carrera de relevos a una meta imposible y dañosa”

Por lo que, concluyo, pidiendo un PACTO DE ESTADO, que partiendo de la urgente necesidad de reequilibrar la relación Código Civil y Derechos Autonómicos, por él se emprenda la inaplazable y ardua labor de conseguir definitivamente el Derecho civil que merece la nación más antigua de Europa, demostrando al mundo que continúa viva nuestra gloriosa tradición jurídica, varia y plural.

LA IDENTIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES INMUEBLES Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD REGISTRAL

Antonio Jiménez Clar

Notario

Profesor Asociado de la Universidad de Alicante

A H.W.

Resumen: La facultad de identificar geoespacialmente los bienes inmuebles, recogida en el artículo 388 del Código Civil, constituye uno de los instrumentos más eficientes para la tutela del derecho de propiedad, derecho de naturaleza constitucional.

Pero aunque los bienes inmuebles reúnen la doble condición de ser -al mismo tiempo- entidades físicas y objeto material de derechos reales, los sistemas de registros de derechos, como es el caso del Registro de la Propiedad, utilizan la segunda de dichas características para su tipificación legal.

De esta forma cada bien inmueble pasa a encadenarse con su título de adquisición y sobre esta equivalencia se construye el concepto de finca registral. Esta circunstancia produce un escenario de permanente desconexión entre la información jurídica que maneja el Registro de la Propiedad y la realidad física de los bienes inmuebles.

Por estas razones se hace conveniente una profunda revisión del concepto de finca registral como base física de la información que gestiona el Registro de la Propiedad, concepto que ha de basarse más en la idea de titularidad que en la de título de adquisición.

Palabras clave: Bienes inmuebles, identificación geoespacial, título de adquisición, registro de derechos, Registro de la Propiedad .

Abstract: The ability to geospatially identify real estate, pursuant to Section 388 of the Spanish Civil Code, establishes one of the most efficient tools for the protection of property rights as rights of a constitutional nature.

But despite real estate holding the double condition of being -at the same time- both a physical entity and the material object of property rights, the title registration systems, as the Spanish Land Registry, often use only the latter of these features for its legal typification.

In this manner, each piece of real estate is bound to the title by which it is acquired and on this point-to-point equivalence, the concept of registered property has been legally built on. In turn, this circumstance leads to a scenario of an everlasting lack of connection between the legal information managed by the Land Registry and the physical reality that provides the notion of real estate.

Due to these reasons a profound review of the concept of registered property as the physical basis of information managed by Land Registry is necessary and this concept must be based more on the idea of ownership than the idea of the title by which the real estate was acquired.

Key words: real estate, geospatial identification, title of acquisition, title registration, Spanish Land Registry.

SUMARIO

- I. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES
- II. LA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD
- III. LA FINCA REGISTRAL
- IV. LAS MODIFICACIONES DE LOS BIENES INMUEBLES
Y LA ACTUALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN
- V. CONCLUSIONES: LA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE FINCA REGISTRAL
- VI. FIGURAS A Y B: EL ARRASTRE DE CARGAS

I. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES

El derecho de propiedad viene recogido en el artículo 348 del Código Civil como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. Este derecho ha sido expresamente reconocido por el artículo 33 de la Constitución, dentro de los *derechos del ciudadano*, en la sección segunda del Capítulo II del Título I. Su reconocimiento constitucional hace que este derecho se halle sujeto a reserva de ley con un contenido mínimo que ha de ser respetado por el legislador. Su contenido esencial ha quedado delimitado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 que incluye como parte del mismo las garantías necesarias para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente salvaguardados.

Una de las más eficientes posibilidades de protección institucional de este derecho, especialmente cuando recae sobre bienes inmuebles, se hace efectiva a través de su identificación física, esto es, mediante la determinación de su situación geográfica, su forma y sus linderos, ya que de estos parámetros depende en gran medida el valor y el aprovechamiento económico –el uso– de cada bien inmueble.

Pero la mejor comprensión del concepto de identificación exige no perder de vista una de sus cualidades más representativas que es la estrecha relación existente entre el derecho real como modelo de aprovechamiento económico y el territorio como soporte físico de ese aprovechamiento. Tanto el contenido del derecho como su configuración física sobre el territorio son requisitos imprescindibles para su definición. En este sentido se puede afirmar que el inmueble es necesario para identificar el derecho y el derecho es necesario para identificar el inmueble.

De ahí que la protección institucional que confiere la identificación del derecho requiera establecer un vínculo indubitado entre el derecho y su objeto físico. De esta forma, la identificación del bien inmueble –que desde este punto de vista se podría definir como la conmixtión entre un derecho real y la porción del territorio sobre la que recae– se convierte en presupuesto necesario para acreditar la exclusividad del aprovechamiento económico que tutela.

Señala GRIMALT SERVERA (1) que el derecho de gozar y disponer de una cosa que implica el derecho de propiedad supone que todo propietario tiene la facultad de excluir a terceros. Una de las manifestaciones de la tutela jurídica de esta facultad de excluir a terceros del objeto del derecho de propiedad viene recogida en el artículo 388 del Código Civil que faculta al propietario para cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas. Este precepto, que ha sido vinculado por la literatura jurídica a determinadas circunstancias históricas (2), recoge, como ha hecho notar ROCA JUAN (3), la diferencia entre el *cerramiento* y el *cercado* de las fincas, que es cuestión que ha sido matizada en distintas ocasiones. Así, se establecía el significado de cierre, afirmando que *cerrar* es acotar un terreno deslindado mientras que *cercarlo* es hacer tapia, vallado u otra cosa alrededor que impida la entrada (4) de tal forma que se puede entender que cabe el cierre sin cerca y que la existencia de medios materiales de cercado no significan necesariamente el cierre o acotamiento.

Desde este punto de vista, la facultad de cerramiento que el artículo 388 del Código Civil atribuye al propietario del inmueble puede conectarse con la posibilidad de *acotar o cerrar geográficamente* un inmueble, estableciendo su situación y perímetro, y con ello sus linderos, de forma estable y de manera que estos datos puedan acceder a los sistemas de información territorial y permitan al propietario excluir a terceros.

Conviene, llegados a este punto, hacer una pausa para delimitar el concepto de deslinde y su materialización mediante la acción que regulan los artículos 384 a 387 del Código Civil y diferenciarlo de la facultad de cerramiento que atribuye el art 388 del Código Civil al

(1) GRIMALT SERVERA, Pedro: *El deslinde entre particulares*. Ed. Aranzadi. Elcano (Navarra) 2001. P. 23

(2) En concreto, al continuo tira y afloja existente entre los privilegios del Consejo de la Mesta y el fomento y desarrollo de los intereses de la agricultura, muchas veces sacrificados en beneficio de la ganadería.

(3) ROCA JUAN, Juan: *Del derecho a cerrar las fincas rústicas*. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel ALBADALEJO. Editorial EDESA. Jaén, 1980. Tomo V, Volumen 1.º. P. 370

(4) Informe de la Sociedad Económica Matritense de 13 de enero de 1835

propietario y que en cierta medida no deja de ser un deslinde, sin embargo realizado de forma unilateral.

En todo caso las relaciones entre ambos escenarios jurídicos –la acción de deslinde y la facultad de cerramiento– son lo bastante difusas para que en muchas ocasiones las diferencias y similitudes entre ellas impidan su delimitación con el suficiente rigor conceptual. La delgada línea roja que las separa parece hallarse en la confusión de linderos entre predios colindantes como presupuesto objetivo de la acción de deslinde, situación que, por definición, no se produce en el cerramiento. Sin embargo, como ha puesto de relieve GRIMALT SERVERA (5), la acción de deslinde también permite la delimitación de la finca así como la determinación de su *paradero*, esto es, su situación geográfica.

Pero la cuestión de la identificación de los bienes inmuebles no se agota en su determinación como objeto físico. Un bien inmueble puede, efectivamente, ser identificado en muchas ocasiones por sus características físicas si su propietario lo ha individualizado utilizando elementos materiales (paredes, vallas, muros, etc.) pero no hay que olvidar que en otros casos es el derecho, en el que se integra la descripción del inmueble que constituye su objeto, el que permite la identificación efectiva del bien inmueble. De ahí la relevancia de la descripción del inmueble en el título de adquisición, cuestión que va a originar una problemática, la adecuación del título de adquisición a la realidad física del inmueble, que no ha podido ser eficazmente resuelta por los sistemas de información territorial y especialmente por el sistema que tiene por objeto institucional la información jurídica sobre los bienes inmuebles: el Registro de la Propiedad.

Para dar seguridad al crédito territorial, representado fundamentalmente por la hipoteca, el sistema iniciado por la Ley Hipotecaria de 1861 se articula sobre dos pivotes: la publicidad y la especialidad. De esta forma, los terceros tienen posibilidad de acceso a una información necesaria para la viabilidad de las transacciones inmobiliarias y, al mismo tiempo, se da más certeza a la información al establecerse que las hipotecas se inscribirán en el Registro de la Propiedad con individual expresión de la finca a que afecta y de la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad de la hipote-

(5) GRIMALT SERVERA, Pedro: *El deslinde entre particulares*. Ed. Aranzadi. Elcano (Navarra) 2001. P. 27

ca –dice la Exposición de Motivos de la Ley de 1861– es el complemento de la publicidad. Y la especialidad de la hipoteca requiere la identificación material del inmueble sobre el que recae.

II. LA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Uno de los argumentos que con más intensidad se utilizaron durante el siglo XIX para justificar la creación de los registros de la propiedad como institución garante de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario fue la idea de que gran parte de la seguridad que debían proporcionar estos sistemas requería la perfecta identificación e individualización de los derechos –sujeto, objeto y contenido– que se iban a inscribir. Esta regla pasará a formar parte de la cultura registral bajo la denominación genérica de *principio de especialidad*.

Para el modelo económico y social que se pretende instaurar tras el desmoronamiento del *Ancien Régime*, el principio de especialidad permite la transición desde un modelo de propiedad inmueble altamente subjetivizado –la propiedad inmueble no sólo llevaba aparejado valor económico sino también el poder político y la potestad jurisdiccional– hacia un sistema objetivizado, más adecuado a la noción de mercado, de tal forma que va a ser el objeto el que determine la titularidad y no a la inversa. La difuminación de los bienes inmuebles dentro de las masas patrimoniales impedía el establecimiento de mercados inmobiliarios que permitieran el acceso a la propiedad inmueble de las nuevas clases sociales a través de la libre circulación de los bienes inmuebles como objetos individualizados.

Pero para alcanzar este modelo económico no sólo se hace preciso identificar los objetos –los bienes inmuebles– sino también implementar los mecanismos que permitan la utilización de la información que este nuevo formato de descripción proporciona.

Para ello es necesario atender dos requerimientos básicos. El primero de ellos pasa por la creación de un archivo oficial que contenga dicha información, adaptada al nuevo formato, a disposición del incipiente mercado inmobiliario. Con esta finalidad se van a crear –bajo un supuesto y en cierta medida mítico modelo germánico, cuya

recepción tiene lugar, como señala OLIVER ESTELLER (6), mediante la interpretación que del mismo hacen juristas franceses– una serie de registros, de carácter oficial o institucional, que permitan la administración de dicha información. El segundo requerimiento consiste sencillamente en la incentivación del acceso de la información a estos archivos. Hay que convencer a los titulares acerca de la utilidad que comporta la incorporación –inscripción– de la información sobre sus derechos a dichos archivos y su utilización en las transacciones. Utilidad que no se limita a los propios titulares –seguridad en la prueba de la adquisición– sino que también se extiende al tráfico jurídico –seguridad de los adquirentes– y especialmente al crédito territorial. Para dotar a estos sistemas de información de la utilidad pretendida se utilizan básicamente dos herramientas jurídicas que modifican la eficacia jurídica de los derechos reales mediante la atribución a los mismos de unos especiales efectos por el hecho de su incorporación a los registros.

El soporte teórico de esta solución se construye conceptualmente mediante el llamado principio de inscripción, que actúa sobre la posición jurídica del adquirente de buena fe. Desde esta perspectiva, el denominado principio de inscripción no sólo supone una genérica demanda de la certidumbre –en este caso, objetiva– sino que también implica la necesidad de establecer un determinado formato para la información que van a manejar en los registros que tienen por objeto la información territorial.

Pero para determinar el formato que han de cumplir los datos que se archivan en un determinado sistema de información no se puede perder de vista la finalidad perseguida por dicho sistema. En este sentido, los sistemas de registro que se desarrollan bajo la bandera de los principios de publicidad y especialidad tienen un objetivo principal perfectamente determinado, que es la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. El concepto de seguridad se configura desde el punto de vista del adquirente y no de cualquier adquirente sino de un adquirente muy especial, el adquirente-acreedor hipotecario.

El desarrollo del mercado inmobiliario no sólo requiere la liberación, mediante la desvinculación y la desamortización, de la propiedad inmueble, sino también la inyección del capital necesario para

(6) OLIVER ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario Español*. 2.ª Edición. Editorial CIVITAS. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 28

alcanzar el nivel de fluidez que requieren las transacciones inmobiliarias. Se reinventa un nuevo derecho real de garantía, la hipoteca, que, aunque formalmente conectado con la antigua hipoteca del Derecho romano, constituye en realidad un nuevo instrumento jurídico diseñado *ad hoc* para el nuevo modelo económico.

Un requisito imprescindible para alcanzar estos objetivos va a ser la delimitación del objeto del derecho para su perfecta identificación e individualización dentro del patrimonio del deudor, exigencia imprescindible para dotar a este mecanismo de garantía de un sistema de prioridad y exclusión que permita su prevista eficiencia económica-jurídica.

En esta línea, ya desde uno de los primeros proyectos de Código civil de nuestro país, el de 1836, establecía que serían nulas las hipotecas en cuya constitución no se exprese terminantemente la *calidad, situación y lindes de la finca hipotecada*.

Por otra parte, en la construcción teórico-conceptual de los registros de la propiedad otra de las normas estructurales que, de acuerdo con el supuesto modelo germánico, van a definir la ordenación de dichos registros es el denominado sistema de folio real, es decir, la ordenación formal de la información utilizando el objeto del derecho –el inmueble– como referente principal.

Pero no hay que confundir el principio de especialidad con el sistema de folio real. El primero se refiere al formato y contenido mínimo de los datos que han de integrar el sistema de información y el segundo opera sobre el criterio que se va a utilizar para cargar, ordenar y recuperar dicha información, es decir la forma de organizar la estructura interna de los registros de la propiedad.

El principio de especialidad impone que la información relativa a los derechos reales inmobiliarios utilice un determinado modelo de forma y fondo en la medida en que la utilización de dicho formato es el que permitirá determinar y establecer el nivel de exactitud de los datos.

Por su parte el sistema de folio real utiliza, como identificador principal para ordenar dicha información, un determinado dato –el objeto material– de entre los que integran la información sobre las unidades de información del sistema, esto es, los derechos reales sobre bienes inmuebles.

Pero no por ello se puede afirmar que la anudación de ambos conceptos sea un elemento esencial del modelo seguido por los re-

gistros de la propiedad. Si bien es indudable que sin una perfecta identificación del inmueble, el sistema de folio real perdería gran parte de su utilidad como mecanismo de archivo de la información territorial, no por ello deja de ser verdadera la afirmación contraria.

Las exigencias de determinación y exactitud derivadas del principio de especialidad no imponen en ningún momento la estructuración del sistema mediante el criterio del folio real y en este sentido, la ordenación de la información sobre la base de las titularidades de los derechos –sistema de folio personal– es también apta para cumplir las exigencias impuestas por el principio de especialidad. En todo caso, cual sea el identificador principal es una cuestión que tras el desarrollo informático de las bases de datos ha dejado de tener la importancia práctica que tuvo en su momento, en la medida en que tanto el objeto del derecho –el bien inmueble– como el sujeto del derecho no son sino datos que integran la unidad mínima de la información que gestionan los registros de la propiedad, es decir, los derechos reales inmobiliarios, y como tales pueden ser indistintamente utilizados para recuperar la información.

Por esta razón el sistema de folio real –la ordenación de la información en base al objeto del derecho– aunque haya sido usado como argumento en este sentido, no puede servir de base para afirmar que los registros de la propiedad son registros de inmuebles ya que en realidad constituyen registros de derechos sobre bienes inmuebles, cuyo contenido se ordena formalmente atendiendo al objeto material de dichos derechos. Y de esta confusión conceptual nacen la mayoría de los problemas que hay que resolver cuando se pretende conectar la información registral con la realidad física del territorio.

III. LA FINCA REGISTRAL

Para la exactitud –principio de especialidad– de la información territorial que gestionan los registros de la propiedad es preciso establecer un formato normalizado para el archivo de los datos relativos a los elementos que integran dicha información. Esta regla se extiende también al objeto material de los derechos que se inscriben, es decir, a los bienes inmuebles.

En este sentido, el formato descriptivo de los bienes inmuebles viene determinado por dos condicionantes. En primer lugar, en cuan-

to objeto material perteneciente al mundo físico, la descripción del inmueble ha de ajustarse a la realidad, en la medida en que la información está subordinada a dicha realidad y no puede contradecirla.

Pero además, el formato establecido para los datos que integran el archivo ha de ser coherente con la finalidad que persigue el propio sistema de información. Si los registros de la propiedad tienen por objeto la inscripción de derechos reales sobre bienes inmuebles, el formato previsto para el objeto habrá de tener en cuenta asimismo esta circunstancia. Es decir, el inmueble no sólo ha de estar descrito con exactitud sino también ha de constituir al mismo tiempo el objeto de un derecho determinado. Del cumplimiento de ambos requisitos surge la construcción teórica del concepto de finca registral. En este sentido la finca registral no es sino la descripción, utilizando determinadas convenciones, del objeto material de cada derecho inscrito en el Registro de la Propiedad.

Si no se distingue con la debida claridad entre registros de derechos y registros de inmuebles como categorías estructurales diferentes, el resultado es la confusión entre los conceptos, distintos entre sí, finca registral y bien inmueble. El bien inmueble es una categoría fáctica que se refiere a los diferentes sistemas de aprovechamiento económico del territorio aprovechamiento que es tutelado por el ordenamiento jurídico y de connotaciones acusadamente funcionales. Su tutela jurídica se resuelve mediante el expediente jurídico del derecho real, o *property rights* en los sistemas legales anglosajones.

A su vez, la legitimación para activar la protección jurídica de dichos aprovechamientos se instrumenta a través de la adquisición de la titularidad del derecho por medio de un negocio jurídico que el ordenamiento jurídico considera apto para consumir dicha adquisición y que recibe la denominación genérica de título de adquisición. Pero la relación entre el bien inmueble como objeto físico y el título de adquisición no ha de ser necesariamente de uno-a-uno.

Sin embargo desde el punto de vista de la mecánica registral la solución se concibe de forma distinta. En la medida en que cada inmueble ha de constituir una finca registral y ésta a su vez ha de constituir el objeto de un derecho determinado –principio de especialidad– se acaba identificando la finca con el título de adquisición. Es decir, cada inmueble que acede a un registro de la propiedad y se convierte en una finca registral, está a la vez vinculado y limita-

do por un determinado título de adquisición. De ahí que uno de los rasgos distintivos a la hora de definir la finca registral sea el de su pertenencia a un único titular o a varios proindiviso.

La consecuencia inmediata es una, en muchas ocasiones artificiosa, conexión entre la realidad físico-económica y el contenido de la información registral, que a la larga va a constituir la causa de una serie de disfunciones sistémicas en el tratamiento de dicha información. Dicho de otra manera, la ausencia de una comunicación permanente que permita identificar cada metro cuadrado de territorio con la finca registral a la que pertenece conduce a la necesidad de identificar el territorio a través del título de adquisición del derecho.

Por el contrario, si en el título de adquisición viene perfectamente identificada la situación de la parte de territorio que constituye su objeto y esta determinación se traslada al contenido de la inscripción, cabría la posibilidad de que *ab initio* una finca registral pudiera estar integrada por diferentes partes adquiridas en virtud de títulos diferentes. Pero la falta de identificación geográfica permanente de que adolecen las fincas registrales impide la determinación indubitada de la parte de territorio que constituye el objeto de cada derecho que se inscribe, dando lugar a que la integración sucesiva de las diferentes partes de un inmueble como una única finca registral sólo pueda llevarse a cabo mediante la técnica de agregaciones o agrupaciones sucesivas. Este es asimismo el criterio seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado (7) cuando no se acredita debidamente un exceso de cabida y hay que proceder a su inmatriculación y posterior agrupación o agregación a la finca que pertenece.

IV. LAS MODIFICACIONES DE LOS BIENES INMUEBLES Y LA ACTUALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN

El sistema de folio real y finca registral adoptado por los registros de la propiedad deja ver sus carencias, en lo relativo a la

(7) Resolución de 17 de octubre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Boletín Oficial del Estado de 4 de enero de 2012) que a su vez se apoya en las Resoluciones de 16 de mayo de 2005, 1 de julio de 2006, 19 de febrero de 2008 y 2 de febrero de 2010.

información geoespacial, a medida en que se van produciendo modificaciones de la configuración del objeto material de los derechos inscritos.

Una vez inscrito el inmueble, mediante su transformación en finca registral, las sucesivas alteraciones que pueda experimentar su configuración física se resuelven mediante las llamadas operaciones de modificación de la finca registral o modificaciones hipotecarias.

El catálogo de estas operaciones se puede resumir en dos grandes grupos según se unan (agregaciones y agrupaciones) o se fragmenten (segregaciones y divisiones) fincas registrales.

La primera característica de este tipo de operaciones es la de su denominado *carácter tabular*, es decir, que siempre se llevan a cabo sobre la base exclusiva de los datos bajo los que figura inscrita la finca registral, esté conectada o no con la realidad física y, por ende, al margen de cualquier tipo de georreferenciación o localización simultánea sobre el territorio. Esta circunstancia, como se verá más adelante, va a representar un factor permanente de interferencia o de bloqueo de la conexión entre los registros de la propiedad y la realidad geográfica.

En este sentido, las llamadas operaciones de modificación registral (agrupaciones, agregaciones, segregaciones y divisiones) no constituyen realmente operaciones de modificación de la configuración física de bienes inmuebles en la medida en que suelen utilizar como elemento de referencia básico (y casi exclusivo) el relativo a la extensión o medida superficial de la finca, dato que por otra parte es el empleado también como clave fundamental de identidad por los registros de la propiedad para la identificación de los bienes inmuebles.

Esto es así porque las citadas operaciones de modificación de fincas registrales son realmente operaciones de suma o resta de los metros cuadrados que integran cada finca, de tal forma que el resultado de la operación de modificación es el resultado de la operación matemática correspondiente –de suma o resta– sobre la que se ha basado aquella.

Desde este punto de vista, cualquier intento de modificación de las características materiales de una finca –por ejemplo, el ajuste de su superficie a la realidad– alteraría la cadena lógico-matemática de las operaciones tabulares que encadenan el historial registral de la finca, con independencia que, como consecuencia de dichas ope-

raciones, dichas fincas sufran cambios formales mediante el cambio de su número de identificación cuando se creen o desaparezcan como tales fincas para formar otras nuevas (técnica denominada apertura de folio registral).

De esta forma este tipo de operaciones acaban reduciéndose a una serie de sumas y restas de metros cuadrados que quedan sujetas a la lógica de este tipo de operaciones. Pero que además dará lugar a que esta cadena lógica (que podría describirse como de *dos más dos, cuatro*) bloquee cualquier intento de actualización de la información registral respecto de la realidad física de las fincas en la medida en que se podrían producir resultados incongruentes con dichas operaciones de suma o resta. En este sentido es ilustrativa la dicción del artículo 298 del Reglamento Hipotecario cuando cataloga dentro de las dudas fundadas sobre la identidad de la finca –construcción conceptual de la certidumbre sobre la incertidumbre– cuando se trata de finca formada por segregación, división, agrupación en la que se haya expresado con claridad su superficie (¿cómo se expresa una superficie con inexactitud?)

Todo ello da lugar al nacimiento de un mundo tabular ideal que vive prácticamente de espaldas a la realidad geográfica del territorio, un universo paralelo en el que los metros cuadrados pasan de unas fincas a otras, sumándose o restándose, pero nunca desaparecen. Estas sucesivas modificaciones de las fincas registrales van a ir formando poco a poco un velo que finalmente se solidifica y se transforma en muro, que gripará de forma permanente la conexión entre la información registral y la realidad geográfica.

Este modo de operar, considerado básico en la dinámica registral, consistente en que, desde un punto de vista material, las fincas se pueden transformar –convirtiéndose formalmente en nuevas fincas– pero nunca desaparecer, al menos los metros cuadrados que las integran, actúa en cierta medida como una especie de mecanismo de subrogación real en la que, variando el objeto, el derecho se mantiene, salvo que medie el consentimiento de los interesados o afectados en orden a su novación o extinción.

Su fundamentación lógica, aparentemente impecable, resuelve el problema en la práctica mediante el sistema de arrastre de cargas y derechos como mecanismo de protección del principio del consentimiento en detrimento del principio de especialidad. Mediante el arrastre, los derechos y cargas que afectan o gravan una determi-

nada finca registral se trasladan a las fincas resultantes o afectadas por causa de alguna operación de modificación registral de agrupación, agregación, segregación o división. De este escenario derivan dos consecuencias inmediatas. La primera de ellas es la confusión material de los títulos de adquisición que identifican las fincas registrales que han sido modificadas. Aunque a través del historial registral de la finca se puede seguir la pista a las fincas, y a través de ellas, a los títulos previos a la operación de modificación registral, en la mayoría de los casos es virtualmente imposible determinar qué parte física de la finca resultante procede de cada título. Aunque desde un punto de vista formal y sobre el papel dichos títulos parecen permanecer identificables, su objeto (la finca registral originaria) se ha convertido, en el mejor de los casos, en una cuota parte de la finca resultante –si se trata de una operación de suma– o se traslada íntegramente –en caso de operación de resta– las nuevas fincas resultantes de dicha operación. Si además combinamos ambos tipos de operación –segregación de una parte de una finca para su agrupación con otra finca segregada para formar una nueva finca registral– estos efectos aumentan de manera exponencial.

A su vez, el desarrollo sucesivo y encadenado de este tipo de operaciones aumenta los efectos de la entropía en el funcionamiento del sistema en la medida en que aumentan los costes de transacción de manera irrecuperable situación que se pone de manifiesto cuando, por cualquier causa –por ejemplo, la nulidad de un título de adquisición– hubiera de darse marcha atrás hacia la *restitutio in integrum* de alguna de las fincas registrales afectadas por el sistema de arrastre de derechos.

La segunda consecuencia, originada por la sistemática falta de conexión de la finca registral con la realidad física del territorio, consiste en el crecimiento gradual de este tipo de desinformación, efecto que se va incrementando a medida que las fincas registrales se transforman. El sistema de arrastre puede convertir –de hecho convierte– el principio de especialidad en inoperante respecto del vínculo entre el derecho y su objeto material, que opera mediante el título, del que a su vez se nutre el principio de especialidad. La desconexión se acentúa a medida en que, a causa de las operaciones tabulares de modificación de las fincas registrales, se van confundiendo los títulos, sobre los que se fundamenta la relación derecho-objeto.

Los efectos se producen tanto respecto de los derechos que llevan aparejada la posesión o el uso del inmueble –o de parte de él– como de los derechos que no suponen posesión del objeto, en especial los derechos reales de garantía y, entre ellos, la hipoteca.

En estos supuestos, el incremento de los costes de transacción que supone en muchos casos el intento de redefinición de los objetos de los derechos inscritos a través del sistema de fincas registrales, da lugar a situaciones de muy difícil solución práctica, que condicionan de forma significativa las transacciones inmobiliarias y que repercuten a la postre en la seguridad del tráfico uno de cuyos más robustos pilares quiere ser el principio de especialidad.

Las figuras A y B describen de una forma esquemática ambos escenarios.

En el primer supuesto, que describe la figura A, la finca 1 está afectada por una determinada restricción del uso (por ejemplo, una servidumbre) que si bien se halla situada en una parte del territorio que ocupa dicha finca, la ausencia de información geográfica impide al sistema suministrar este dato, es decir, la localización geoespacial exacta de la restricción. En la medida en que no se dispone de información gráfica de la finca, no se puede determinar geográficamente el punto exacto en dicha finca o la zona de la misma, afectada por la restricción. La consecuencia inmediata es que cualquier sucesiva modificación (agrupación, agregación, segregación, o división) supone automáticamente el arrastre de la restricción a las fincas resultantes o afectadas por la operación, sin poder determinarse con exactitud en qué finca está realmente situada la restricción.

El efecto de esta disfunción es el de que cualquier finca resultante de una operación de este tipo queda afectada de forma negativa por la restricción. Esto es, no se afirma que la finca está afectada sino que se dice que puede estar afectada. En otras palabras, que no se sabe si está o no está afectada, En este caso, el sistema de información desinforma al usuario, mediante un recurso escapista basado en el argumento de la duda fundada.

La figura B recoge el supuesto contrario, en el que el sistema dispone de información geográfica y por consiguiente se puede ubicar exactamente la restricción (marcada en la figura B con un círculo negro) sobre la parte de territorio que ocupa la finca. Los efectos derivados su geolocalización, en el caso de modificación de la finca son diametralmente opuestos, ya que la restricción sólo afecta a la

parte de la finca donde está realmente situada y se dispone de este dato acerca de la misma.

De esta forma, en el primer supuesto (Figura A) la última finca resultante de la cadena de modificaciones (la número 16) resulta afectada por la restricción por causa de los efectos del arrastre mientras que en el segundo supuesto (Figura B) no ocurre lo mismo, puesto que al disponer de información geográfica sobre la situación de la restricción, se sabe que ésta no se halla en la parte de territorio ocupado por la última finca (la número 16).

Si se comparan ambos supuestos se puede apreciar claramente la parte de territorio que resulta afectada en cada caso por la restricción, o mejor dicho, por la información de que se dispone acerca de la ubicación de la misma. La información gráfica no sólo acerca de los inmuebles sino también de los distintos elementos que los componen, resulta esencial para una gestión jurídica eficiente del territorio.

V. CONCLUSIONES: LA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE FINCA REGISTRAL

Sobre estas premisas parece de todo punto aconsejable una revisión del concepto de finca registral, habida cuenta de que ni el Código Civil ni la legislación hipotecaria suministran una definición legal de la misma. Ha sido la doctrina y la literatura registral las que han abordado esta tarea definiendo la finca registral como un trozo de superficie terrestre, perimetralmente cerrado y con unidad de titularidad.

Mediante esta técnica descriptiva se intenta cohonestar el concepto de derecho real, entidad básica del sistema de base de datos registral, con el concepto de inmueble, puesto que el Registro de la Propiedad se halla encuadrado dentro del conjunto de los sistemas de información territorial y como consecuencia de ello ha de estar permanentemente conectado con el territorio. Sin embargo el concepto de bien inmueble –y la finca registral lo es– no tiene carácter unívoco. La concepción de lo que sea un bien inmueble ha experimentado una profunda evolución en su condición de activo territorial. Dos circunstancias bien definidas, y conectadas entre sí, han contribuido significativamente a tejer el hilo conductor de este

proceso. En primer lugar, el espectacular incremento del fenómeno edificatorio durante el último tercio del siglo pasado y los comienzos de éste han dado lugar a una acusada situación de asimetría entre los bienes inmuebles de naturaleza urbana y los de carácter rústico, que eran precisamente la clase de bienes sobre los que se construyó realmente el concepto clásico de finca registral, hasta el punto que la delimitación legal de los bienes de naturaleza rústica se lleva a cabo desde un punto de vista residual y negativo, definiéndolos como bienes no urbanos o no urbanizables. En segundo lugar, y anudado a lo anterior, el desarrollo de la construcción y la ordenación del urbanismo han propiciado la aparición, como elementos permanentes del paisaje jurídico urbano, de situaciones permanentes de comunidad, dotadas de estabilidad institucional y con carácter finalista, afectas a la explotación privativa –el uso– de los bienes inmuebles en el marco previsto por el correspondiente planeamiento urbanístico.

Estas circunstancias se han aunado para contribuir de forma significativa a la necesidad de proceder a la revisión del concepto tradicional de finca registral y, a través de él, del principio de especialidad registral.

De esta forma, fenómenos jurídico-sociales ampliamente extendidos como es el caso de la propiedad horizontal –caracterizada por la existencia de elementos comunes de carácter indivisible al servicio del inmueble y de los elementos privativos– han puesto en cuestión el mecanismo del folio real que había sido desarrollado por la legislación y doctrina hipotecaria bajo las pautas del principio de especialidad. No hubo más remedio que reconocer la posibilidad, cada vez más frecuente, de quiebra del sistema de unidad de folio –cada finca, un folio– y aceptar la posibilidad de que una misma finca registral pueda estar contenida en dos o más folios al mismo tiempo.

Esta casuística había sido rápidamente asimilada por el sistema, por la vía de la excepción, encuadrando estos supuestos dentro de la categoría de las llamadas fincas registrales especiales que contempla el artículo 8 de la Ley Hipotecaria. Pero la necesidad de dotar de un marco legal estable a la vinculación jurídica de bienes inmuebles físicamente separados entre sí y necesaria para la racional explotación de los bienes inmuebles, como podría ser el caso de los garajes y trasteros vinculados *ob rem* a los pisos y departamentos correspondientes, dio lugar a la recuperación de otro tipo de finca

que dormía plácidamente en el limbo de las fincas especiales –los *frikis* hipotecarios– cuál es el concepto de finca registral discontinua, también regulada por el artículo 8 de la Ley Hipotecaria.

Pero aun así se mantiene y resiste la estrecha relación entre finca registral y título de adquisición dibujada por el principio de especialidad, de tal forma que sigue muy difícil o extremadamente inviable la posibilidad de crear una finca registral de dos títulos de adquisición diferentes y mantener al mismo tiempo la identificación o individualización física de la parte de finca adquirida en virtud de cada uno de dichos títulos, si es que alguna vez había estado realmente identificada. Habrá de acudir al expediente de la proindivisión o al de las operaciones de suma de fincas registrales (agrupaciones o agregaciones) en los que la conexión inmueble-título de adquisición se diluye hasta desaparecer. Además, a la vista del importante peso específico, tanto cuantitativo como cualitativo, que este tipo de inmuebles tiene dentro del sector inmobiliario, no muy adecuado referirse o utilizar el concepto residual de finca registral especial para regular este tipo de situaciones sino más bien al contrario cabría preguntarse si dicho tipo de fincas constituyen realmente una excepción a lo que deba entenderse por finca registral.

La consecuencia práctica del significativo incremento de los costes de transacción que supone el manejo simultáneo de varios folios registrales siempre bajo la sombra, muchas veces bloqueante, del dogma de la intangibilidad del título constitutivo de la propiedad horizontal, entendido éste desde un punto de vista meramente formal, puede constituir otra línea argumental que apoye la necesidad de redefinición de la finca registral.

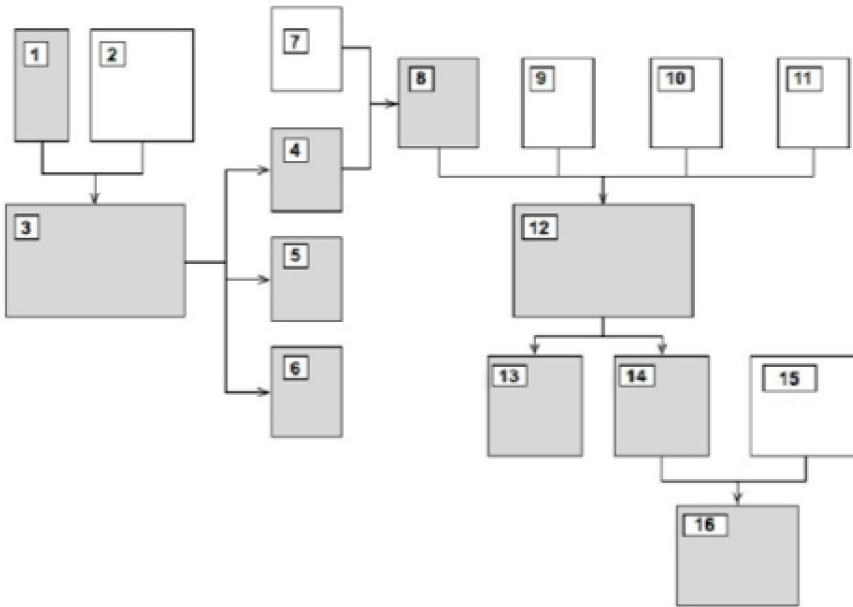
Tal vez una posibilidad de solución de este callejón, muchas veces un callejón sin salida y otras el callejón del gato, pasa por la diferenciación conceptual entre el título de adquisición y la titularidad del inmueble ya que, aunque la segunda dependa del primero –sistema de adquisición derivativa– ambas cosas no son realmente lo mismo. Habría que distinguir entre el título de adquisición de un inmueble y la función económica –el uso– asignado al mismo. Todo ello basado en la identificación física del inmueble, esto es, su forma, superficie y situación geográfica. De esta forma cabría la posibilidad de aceptar como un único inmueble registral a aquellos integrados por varias unidades o trozos provenientes de diferentes títulos de adquisición y sin necesidad de agrupaciones o agregaciones previas. Y

esta posibilidad no es contraria al principio de especialidad registral habida cuenta de lo que debe perseguir la especialidad es la exactitud de la información a través de su certeza –la imposibilidad de confusión– y no la exactitud mediante la uniformización artificial y forzada de los bienes inmuebles. Se trata en última instancia de describir exactamente la realidad de tal forma que la información sea un vehículo de comunicación y no un corsé para constreñir o deformar dicha realidad.

Y ello quizás se conseguirá mejor mediante la identificación física de los inmuebles en la forma que el desarrollo de la cartografía ha puesto a nuestra disposición que mediante la asignación de un número y un folio registral a cada título de adquisición.

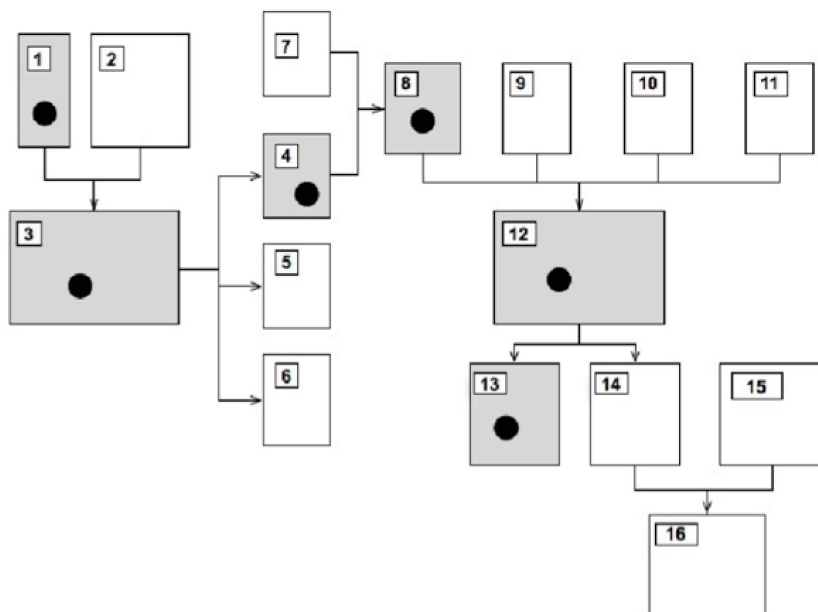
VI. FIGURAS A Y B: EL ARRASTRE DE CARGAS

FIGURA A



En la figura (A) la finca 1 está afectada por una restricción en favor de otro inmueble, que afecta a una parte concreta del territorio que ocupa dicha finca. Sin embargo, como esta finca no está descrita gráficamente, no es posible saber en qué parte exacta de la misma se halla dicha restricción. Cuando la finca 1 se agrupa con la finca 2 para formar la finca 3, la restricción se *arrastra* a ésta última. Seguidamente la finca 3 se divide en las fincas 4, 5 y 6. Como se sigue sin saber donde se halla situada la restricción, 1 se sabe en cual de las tres fincas está, por lo que se afectan las tres a la restricción, aunque ésta, por definición sólo puede estar en una de ellas. Una de las fincas resultantes de la división, la finca número 4, se agrupa con la finca número 7 para crear la finca 8, que a su vez se agrupa con las fincas 9, 10 y 11 para formar la finca número 12, que al proceder en parte en parte de la 8, queda también afectada por la restricción. La finca 12 se divide a su vez en las fincas 13 y 14 que se agrupan con la número 15, para formar la finca 16. Como no es posible saber si la restricción está o no sobre esta finca (la 16) ya que caben perfectamente ambas posibilidades, la finca 16 queda también gravada con la restricción. El tiempo transcurrido y las transacciones realizadas a partir de la agrupación de la finca número 1 imposibilitarán o dificultarán significativamente una eventual marcha atrás para determinar la ubicación geográfica de la transacción (entropía).

FIGURA B



La figura (B) recoge un sistema de información territorial en el que las fincas están descritas gráficamente y georreferenciadas. Es decir, si la finca georreferenciada, la parte de territorio que la integra también lo está. Cuando se agrupan las fincas 1 y 2, la restricción, marcada con un círculo (●) continúa manteniendo su ubicación geográfica. De esta forma, cuando la finca 3 se divide en las fincas 4, 5 y 6, la restricción mantiene su ubicación espacial, en este caso en la finca 4. De ahí pasa a la finca 8, resultado de la agrupación de las fincas 7 y 4, y después, a la 12, cuando se agrupan las fincas 8, 9, 10 y 11. Cuando la finca 12 se divide en las fincas 13, 14 y 15, la restricción mantiene su ubicación geográfica en la finca 13 y no afecta a la finca 16, resultado de la agrupación de las fincas 14 y 15.

HACIA LA EFECTIVA IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Alfonso Cavallé Cruz

Notario

SUMARIO

- I. HUELLAS ANCESTRALES DE HUMANIDAD
- II. ALGUNOS ANTECEDENTES EN LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA
- III. DISCRIMINACIÓN Y DISCAPACIDAD
- IV. DIGNIDAD ONTOLÓGICA DEL SER HUMANO
- V. DIGNIDAD, LIBERTAD E IGUALDAD
- VI. LA NATURALEZA SOCIAL DE LA PERSONA
- VII. EL VALOR ESENCIAL DE LA PERSONA
- VIII. LA CONFUSIÓN ENTRE VIDA DIGNA Y VIDA SANA
- IX. EL SER Y EL TENER
- X. LOS RETOS DE SABER DAR Y SABER RECIBIR
- XI. LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO DE 6 DE DICIEMBRE DE 2006

I. HUELLAS ANCESTRALES DE HUMANIDAD

Se suelen señalar como pruebas de los inicios de la cultura y civilización y, por tanto, de la misma humanidad, manifestaciones como el arte, el lenguaje y otros comportamientos, entre ellos los mantenidos respecto de los demás miembros del grupo, como el culto a los antepasados, la consideración a los mayores o el cuidado a los más débiles, que implican un reconocimiento del valor y dignidad de las personas. Estas formas de actuar demuestran una sensibilidad, que intuye el valor superior de la persona que le distingue de los animales y de las cosas.

Los primeros enterramientos conocidos fueron obra de los neandertales.

Se cree que alcanzaron un alto grado de humanidad, como lo prueba el cuidado que dispensaban a sus impedidos y ancianos o la forma en la que inhumaban a sus difuntos. Entre los ejemplos que así lo atestiguan se encuentran los hallazgos arqueológicos de los montes Zagros del Kurdistan iraquí. Destaca un enterramiento ritual, concretamente en la cueva Shanidar IV, donde se encontró un esqueleto en posición fetal, con evidencias de que el cadáver fue depositado sobre un lecho tejido con plantas y su cuerpo cubierto de flores. El estudio de los demás restos fósiles de esos montes y de otros lugares, como el encontrado en la localidad francesa La Chapelle-aux-Saints, conocido como "*Viejo de la Chapelle*", también prueban que los neandertales asistían a los ancianos y enfermos. Algunos proponen que esto ya era común incluso en el *homo erectus*, y ponen como ejemplo el fósil de Dmasani, en Georgia, de 1,77 millones de años de antigüedad.

II. ALGUNOS ANTECEDENTES EN LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

El concepto de dignidad del hombre, como recuerda CASTÁN, es de profunda raigambre cristiana (cfr. José CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*. Madrid 1976, p. 65), en cuya asimilación y aceptación también ayudó la influencia del estoicismo. Para el cristianismo la dignidad humana deriva de la filiación divina: todos los hombres son hijos de Dios, con la consecuencia de que todos son iguales al compartir un mismo Padre. La fraternidad implica que la conducta respecto de los

demás, incluso con los enemigos, debe estar presidida por la caridad, entendida como el amor al prójimo, y por actitudes como la benevolencia, la clemencia, la misericordia o la compasión. También la doctrina cristiana contribuyó a la formulación del concepto de libertad personal y su corolario, la responsabilidad por las decisiones libremente asumidas. La idea de dignidad caló en muchas legislaciones del continente europeo influenciadas por el cristianismo; así Alfonso X el Sabio, en la Partida VII, tít. 1, Ley 26 declaraba: *"La persona del ome es la más noble cosa del mundo"*. Pero ni siquiera en los países europeos y sus colonias, en los que la influencia de la doctrina cristiana fue intensa, se llegó a eliminar las desigualdades y tampoco se respetó la libertad de todos los hombres. Muchas fueron las discriminaciones socialmente aceptadas. Lo demuestra la pervivencia de instituciones tan contrarias a la dignidad, libertad e igualdad de las personas como la esclavitud, que se mantuvo vigente hasta fechas muy recientes. En Cuba, que todavía formaba parte de España, estuvo vigente hasta el reinado de Alfonso XII, aboliéndose el 17 de febrero de 1880. En el plano internacional, los Convenios sobre la materia son recientes: la Sociedad de Naciones aprobó el 25 de septiembre de 1926 el *Convenio sobre la esclavitud*; y el 7 de septiembre de 1956 las Naciones Unidas aprobaron la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*.

La construcción moderna del concepto de dignidad humana es debida principalmente a Immanuel KANT. Para KANT la dignidad es un atributo de todo ser perteneciente a la especie humana en tanto que miembro de una comunidad de seres morales. Según KANT: *Si suponemos que hay algo cuya existencia en sí misma posee un valor absoluto, algo que como fin en sí mismo puede ser fundamento de determinadas leyes, entonces en ello y sólo en ello estaría el fundamento de un posible imperativo categórico, es decir, de una ley práctica. Ahora, yo digo que el hombre y, en general, todo ser racional existe como fin en sí mismo y no sólo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad*.

III. DISCRIMINACIÓN Y DISCAPACIDAD

La dignidad, cualidad esencial e indisponible de todos los seres humanos, hoy se reconoce en numerosas constituciones y tratados

internacionales, destacando la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que, con rotundidad, proclama en el artículo 1 del Preámbulo que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Hemos de tener presente que este reconocimiento, que puede parecer evidente, no deja de ser un ideal y dista de ser una realidad en la mayoría de las naciones. Todavía, en los comienzos del siglo ^{XXI}, son muchas las discriminaciones que subsisten por razones de raza, religión, sexo, discapacidad y otras. Del mismo modo que ocurrió con instituciones odiosas como la esclavitud, que se mantuvieron arraigadas y socialmente aceptadas hasta tiempos muy recientes, y de la que todavía existen manifestaciones, también será imprescindible para la erradicación de otras situaciones injustas, como la que padecen los discapacitados, además de un profundo cambio en los ordenamientos jurídicos, un cambio cultural y sociológico a fin de que dejen de tolerarse socialmente discriminaciones arraigadas que perviven como atavismos heredados de un pasado no superado.

Uno de los grupos sociales que desde hace siglos sufren estas persistentes situaciones de discriminación es el de las personas con discapacidad que se calcula son aproximadamente 650 millones, un diez por ciento de la población mundial. Esta situación de flagrante injusticia continúa siendo una lamentable realidad presente, como evidenció la principal organización internacional de la humanidad, las Naciones Unidas, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. El texto de la Convención, sin tapujos y con meridiana claridad, reconoce esta deplorable realidad que se perpetúa desde hace siglos: *Las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo.* También pone en evidencia una terrible consecuencia de esa secular discriminación y falta de respeto a este colectivo: *que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza.* Esta realidad de discriminación hunde sus raíces en convicciones, prácticas y costumbres inveteradas derivadas de una deficiente concepción ética en la sociedad, que hace que el fenómeno de la discapacidad sea visto de forma negativa. La solución exige un cambio de concepción, actitud y percepción social hacia personas, que haga apreciar su presencia como algo enriquecedor y normal.

La discapacidad es una realidad cotidiana; todos en algún momento de nuestra existencia hemos sido o seremos discapacitados en mayor o menor medida. Hasta la persona que disfruta de la mejor salud física, tiene limitaciones o carece de conocimientos o habilidades que hacen que necesite de los demás y de la sociedad para vivir. Pero la discapacidad a la que ahora nos referimos queda circunscrita a la definida en el artículo 1 de la Convención de 13 de diciembre de 2006: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

IV. DIGNIDAD ONTOLÓGICA DEL SER HUMANO

La dignidad es la piedra angular en la que se apoyan y fundamentan los derechos humanos. La persona es un fin, un absoluto en sí misma, no puede ser condicionada por una realidad igual o inferior ni ser tenida como un medio, que sería tanto como degradarla a la categoría de instrumento para el logro de fines ajenos.

Cada persona es merecedora de todo el respeto que exige su propia dignidad, que tiene por sí misma, no en función de otras cosas o de otras personas. La dignidad le corresponde a cada persona por la sola pertenencia al género humano, sin que nadie tenga la facultad de darla ni de negarla. Así, toda persona por el solo hecho de serlo, es digna y merecedora de un respeto incondicional que obliga a todos. La obligación, que incluye la de respetar nuestra propia dignidad y la del otro, además de ser un límite a la propia autonomía, es premisa para la vida en sociedad, que sólo se puede sustentar en el reconocimiento y respeto mutuo, base de una convivencia justa y pacífica. Cuando alguien realiza un acto contrario a la dignidad de un semejante, su igual, deja también de reconocer este atributo a la misma humanidad y a sí mismo.

A la persona no se le puede poner precio. Según KANT *en el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Para lo que tiene precio, se puede poner en su lugar algo como equivalente; en cambio, lo que está sobre todo precio, sin tener por tanto, un equivalente, es lo que posee dignidad*. Cada persona es única e insustituible,

a diferencia de los objetos que son útiles, negociables, sustituibles, manipulables y evaluables. Esta dignidad ontológica de la persona deriva del propio ser.

La *dignidad ontológica* no puede confundirse con la *dignidad moral*, que no nace del ser sino del obrar, es consecuencia de los actos, del ejercicio autónomo de la voluntad. Mediante el ejercicio de su libertad el hombre puede perfeccionarse o denigrarse, ganar o perder dignidad moral. Con sus obras unos se hacen moralmente dignos, merecedores socialmente de reconocimiento, otros se hacen indignos y merecedores de reproche, incluso de la sanción. Pero un delincuente nunca pierde su dignidad ontológica como ser humano, aunque su conducta llegue a ser indigna moralmente.

V. DIGNIDAD, LIBERTAD E IGUALDAD

La dignidad del ser humano está unida a su naturaleza de ser libre. Cada persona, por sí y autónomamente, ha de determinar el fin de su propia existencia y elegir los medios para alcanzarlo. La consecuencia directa y natural del ejercicio autónomo de la libertad es la responsabilidad por los propios actos. Dignidad, libertad e igualdad son cualidades innatas de cada persona que el Derecho se limita a reconocer y proteger, y los Estados deben procurar su realización efectiva para todos.

En el ejercicio de la libertad civil sobresalen las relaciones jurídicas. Por medio de ellas las personas crean, regulan o extinguen vínculos con fuerza obligatoria. Esta autonomía personal atañe al libre desarrollo de la personalidad, como manifestación práctica de la libertad. Uno de los aspectos más novedosos de la Convención de 2006 es el principio de máximo respeto al ejercicio de la autonomía de la voluntad por las personas con discapacidad, lo que exigirá un cambio profundo del Derecho positivo español, hoy basado en la incapacitación, la tutela y curatela, para adaptarse a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención. Este precepto reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los valores dignidad, libertad e igualdad también inspiran la Constitución española. En su artículo 1.1 propugna como *valores superiores* del ordenamiento jurídico, *la libertad y la igualdad*. El artículo 10 reconoce que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la persona, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*. Y en el artículo 14 establece que *los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Las desigualdades por razón de discapacidad pueden encuadrarse dentro de las que el artículo 14 llama “*derivadas de otra condición o circunstancia personal o social*”. En beneficio de las personas con discapacidad, además de las obligaciones que impone el art. 49 de la Constitución de llevar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración, los poderes públicos tienen otras obligaciones de mucho mayor alcance. Les corresponde la realización efectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad sin que puedan mantener actitudes pasivas ante las desigualdades y discriminaciones, muchas todavía existentes en nuestra sociedad.

Deben poner los medios para garantizar la igualdad de todos, incluidas las personas con discapacidad, como con carácter general impone el artículo 9.2 de la Constitución: “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. Para que la libertad e igualdad de las personas con discapacidad sea una realidad, además del reflejo y desarrollo normativo, será imprescindible promover condiciones favorables y remover los obstáculos que dificulten un cambio de actitud de la ciudadanía sobre el fenómeno de la discapacidad.

Cuando predomina un profundo convencimiento de la esencial dignidad de todos se tiene una sólida base para alcanzar el auténtico aprecio a la humanidad y el respeto de los derechos humanos. De este convencimiento surgen con naturalidad actitudes como la filantropía –o amor (*philo*) al hombre (*anthropos*)–, la caridad –(*agapê*) que comprende el amor al prójimo– o la benevolencia (*benevolentia*) querer bien a los demás, tener simpatía y buena voluntad hacia las

personas. Estas actitudes y virtudes hacia los semejantes facilitan la vida en común, la cooperación entre los hombres, la solidaridad, el interés por el logro del bien común y hacen que no se perciban los demás como enemigos, competidores o instrumentos de los propios fines, sino como iguales. Cuando falta la auténtica convicción de la dignidad esencial de toda persona deja de considerarse a los demás como semejantes, con lo que se abren las puertas a la discriminación, a las desigualdades, a deseos de dominación, abuso y a los correlativos sentimientos de temor, desconfianza y sumisión que son la tierra yerma en la que campan las malas hierbas de la codicia, la violencia, la opresión y otros vicios. En esa sociedad desigual la existencia en común no difiere de la vida entre fieras en un valle de sombras, un territorio cuyo paisaje es la dominación del fuerte y la opresión al débil. Como decía Plauto el hombre es un lobo para cada hombre cuando desconoce quién es el otro *–lupus homo homini est, non homo, quom qualis sit non novit–*. Por el contrario cuando en una sociedad sus miembros conocen y reconocen la dignidad e igualdad de todos los hombres se favorece el imprescindible clima de benevolencia que facilita la vida en común, la colaboración, el respeto y se logra una sociedad en la que será más fácil el logro del bien común, de la paz, la justicia, la libertad y el desarrollo individual.

VI. LA NATURALEZA SOCIAL DE LA PERSONA

Es esencia del ser humano su singularidad y su unicidad, por lo que debe contemplarse y respetarse como persona individual, pero también por naturaleza es un ser social, necesita la sociedad. De ella forma parte, obtiene medios para subsistir, protección y ayuda para desarrollar sus capacidades naturales. También ha de respetar sus normas y contribuir en la medida de sus posibilidades a la consecución del bien común.

Todos tienen el deber y el derecho de desarrollar sus potencialidades y participar en la construcción de la sociedad, sin que nadie pueda quedar al margen. La efectividad de esta contribución implica también la correlativa obligación de la sociedad que ha de poner los medios adecuados, especialmente cuando se trata de personas con discapacidad: accesos, educación, rótulos, imágenes, vehículos, libros, audiovisuales, cuidados especiales, o cualquier otro que sea

necesario para conseguir una efectiva integración en la vida de la sociedad. Las diferencias de hecho, consecuencia de las distintas habilidades y capacidades que tenemos todos y cada uno de los seres humanos, deben ser tenidas en consideración por la sociedad para aprovecharlas y en su caso compensarlas.

El objetivo es que todos puedan participar en condiciones de justa igualdad en la construcción de la sociedad y tengan posibilidades reales de vivir su propia existencia y decidir con autonomía. Cuando la comunidad presta atención especial a los más necesitados diluye las diferencias fácticas y contribuye a crear una sociedad justa en la que es posible la igualdad y la libertad, presupuestos necesarios para el crecimiento de la sociedad y el desarrollo libre de la personalidad individual. Con la colaboración mutua se logra mejorar la convivencia y, consecuentemente, mejora la comunidad, que se ve enriquecida por el respeto mutuo y concordia, que allana el camino hacia el abatimiento de la pobreza, el desarrollo social, el bien vivir y la paz.

Es compromiso de la comunidad que todos sus miembros, entre los que se encuentran las personas con discapacidad, puedan de forma práctica y efectiva participar en igualdad de condiciones en la vida social. La sociedad nos facilita el aprendizaje, cultura, normas, organización social, infraestructuras y cubre otras necesidades básicas para la existencia. De los otros recibimos experiencias, enseñanzas, compañía, afecto, ayuda, colaboración, que son imprescindibles para llevar una vida con normalidad.

Desde el mismo momento del nacimiento y durante toda la existencia humana se necesita a los demás para vivir y desarrollarse. También la sociedad y su organización precisa de la aportación de cada uno de nosotros. Con el desarrollo de nuestras habilidades personales podemos cooperar, ser solidarios y trabajar por el bien común, el del prójimo, el de la persona y el de la comunidad. Todos nos vemos afectados, en mayor o menor medida, por los actos de los demás. En determinados momentos de nuestra vida, por razones de salud o edad, tendremos más disminuidas nuestras capacidades, por lo que se hace más evidente la necesidad de una especial atención de la sociedad para que podamos desarrollarlas en plenitud. Pero, incluso en esos momentos, siempre todos podremos aportar nuestras capacidades y habilidades en beneficio de los otros, aunque a veces esta aportación se limitará a nuestra mera presencia.

VII. EL VALOR ESENCIAL DE LA PERSONA

Cuando se niega la dignidad a ciertas personas o grupos de personas, la conciencia queda oscurecida y deja de apreciar el valor esencial que encierra cada una de ellas. Entre enero de 1940 y agosto de 1941, en la Alemania nacionalsocialista, se calcula que, aproximadamente, 70.000 enfermos fueron asesinados en hospitales psiquiátricos por profesionales inicialmente encargados de su cuidado y custodia, sin que se opusieran a su nueva función. Las consignas para su eliminación sistemática fueron argumentos exclusivamente utilitaristas: el gasto económico, los esfuerzos y recursos que suponía el mantenimiento de "*seres sin valor*".

La experiencia de los profesionales que participaron activamente en homicidios de discapacitados, sirvió para envilecer y corromper la escala de valores de estos expertos en eutanasia, lo que facilitó que poco después no tuvieran escrúpulos en colaborar en el genocidio contra judíos, gitanos y otros miembros de la familia humana. Este camino de retorno a la más oscura barbarie vino precedido y allanado por doctrinas *científico jurídicas* que pocos años antes propugnaron como beneficioso para la comunidad eliminar a seres *desprovistos de valor*, como los discapacitados, nacidos o por nacer, y que tuvieron valedores en algunos países occidentales en los años previos al auge del nacionalsocialismo.

Descolló en Alemania una publicación conjunta del jurista Karl BINDING y del psiquiatra Alfred HOCHÉ, con un revelador e inquietante título: "*La autorización para eliminar a los seres humanos desprovistos de valor*", editada en Leipzig en 1920. La oposición durante el régimen nazi al homicidio de discapacitados fue escasa, con algunas excepciones como el Obispo de Münster, August von Galen, que denunció esta práctica y tuvo el valor de enfrentarse al régimen nazi en sus conocidas homilías de julio y agosto de 1941.

Las desconsideraciones hacia ciertos grupos de personas, como las que acabamos de señalar, en las que se llega a extremos de brutalidad inhumana, son sólo manifestaciones graves de las discriminaciones que históricamente han padecido. Lamentablemente, aunque se ha avanzado en las últimas décadas en la eliminación de algunas discriminaciones por razones de discapacidad, muchas continúan arraigadas y vigentes en bastantes países *civilizados*, amparadas por legisladores, medios de comunicación, grupos, costum-

bres, ideologías y doctrinas científicas. Algunas no dudan en abogar por privar del más elemental de los derechos, la vida, a seres humanos concebidos e, incluso, nacidos que no son considerados *normales* dentro de los parámetros aceptados socialmente. Es el caso del infanticidio y el aborto por razones eugenésicas.

Desconocen los partidarios de esta “*solución*” que lo que hace digno al ser humano no son sus mayores o menores habilidades o dificultades para desplazarse, moverse o razonar. Tampoco tienen en consideración que la felicidad del ser humano no está en sus cualidades, destrezas y habilidades físicas. Incluso olvidan que las limitaciones son las más de las veces retos superables y que una persona con discapacidad puede llegar a ser mucho más hábil que la inmensa mayoría de los que no la tienen. Por ejemplo, en el mundo de los deportes en el año 2013, el velocista brasileño Alan Oliveira, al que le faltan las dos piernas, en Lyon recorrió 200 metros en 20,66 segundos (el récord de España está en 20,51) y, en la prueba de 100 metros, empleó 10,77 (el récord de España está en 10,14). En la música clásica Beethoven, en el jazz Michel Petrucciani, Django Reinhardt o Tete Montoliu, en el rock Tony Iommi, Rick Allen o Ian Dury, en el blues, Blind Lemon Jefferson o Jeff Healey, en la música soul Stevie Wonder o Ray Charles, entre otros muchos, son ejemplos de músicos que, a pesar de sus discapacidades, sobresalieron como intérpretes, compositores o por su virtuosismo en el manejo de sus instrumentos. Otro ejemplo muy conocido, que incluso ha sido llevado al cine, es el de la norteamericana Helen Keller, que antes de cumplir los dos años de edad quedó ciega, sorda y muda, a pesar de lo cual destacó como activista, escritora y conferenciante. La señora Keller pudo superar sus limitaciones funcionales, con la ayuda de su familia y de su amiga y profesora Anne Sullivan, y llegar a ser una de las mujeres más relevantes e influyentes del siglo xx.

También pueden ponerse ejemplos en cualquier otra disciplina o actividad. Pero lo que es realmente más importante: una persona con una discapacidad puede ser igual de feliz y puede hacer felices a los que les rodean, del mismo modo que lo puede ser y hacer el más agraciado, apolíneo y hercúleo de los mortales. Ello dependerá principalmente de la propia persona y de su círculo social.

En una entrevista publicada el 9 de mayo de 2011 en el New York Times, la entrevistadora, Claudia Dreifus, le decía al entrevistado: “*A pesar de su enfermedad le ha ido muy bien*”. El entrevistado,

Stephen Hawking, contestó: “*Me ayudó tener un trabajo y que me cuidaran muy bien*” y “*soy más feliz ahora que antes de desarrollar la enfermedad*”. Y a la pregunta ¿qué aconsejaría a alguien que padeciese su enfermedad? respondió: “Mi consejo es que se concentren en lo que la discapacidad no les impide realizar bien y que no echen en falta aquello que no tienen. Que no sea discapacitado en espíritu, *aunque esté discapacitado físicamente*.”

El logro de la felicidad es una de las aspiraciones más comunes en los seres humanos. ¿Alguien puede anticipar quién va a ser más feliz a lo largo de su existencia: un niño con síndrome de Down u otro sin tal circunstancia cromosómica? Nadie puede anticiparlo. Cualquiera de los dos puede ser feliz o infeliz. El ser humano, independientemente de sus circunstancias, siempre puede dar y recibir, acoger y ser acogido, ayudar y ser ayudado, querer y ser querido, amar y ser amado. Mi experiencia personal me lo confirma. Disfruto de un sobrino con síndrome de Down, del que puedo afirmar que es feliz y es el más querido, apreciado y popular de todos los miembros de mi familia. Gracias a la prudencia de su madre que optó por no seguir los consejos que prescribían un *aborto eugenésico* hoy todos disfrutamos del buen humor, ternura, cariño y compañía de mi sobrino. La lógica preocupación y disgusto inicial tras el parto, que duró unos breves minutos, fue recompensada con creces con alegría y felicidad continuada desde el momento en que lo vimos por primera vez, situación que dura hasta la fecha y ojalá continúe muchos años más.

Dar cariño y sentirse querido, estimar y ser estimado, es más reconfortante y satisfactorio que sentirse guapo o fuerte. Del peligro del aborto eugenésico no están a salvo ni siquiera los que no padecen discapacidades, ya que muchas pruebas prenatales dan resultados basados únicamente en probabilidades. Es sin duda la primera discriminación que padecen las personas con discapacidad, que tiene lugar incluso antes de su nacimiento, lo que demuestra que a las sociedades occidentales todavía les queda mucho para asumir con naturalidad el fenómeno de la discapacidad y lograr eliminar todo tipo de discriminación.

La sociedad tiene que dejar de considerar la discapacidad como algo indigno, anómalo, negativo o patológico. Estas manifestaciones de desigualdad por razones de discapacidad, se encuentra presente en el Derecho positivo de países *civilizados*, como es el caso de Ho-

landa que abrió las puertas a la eutanasia activa de ancianos y de recién nacidos con deficiencias psíquicas con la Ley de 10 de abril de 2001 y su antecedente en la ley 1993. Pero aún más preocupante es la amplia tolerancia que se aprecia en la opinión pública respecto de estas discriminaciones, que se ve avalada por defensores en el campo doctrinal como el filósofo utilitarista Peter Singer, que incluso propugna la vuelta al infanticidio en su trabajo *"Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética"*. Estas propuestas son un retroceso a épocas superadas de la antigüedad, como Esparta, donde los niños débiles eran eliminados en el monte Taigeto, o en la antigua Roma, en la que el padre de familia podía deshacerse de sus hijos arrojándolos desde la Roca Tarpeya.

La discapacidad continuará siendo causa de discriminación en tanto exista un amplio sector de la sociedad que considere la discapacidad como algo patológico, piensen que la vida del discapaz no es *vida digna* o sea aceptado sociológicamente que algunos seres puedan, por razón de su discapacidad, ser privados de sus derechos humanos fundamentales, como ocurre donde es aceptado, normativa o socialmente, el aborto eugenésico o el infanticidio.

En el caso de España esta discriminación también continúa vigente como hizo saber a comienzos del año 2012 el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) cuando hizo ver al Gobierno que en la legislación actual, se dan soluciones distintas de las generales en consideración exclusiva a la posible discapacidad del feto, lo que es contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. También recordaba el CERMI que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, dirigió al Estado español la siguiente observación: *"18. El Comité recomienda que el Estado parte derogue la distinción, que se basa únicamente en la discapacidad, que contempla la Ley 2/2010 en relación con el periodo durante el cual se puede interrumpir legalmente el embarazo."*

Con anterioridad, en marzo de 2009, en el *"Documento de posición del CERMI respecto de la regulación legal de la interrupción voluntaria del embarazo o aborto en los aspectos que guardan relación con la discapacidad"*, se decía que *"al admitir el aborto eugenésico, el que se practica para evitar el nacimiento de un niño o niña con discapacidad, y que implícitamente considera la vida de una persona con discapacidad como menos valiosa que la de otra persona sin"*

discapacidad, es discriminatoria desde una perspectiva exigente de derechos humanos y discapacidad, consagrada como norma jurídicamente vinculante en los planos internacional y nacional por la ya citada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La vida de las personas con discapacidad posee la misma dignidad y valor que cualquier otra vida y debe ser protegida por el ordenamiento jurídico en las mismas condiciones que el resto de vidas, y hasta allí donde llegue la protección legal”.

VIII. LA CONFUSIÓN ENTRE VIDA DIGNA Y VIDA SANA

El profesor Romano GUARDINI, que fue apartado de su cátedra por los Nazis en 1939, siguiendo a Friedrich Wilhelm FOERSTER, hizo ver *el peligro que supone la salud misma, que puede llegar a hacer a la persona insensible, y en un sentido, —dice— profundamente estúpida*. Y añadía que los cuidados que dispensa al débil protegen al fuerte mismo, le hacen ver la vulnerabilidad existencial y el trato bondadoso le permite comprender qué es la vida (Cfr. Romano GUARDINI. *Las etapas de la vida*. Madrid 1997. P. 114). Al igual que hace algunas décadas, durante el auge del nacionalsocialismo, también hoy en el mundo contemporáneo, en el que el pensamiento hedonista está muy extendido, algunos asimilan *vida digna* con *vida sana*, considerando como *sano* el cuerpo sólo cuando cumple los parámetros estéticos y de funcionalidad socialmente aceptados. Esta tendencia se percibe en una forma de vida, marcada por el *culto al cuerpo*, cada vez más extendida, que pone el cuidado de lo corporal por encima de otros valores como la amistad, la cultura o la solidaridad.

Cuando el cuidado del cuerpo se absolutiza, el fin de la persona queda reducido al logro de un físico adaptado a los dictados sociales y se corre el riesgo de entrar de lleno por la puerta de la frustración e infelicidad. En estos casos, la realización personal se autolimita a la dimensión corporal, que es individual y material, y reduce toda la potencialidad de la persona a una batalla perdida de antemano, pues la belleza y fortaleza física viene predestinada por un marcador inexorable e inapelable: el tiempo, que llevará al cuerpo a la derrota con la decrepitud, que es el futuro de todo cuerpo humano, cuando no se anticipa repentinamente la muerte. Para estas personas,

cuando su cuerpo deja de responder a los parámetros sociales de estética y funcionalidad, ven frustrado el objetivo principal de su sus esfuerzos, de su existencia, que es meramente corporal y hedonista, y ya sin finalidad: pierden el sentido de vivir.

Si la autorrealización queda atada a lo corpóreo, el fin del hombre se empequeñece y se liga al devenir de una herramienta: el cuerpo, con el resultado inevitable de la decadencia y una consecuencia, la insatisfacción.

La persona es más que su cuerpo. Cuando alguien se percibe a sí mismo y a los demás exclusivamente en su aspecto corporal, sólo ve objetos, por lo que no aprecia su dignidad. El cuerpo es un instrumento, como también lo es la inteligencia, con una dignidad absoluta en la medida en que es parte esencial del ser humano, pero aisladamente no deja de ser un útil con el que cada uno ha de cumplir su fin. Su valor o importancia sólo puede comprenderse en la medida en que va ligado al ser humano, pero nunca desligado de éste. Como de cualquier herramienta, se podrá hacer mejor o peor uso: como el pincel en manos del pintor.

La visión existencial reducida a lo corporal hace que cada vez sean más frecuentes, en personas jóvenes y llenas de salud, enfermedades o patologías derivadas de esta forma reduccionista de ver a la persona: anorexia, bulimia, vigorexia, trastornos psicológicos y obsesivos. ¿Qué vida es más digna: la del culturista, centrada en el cuerpo, o la del sabio, paralizado casi completamente, con un cuerpo que no cumple con ciertos parámetros del ideal socialmente aceptado? La respuesta es que los dos son siempre dignos ontológicamente. Lo que nunca sabremos de antemano es quien llevara a lo largo de su vida un comportamiento más ético, ni quién de los dos será el más feliz.

IX. EL SER Y EL TENER

Valor equivale a lo bueno, a lo que importa. La ordenación de la escala de los valores tiene importantes consecuencias prácticas en la vida de las personas y de las sociedades. Actualmente es cada vez más frecuente la tendencia de medir el valor del ser humano por "el tener". Si a la persona se le valora no por lo que es, sino por lo que tiene: dinero, salud, belleza, fama, poder, inteligencia,

prestigio, sabiduría, etc., se le estará desconociendo su esencia: la humanidad. Con esta forma de valorar a las personas, aplicando parámetros de raíz hedonista, utilitarista e individualista queda oscurecida su innata dignidad, y sin ella se da el primer paso para justificar la pérdida de sus derechos. Cuando el valor se hace pivotar en el *ser*, se percibe con claridad que todos los seres humanos somos igualmente dignos; pero cuando se hace descansar en el *tener*, la consecuencia es que inmediatamente surgen desigualdades, y se justifican conductas insolidarias, cuando no insociales, que hacen que el más fuerte, el que más tiene, pueda imponerse al más débil. La discapacidad se percibe entonces como una carencia, como un *no tener*, que como un velo oculta a la persona, al auténtico *ser*, cuyo valor deja de intuirse. Pero este predominio del *tener* sobre el *ser* no sólo condiciona a fenómenos como la discapacidad, sino que influye en otros muchos aspectos de la vida de los países.

Esto cada vez es más palpable en la economía y los negocios, donde cada vez son mayores las diferencias entre ricos y pobres. En la portada de una conocida revista, dedicada principalmente a la economía, podía leerse el siguiente titular de portada: "*Hay 7.200 millones de personas en el mundo, pero sólo 72 importan*" (Forbes, edición española, diciembre 2013). La afirmación deja entrever, con crudeza y sin pudor, esta concepción ética degradada y extendida en la sociedad moderna, que inspira la política y la economía actual.

Valores como la igualdad y la solidaridad, que enriquecen la vida social y facilitan la existencia de todos los seres humanos, se ven pospuestos ante el individualismo descarnado y cruel que da carta de naturaleza a vicios como la avaricia, la codicia y otras formas de egoísmo deshumanizante, que se han puesto de manifiesto en la reciente crisis financiera y en el abismo cada vez mayor entre ricos y pobres. En ese modelo económico inspirado por doctrinas neoliberales individualistas, conductas virtuosas como la *generosidad* pasan a ser percibidas como injustificables; creaciones como el *estado social o del bienestar* pierden su sentido; y valores como el *bien común* quedan relegados frente a la búsqueda del beneficio egoísta e individual. Como ya indicamos, uno de los anhelos principales y más comunes del ser humano es alcanzar la felicidad, pero olvidan estas concepciones hedonistas y utilitaristas que es más fácil para la persona llegar a encontrarla cuando se da a los demás. Es ahí

donde la persona alcanza cotas más altas de perfeccionamiento, de realización y de felicidad.

X. LOS RETOS DE SABER DAR Y SABER RECIBIR

En las relaciones interpersonales tanta importancia tiene el *saber dar* como el *saber recibir*. El que da corre el peligro de sentirse por encima de los demás pero, en muchas ocasiones, será más difícil la postura del que recibe, ya que también puede implicar luchar contra vicios como la vanidad, el orgullo o la soberbia. Ambos tienen que ejercer la virtud de la humildad. Cuando alguien da es más fácilmente perceptible ver que está ayudando al otro; pero las más de las veces será más meritorio y digno recibir, ya que con ello también se ayuda a otro: se hace feliz y mejora al que da, como seguidamente veremos. Y es que hay más felicidad en dar que en recibir. El que da o sirve a los demás con su tiempo, sus conocimientos, sus bienes, otras cualidades o su persona, si lo hace con sencillez y bienintencionadamente, al tiempo que contribuye al bien del otro y al bien común, se hace más generoso y mejora personalmente.

Todos tenemos el deber de contribuir al bien común, independientemente de las habilidades o destrezas con las que estemos dotados. Por tal razón, nadie puede quedar excluido de su tarea personal de mejorar la sociedad en la que vive, y en unas ocasiones le corresponderá dar y otra recibir o aceptar la colaboración de los demás. Ambas actuaciones, si se hacen con buena voluntad, son necesarias y valiosas para la mejora personal y social de ambas partes. Por el contrario, si no se hacen con buena voluntad o se hacen por motivos viles serán perjudiciales. Por ello todos pueden y deben contribuir al bien común, sin que quepan exclusiones o excusas nacidas de situaciones o de cualidades personales. La contribución depende más del *ser* que del *tener*, por lo que nadie queda excluido. Incluso los que tienen mayores limitaciones o incapacidades también deben ser una bendición para los demás, ya que con su sola presencia, con su persona, contribuyen a la humanización y mejora de la sociedad. Cuando permiten a los demás que les ayuden, aunque nunca puedan devolver el favor, se hacen dignos de ayuda y están contribuyendo a esta mejora, a perfeccionar al que da y a la sociedad.

Los bebés no pueden moverse, alimentarse, desplazarse, necesitan de sus padres y ¿cuántos padres y madres están dispuestos a dar la vida por su hijo? El bebé, que nada puede hacer ni dar, hace que sus padres sean mejores cuando le cuidan, enseñan, visten y alimentan.

Las conductas en favor de los demás perfeccionan a quienes las practican, benefician a la sociedad y contribuyen a fomentar la necesaria conciencia del compromiso desinteresado y a reparar en la necesidad de trabajar por el bien común y la felicidad de los demás. Las conductas soberbias o las egoístas, al contrario, son fuente de insatisfacción para el que las practica, de contrariedad para los que le rodean y son causa de deterioro social y sufrimiento. Por ello, incluso las personas que padecen un mayor grado de discapacidad, que les dificulta o impide realizar casi todas las actividades cotidianas, pueden con su sola existencia contribuir de forma positiva y directa a la mejora social y al bien común. La persona que es atendida, cuando con dignidad acepta la ayuda, puede experimentar el afecto de quienes le rodean, verse querida, respetada y valorada. Por su parte, del mismo modo, los que contribuyen a cuidar y atender a los demás, con su obrar dignifican al que recibe el cuidado y se dignifican ellos mismos.

Una sociedad es más satisfactoria cuando sus miembros son mejores personas. Por el contrario cuando lo común son las actuaciones vanidosas, soberbias o egoístas, y cada uno vela sólo por sus intereses, surge la desconfianza, el enfrentamiento y es una sociedad infeliz. Todos los estados han de buscar la felicidad y el buen vivir de sus ciudadanos. Esto se logra más fácilmente en las comunidades en las que la generalidad de sus miembros está dispuesta a esforzarse por el bien común. Las personas con discapacidades también deben darse a los demás, fomentando sus habilidades, incluso en los casos más extremos siempre pueden acompañar y ser acompañados, querer y ser queridos, respetar y ser respetados, amar y ser amados, ser y sentirse agradecidos, ser y sentirse útiles, apreciar y sentirse apreciados. La sociedad tiene el deber de poner los medios para que sea una realidad. Como recuerda José Ramón AYLLÓN: *Si no se quiere perjudicar seriamente la vida social, es preciso estar dispuesto a dar más y a recibir menos de lo debido, pues el exclusivo cálculo de lo justo deshumaniza las relaciones humanas.* (Cfr. José Ramón AYLLÓN, *Ética Razonada*. Madrid 1998. P. 116)

XI. LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO DE 6 DE DICIEMBRE DE 2006

Un paso fundamental de la humanidad, que inicia un luminoso camino, cuya meta es el logro de un mundo donde no existan discriminaciones hacia las personas con discapacidad, fue la aprobación del *Convenio internacional de los derechos de las personas con discapacidad* por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. El Convenio tiene un objetivo principal: *busca promover y proteger los derechos y la dignidad de estas personas. Entre sus principales expectativas está contribuir a paliar la profunda desventaja social de que son víctimas y promover su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural.*

Según el artículo 1 del Convenio, en su primer párrafo, el propósito de la Convención es *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.*

Y el artículo 3: *Los principios de la presente Convención serán:*

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;*
- b) La no discriminación;*
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;*
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;*
- e) La igualdad de oportunidades;*
- f) La accesibilidad;*
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;*
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

La Convención no supone por tanto el reconocimiento *ex novo* de derechos, parte del elenco de los ya reconocidos y que se reconozcan el futuro, pero se justifica en la imperiosa necesidad de hacerlos efectivos respecto de un grupo de personas que secularmente se han visto discriminadas y privadas de sus derechos: *las personas con discapacidad*. Como recuerda su Preámbulo, los principios de la

Carta de las Naciones Unidas proclaman que *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*, y, como no puede ser de otro modo, *la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano*, y por tanto un atentado a la base misma de la libertad, la justicia y la paz.

También recuerda la Convención, que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, *han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole*. Pero es un hecho histórico y sigue siendo una realidad cotidiana que, en muchas épocas, incluida la actual, y en la generalidad de los países, las personas con discapacidad padecen y sufren injustamente las consecuencias de la discriminación. Esta realidad es reconocida en la Convención cuando afirma que *se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo y que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza*.

La Convención supone un hito esperanzador en el propósito de superar las situaciones de discriminación que se perpetúan en el tiempo y llegar a la ansiada universalización de los derechos humanos respecto de todos los miembros de la familia humana. El objetivo es que en los Estados parte las personas con discapacidad puedan disfrutar de los derechos humanos de una manera efectiva, en un plano de igualdad con los demás, para lo que será necesario promover en los distintos países, incluida España, políticas dirigidas al establecimiento de medios y mecanismos que hagan realidad el goce en igualdad de sus derechos.

Este menester es evidenciado en el preámbulo cuando, tras reafirmar *la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*, reconoce que, como paso imprescindible para su realización, será necesario *garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación* y que para lograr el objetivo será necesario promover cambios sociológicos y normativos que permitan eliminar las *barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones*.

La nueva actitud frente al hecho de la discapacidad debe ir más allá del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, ha de comprender también el convencimiento social del valor que tiene la presencia y contribución que hacen y pueden hacer a la sociedad las personas con discapacidad. También ha de percibirse que además de sujetos de derechos, también lo son de obligaciones, en plano de igualdad con los demás ciudadanos, ya que todos hemos de contribuir, según nuestras habilidades y posibilidades, a la mejora y desarrollo de la sociedad en la que vivimos, a construir una sociedad basada en la justicia y la paz. Esta nueva visión del fenómeno de la discapacidad, que no pasa de ser una circunstancia en la vida de las personas y los pueblos, también queda reflejada en la convención cuando reconoce *el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades*. Las personas con discapacidad enriquecen con su existencia y con sus aportaciones a la sociedad en la que viven, por lo que también contribuyen a construir una sociedad más justa, pacífica y próspera. De la discapacidad tradicionalmente se ha tenido una visión parcial y limitada, contemplándola como una carga para la sociedad, por lo que se hace urgente corregir esta percepción y reconocer la innegable e insustituible aportación de todas las personas con discapacidad a la diversidad y al logro del bien común en la sociedad.

Cuando valores como la justicia, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la fraternidad, la paz, se hacen efectivos en las relaciones interpersonales, se benefician las personas y la propia sociedad en su conjunto. En la reciente historia de la civilizada Europa y de la humanidad tenemos los terribles ejemplos de lo que ocurre cuando se niega la dignidad e igualdad a grupos de personas o se les considera *seres sin valor*. En estos casos la experiencia nos dice que las consecuencias de la discriminación han sido funestas: la violencia del fuerte sobre el débil, la injusticia, la pobreza, el sufrimiento y la desaparición de la paz. Por el contrario, como reconoce la Convención, *la promoción del goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrá como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad, y en la erradicación de la pobreza*.

Para alcanzar una nueva sociedad libre de discriminaciones con las personas con discapacidad, como ya dijimos, no será suficiente con la reforma del marco legislativo, también será imprescindible que los poderes públicos promuevan cambios profundos en la percepción y sensibilidad social respecto del fenómeno de la discapacidad. De esta necesidad fueron conscientes los otorgantes de la Convención que, en su artículo 8, bajo la rúbrica *toma de conciencia*, obliga a los estados partes a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para sensibilizar a la sociedad, luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas, y promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

En el mensaje dirigido a los participantes en el Simposio sobre la dignidad y derechos de los discapacitados mentales el 5 de enero de 2004, decía Juan Pablo II: *La discriminación basada en la eficiencia no es menos censurable que la que se realiza basándose en la raza, en el sexo o en la religión. Y añadía: además del reconocimiento de los derechos, es preciso un compromiso sincero de todos para crear condiciones concretas de vida, estructuras de apoyo y defensa jurídicas capaces de responder a las necesidades y a las dinámicas de crecimiento de la persona discapacitada y de los que comparten su situación, comenzando por sus familias.*

NOS SUMERGIMOS EN LA PLURALIDAD. CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y DESPLAZAMIENTOS PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES

Inmaculada Espiñeira Soto

Notario

Resumen: Este trabajo versa sobre el contenido de las capitulaciones matrimoniales y analiza los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges; se hace hincapié en la autonomía de la voluntad en este contexto y sus límites; se examina la extensión y restricción de los regímenes de comunidad y la causa matrimonial. Se estudia la creación de comunidades para mitigar el potencial desequilibrio de los regímenes matrimoniales de separación de bienes. Se constata que la tipicidad no es una característica necesaria del régimen económico matrimonial en nuestro Ordenamiento Jurídico. La escritura pública garantiza que los pactos se alcancen desde la igualdad y en igualdad.

Abstract: This Work is about the content of de marriage contract and analyzes the movement of property between spouses; emphasizes the autonomy of the will in this context and its limits. It examines extension and restriction matrimonial community of property and the matrimonial cause. It analyzes the creation of communities to mitigate the potential imbalance in the matrimonial separation of property. It is found that typicality is not a necessary feature of the matrimonial property in our legal system. The Public Instrument guarantees that the covenants are met from equality.

Palabras clave: Contrato matrimonial. Autonomía de la Voluntad. La causa matrimonial. Escritura pública. Igualdad.

Key words: Marriage contract. Autonomy of the will. Matrimonial cause. Public Instrument. Equality.

SUMARIO

- I. INTRODUCCION. OBSERVAMOS DESDE UN AMPLIO VENTANAL
- II. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL CODIGO CIVIL Y SUS LIMITES
 - 2.1. Igualdad de los cónyuges en el matrimonio
 - 2.2. Normas del régimen económico matrimonial primario
 - 2.3. Derechos adquiridos por terceros ante las modificaciones convencionales del régimen económico matrimonial
 - 2.4. Deberes entre cónyuges que no pueden excluirse por pacto
 - 2.5. Libertad y libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los cónyuges
 - 2.6. Las reglas de juego de cada régimen económico matrimonial
- III. CAPITULACIONES MATRIMONIALES
 - 3.1. Elección de régimen económico matrimonial y límites. Supuestos de derecho internacional e interregional y de derecho interno
 - 3.1.1. Supuestos de derecho internacional y/o interregional
 - a) Elección de Ley
 - b) Establecimiento convencional de pactos conformes a Ley
 - c) Combinación de los dos supuestos anteriores
 - 3.1.2. Supuestos de derecho interno
 - 3.2. Pactos dentro de los regímenes económicos matrimoniales de sociedad de gananciales y de separación de bienes
 - 3.2.1. Sobre autonomía en la gestión, administración y disposición de bienes gananciales
 - 3.2.2. Sobre la extensión o restricción de la comunidad. Desplazamientos patrimoniales entre cónyuges. *La causa matrimonii*
 - a) Transmisión por contratos tipificados
 - b) Pacto de atribución de ganancialidad
 - c) Negocio de aportación a la sociedad de gananciales
 - d) Adquisición a título oneroso por un solo cónyuge para la sociedad de gananciales
 - e) Negocio de atribución de privatividad
 - f) Confesión de privatividad
 - 3.2.3. Creación de comunidades para mitigar el posible desequilibrio del régimen de separación de bienes. Pactos “de tontina” y comunidades diferidas
 - 3.3. Otras posibilidades de ordenar la economía del matrimonio
 - 3.4. Capitulaciones condicionales y a plazo

- IV. ACERCA DEL DEVENIR. Pactos estableciendo las bases de la futura liquidación de la sociedad conyugal
 - 4.1. Supuesto de disolución del matrimonio por fallecimiento
 - 4.2. Supuesto de disolución del matrimonio por causa de crisis matrimonial
- V. LA ESCRITURA PUBLICA COMO VEHÍCULO QUE GARANTIZA PACTOS EN IGUALDAD y DESDE LA IGUALDAD
- VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN. OBSERVAMOS DESDE UN AMPLIO VENTANAL

Separación absoluta de bienes, participación en ganancias, sociedad de gananciales, comunidad de bienes muebles y adquisiciones, comunidad universal... ¿Cuál es el régimen económico que mejor se acomoda a nuestra vida y patrimonio?, ¿uno de los anteriormente enumerados?, ¿tal cual está regulado?, ¿con modificaciones o variaciones? o, ¿un régimen económico matrimonial diseñado a la "carta"?

Nadie cuestiona que del matrimonio como unión de dos personas con voluntad de desarrollar una vida en común estable y formar una familia, deriva un cúmulo de efectos jurídicos que inciden en la esfera personal y patrimonial de cada uno de sus miembros.

En la sociedad actual, dinámica, se potencia la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el ámbito patrimonial y al propio tiempo se "aviva" el principio de igualdad, art. 32 CE; el art. 1328 CC desecha cualquier estipulación capitular limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge; un cónyuge no puede situarse en una posición desigual, de sumisión respecto al otro.

El operador jurídico de forma intuitiva constata que la reciprocidad de los pactos se acomoda al espíritu del art. 1328 CC; si establezco con mi cónyuge un pacto capitular ampliando, por ejemplo, el ámbito de aplicación material del art. 1384 CC para hacerlo extensivo a la disposición de participaciones sociales, dicho pacto debería regir con respecto a las participaciones sociales que figuren

a nombre de cualesquiera de los cónyuges; no obstante, la igualdad jurídica de los cónyuges –dice la doctrina– no conlleva **necesariamente y en todos los supuestos** una reciprocidad automática, ni en la titularidad de los bienes, ni en la atribución de facultades de disposición, de gestión, ni en la renuncia de derechos. (1)

Analizaremos los pactos en previsión de una ruptura matrimonial y la función capital que puede desempeñar el Notario, en este sentido se pronuncia el art. 231.20.2 de la Ley 25/2010 de Cataluña.

Todo pacto entre futuros cónyuges o cónyuges debe alcanzarse desde la igualdad lo que conlleva la existencia de un asesoramiento imparcial, informado e individualizado.

En esta exposición no obviaremos los negocios de atribución y los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativo y consorcial, que pueden llevarse a cabo por medio de negocios típicos (compraventa, donación, permuta, etc.) o por medio del negocio de aportación a la sociedad de gananciales que carece de regulación legal típica. La DGRN lo admite como categoría autónoma, con sus propios elementos y características; tiene causa propia, causa matrimonii y reconoce la singularidad que las aportaciones tienen en el seno de la sociedad conyugal, donde las relaciones personales y patrimoniales se relacionan de forma estrecha, *vid.*, R. 22 de junio de 2006, BOE 20 de julio. (2)

(1) PARRA LUCÁN, María Ángeles: "Autonomía de la Voluntad y Derecho de Familia, 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, Editorial Consejo General del Notariado, 2012, p. 164.

(2) Dice la Resolución 22 de junio de 2006 citada: "Cabe entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio o otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada causa matrimonii, de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones "*propter nupcias*" de un consorte al otro –a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges–, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial

La RDGRN de 25 de septiembre de 1990 analiza el negocio de atribución de privatividad **con efectos distintos** de la confesión de privatividad del art. 1324 CC, que será objeto de análisis en el apartado correspondiente.

La regulación que contiene el Código Civil sobre régimen económico matrimonial se caracteriza por el principio de "libertad": libertad en la determinación del régimen económico; libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución; libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge; posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos, sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código. También se hallan presentes los principios de "igualdad jurídica" y de "solidaridad" que exigen que los futuros esposos o cónyuges estipulen pactos respetuosos con dichos valores; por lo demás, la libertad extiende su manto, facultando a los cónyuges para autorregular sus intereses patrimoniales.

La RDGRN 9.^a de 15 de julio de 2011, La ley 296855/201, es reflejo de tal principio; se plantea la posible indicación en el Registro

en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, según la cual "Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa"; y la Resolución de 21 de diciembre de 1998) debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata de convenciones que participan de la misma "iusta causa traditionis", justificativa del desplazamiento patrimonial "ad sustinenda oneri matrimonii".

Puede concluirse, por todo ello (aunque no sea necesario para decidir la cuestión planteada en este recurso) que, pudiendo tener carácter oneroso o gratuito, puede presumirse –en último término, mediante la aplicación de los principios que sirven de fundamento a la norma del artículo 1358 del Código Civil– que, salvo pacto en contrario, el desplazamiento patrimonial derivado de la convención de ganancialidad dará lugar al reembolso previsto en dicho precepto, que no es causa de la atribución o aportación, sino consecuencia de la misma, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio".

Civil de una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que un matrimonio de nacionalidad mixta, alemana y española de vecindad civil común, pactan un régimen de comunidad universal; concluye de forma afirmativa, *el artículo 1315 del CC permite a los cónyuges optar por cualquiera de los regímenes previstos en el derecho civil común y en el foral, combinar entre sí cualquiera de ellos o diseñar un régimen nuevo, como expresión del principio de autonomía de la voluntad que también ha de regir las capitulaciones matrimoniales*; de igual modo se pronuncia la RDGRN de 21 de junio de 2013.

No podemos pasar por alto los Ordenamientos de los distintos territorios con derecho civil propio dinámicos y actuales, es perceptible que muchas de las normas acogen propuestas doctrinales y dan respuestas a inquietudes planteadas por los operadores jurídicos; se ensancha el ámbito de autonomía de la voluntad de los cónyuges para la autorregulación de la organización económica del matrimonio, se afianza la protección de la vivienda familiar, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas, dice la legislación catalana; en la legislación valenciana y catalana, el consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgarse con carácter general. Se constata, de ahí la flexibilidad de las regulaciones autonómicas, que no todo régimen económico legalmente tipificado se acomoda a las necesidades de un determinado matrimonio, se incrementan las normas dispositivas y la tipicidad definitivamente no es una característica necesaria del régimen económico matrimonial en nuestro Ordenamiento.

II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CODIGO CIVIL Y SUS LÍMITES

La libertad de pactos en la organización del Régimen Económico está presente en el Código Civil.

¿Cuáles son las limitaciones contenidas en la Ley o Leyes?

2.1. Un primer límite nace de la **igualdad de los cónyuges en el matrimonio**, artículos 14 y 32 CE; artículos 66 a 71 CC y artículos 1255 y 1328 CC

La doctrina interpreta que la expresión utilizada por el art. 1328 CC al declarar "nula cualquier estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge" es reiteración de lo dispuesto en el art. 66 CC que establece que los cónyuges son iguales en derechos y deberes.

El art. 1328 CC, en nuestra opinión, se refiere tanto a pactos sobre relaciones personales o familiares como a pactos de naturaleza patrimonial; el antecedente inmediato de la Reforma del año 1981 es el Proyecto de Ley de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOC de 14 de septiembre de 1979) en cuya exposición de motivos se dice que "la presente reforma ha llevado el principio de igualdad entre los cónyuges a sus últimas y justas consecuencias, ya borrando ciertas distinciones que persistían en las relaciones personales ya, sobre todo, confiriendo a cada uno, en el aspecto patrimonial, iguales facultades, derechos y obligaciones."

La igualdad de los cónyuges en el matrimonio es igualdad ante la ley, igualdad jurídica, ninguno de los miembros del matrimonio puede hallarse en una situación de inferioridad respecto del otro. Los cónyuges son iguales en Derechos y Obligaciones y han de alcanzar los pactos desde la igualdad.

La forma ad solemnitatem de las capitulaciones, escritura pública, asesorando el notario de forma individualizada e imparcial a cada uno de los otorgantes, contribuye de manera determinante a que los pactos se alcancen desde la igualdad. Este es el sentido que se debe atribuir al pronunciamiento de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 30 de junio de 2000, que establece que **hay que negociar en plano de igualdad y una vez se alcanzan unos pactos desde la igualdad, "la libertad de pacto en capitulaciones, lo mismo que la libertad contractual entre cónyuges, les llevará a establecer unas relaciones jurídicas en las que, como consecuencia de las mismas, su situación jurídica respectiva tendrá que ser tan diferente como en cualquier otra relación contractual ocupa cada una de las partes contratantes"**. A través de pactos, negociados en plano de igualdad, se pueden atribuir distintas obligaciones, derechos o bienes a cada uno de los cónyuges, consecuencia admitida en toda relación contractual en virtud del principio "pacta sunt servanda" y de lo dispuesto en el artículo 1258 del Có-

digo Civil, de plena aplicación ante la correlación evidente entre las capitulaciones matrimoniales y los contratos en general.

Analiza esta Sentencia una escritura de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad de gananciales y convenio regulador en la que el esposo alega la vulneración del artículo 1328 CC pues asume todas las deudas, siendo, a su juicio, contrario a derecho por el tratamiento diferencial y perjudicial que recibe frente a las deudas de la sociedad siendo esta estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge. No lo entendió así el tribunal desde el momento en que no se acreditó, ni tan siquiera se alegó, que a los pactos alcanzados entre los cónyuges y elevados a público en la escritura cuya nulidad se interesa se llegara desde una posición de inferioridad por parte del esposo apelante.

El art. 1328 CC plantea al operador jurídico inquietudes en su aplicación práctica por los distintos matices que "salen a la luz" al tener que armonizar y conjugar los principios de libertad e igualdad jurídica de los cónyuges.

2.2. ¿Operan como límite las normas del régimen económico matrimonial primario?, ¿se trata de normas imperativas aplicables a todo matrimonio, con independencia de su nacionalidad, vecindad civil, residencia o régimen económico matrimonial?

Estas normas suelen contener preceptos de carácter imperativo; no obstante, establezcamos, de antemano, el ámbito espacial-territorial de su aplicación:

a) No a todo matrimonio que **reside** en territorio de derecho común o que tiene un **bien sito en territorio de derecho común** se le aplican las normas del régimen matrimonial primario del Código civil.

Las normas que regulan el "régimen matrimonial primario" en Derecho civil español no son necesariamente aplicables a todos los supuestos con elemento internacional o interregional, así lo entendió la RDGRN de 13 de enero de 1999, BOE 11 de febrero.

Coexisten con las reguladas en los ordenamientos jurídicos civiles especiales (forales) y en los ordenamientos foráneos.

Existen preceptos en el código civil, básicamente los arts. 1318, 1319 y 1320.1 del CC, cuyo espíritu trasluce de forma palpable la protección de la familia consagrada en nuestra Constitución, arts.39 y 47 CE; preceptos similares existen en casi todos los Ordenamien-

tos; Europa se decanta por la protección de la vivienda familiar; en este sentido, el reciente Auto del Tribunal Europeo de 14 de noviembre de 2013 que analiza la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; auto que declara que la Directiva se opone a la normativa de un Estado miembro que no permite al juez que conoce de la ejecución, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, ni examinar, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato ni adoptar medidas cautelares, en particular la suspensión de la ejecución; el Tribunal llega a la conclusión de que tal normativa tiene como consecuencia que en todos los casos en que se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una resolución por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, sólo se puede garantizar al consumidor una protección *a posteriori* meramente indemnizatoria, que resulta insuficiente *y todo ello con mayor razón cuando el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia; la protección limitada al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuada para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda.*

La doctrina se plantea el ámbito de aplicación **espacial** del art. 1320 CC, veámoslo:

b) Vivienda familiar.– Un sector doctrinal sostiene que la protección de la vivienda familiar constituye un aspecto básico del orden público de nuestro Ordenamiento Jurídico conforme al cual y con la finalidad de proteger la familia y su lugar de asentamiento, nadie puede disponer de la vivienda familiar, aunque sea de su exclusiva propiedad, sin el consentimiento de su cónyuge o autorización judicial y por consiguiente, la protección de la vivienda familiar es mucho más que un efecto del matrimonio; el fundamento del artículo 1320 del CC y preceptos análogos de los Derechos forales es la protección del hogar familiar, materialización del principio consagrado en los artículos 39 y 47 de la CE, protección que ha de ser efectiva dentro de nuestro Estado, por tanto, **trasladan este tema al estatuto real** y aplican el artículo 1320 del CC como supletorio en las Comunidades Autónomas en las que su Derecho foral no regula

de manera específica este tema y hacen extensiva su aplicación a todo matrimonio e incluso pareja estable cualquiera que sea la nacionalidad –española o extranjera– o vecindad civil de los cónyuges o miembros de la pareja y con independencia de cual sea la ley que rijan los efectos del matrimonio y/o el régimen económico matrimonial; en este sentido, Emilio GONZÁLEZ BOU el cual señala que: “a efectos prácticos esto quiere decir que en todo acto de disposición de una vivienda será necesario que el extranjero manifieste al notario autorizante de la escritura si la vivienda es la familiar habitual. Si lo es, será necesario el consentimiento del cónyuge, y si no lo es, deberá manifestarlo expresamente en la escritura pública.” (3)

La doctrina francesa se adhiere a esta interpretación y sostiene que cuando el domicilio conyugal está situado en territorio francés debe aplicarse el art. 215 del código civil, similar a nuestro art. 1320 CC, con independencia de cual sea el régimen matrimonial de los extranjeros y la ley que regule sus efectos.

Para otro sector de la doctrina española, la norma de conflicto aplicable es la del artículo 9.2 CC. La Ley que regula los efectos del matrimonio determinada de conformidad con establecido en el art. 9.2 CC nos dirá si es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar de la titularidad exclusiva de uno de ellos; de hecho, el art. 91.1 RH comienza diciendo “**cuando la Ley aplicable** exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia...”

Tratándose de matrimonio de extranjeros o matrimonios cuyos miembros poseen distinta nacionalidad o vecindad civil habrá que estar a la ley que rige los efectos del matrimonio fijada conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 CC para resolver si procede la aplicación del art. 1320 CC o de otras normas contenidas en Ordenamientos forales o extranjeros que pueden establecer una protección de la vivienda familiar similar a la del artículo 1320 CC o considerar que son otros los bienes o derechos que merecen especial protección.

(3) GONZÁLEZ BOU, Emilio: *La Protección de la vivienda familiar en los ordenamientos jurídicos españoles. El Nuevo Derecho de Familia: Modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UMP en Agosto de 2005. Thomson-Civitas, 2006, p. 169.

La Jurisprudencia se inclina por la segunda postura. La SAP de Mallorca de 20 de Septiembre de 2005, siguiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 3 de septiembre de 1998 considera **no** aplicable en Baleares el artículo 1320 del CC; entre otras razones, sostiene que la protección jurídica, económica y social de la familia como principio rector de la política social y económica (artículo 39 CE) puede darse de muchas maneras y que ni el artículo 39 CE, ni el 32 CE, ni ningún otro precepto imponen una medida concreta al efecto y argumentan a su favor la propia dicción del artículo 13.1 CC que, al exceptuar de las normas de aplicación general y directa, las relativas al régimen económico matrimonial, exceptúa el artículo 1320 CC. También en este sentido la resolución antes citada del año 1999.

Son múltiples los Ordenamientos extranjeros que protegen la vivienda familiar de forma similar a nuestro derecho civil común: Francia, Bélgica, Irlanda, Luxemburgo, Suiza; incluso Inglaterra también la protege aún careciendo de régimen económico matrimonial legal, confiriendo al cónyuge no titular un derecho de ocupación, un derecho a no ser privado de la vivienda.

Todos los derechos civiles de nuestro Estado, a excepción, según pronunciamientos judiciales, de Baleares, la protegen, art. 231.9 de la Ley 25/2010 de Cataluña; art. 190 del Código de Derecho Foral de Aragón; régimen de comunicación foral en Bizkaia, art. 99 y principios que informan el Derecho Civil vasco; Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra; art. 16.1 Ley Régimen Económico Matrimonial Valenciano; también en Galicia por los principios que informan el ordenamiento gallego y por su remisión al código civil.

La protección de la vivienda familiar está presente en la política legislativa europea; al respecto cabe mencionar el art. 17 de la Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO Bruselas, 16.3.2011 COM(2011) 127 final 2011/0060 (CNS) relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, en el que para garantizar la protección de la vivienda familiar, se permite al Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la vivienda imponer sus propias normas de protección de la vivienda familiar. Excepcionalmente, ese Estado puede aplicar su propia ley a toda persona que viva en su territorio, con "preferencia" respecto de las disposiciones del contrato de unión registrada de esa persona celebrado

en otro Estado miembro; de igual forma se regula en el art. 22 de la propuesta COM (2011) 126 final 2011/0059 (CNS) Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

Por tanto, aunque reconozco que es el art. 9.2 CC la norma de conflicto competente para determinar qué normas de régimen económico matrimonial primario son aplicables a determinado matrimonio, tratándose de la protección de la vivienda familiar, razones de prudencia, la dificultad, en ocasiones, de probar hechos de los que resulta la determinación de la Ley aplicable a los efectos del matrimonio, por ejemplo, probar la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en caso de ausencia de ley personal común y pacto, dada la realidad económico-social actual y la política marcada por las directrices europeas, aconsejan que el notario requiera el consentimiento del cónyuge para disponer o gravar los inmuebles (vivienda) de la titularidad exclusiva de uno de ellos sitios en España –salvo que el titular manifieste no ser el inmueble la vivienda habitual– máxime si son residentes en nuestro Estado.

En todo caso, el artículo 91.1 RH es aplicable cuando la Ley que rija los efectos del matrimonio –*sea cual sea*– establezca una limitación de las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar ya que tratándose de bien sito en España es la ley española la competente para regular el tráfico jurídico inmobiliario y la protección de terceros en dicho tráfico.

c) No hemos de olvidar que el régimen matrimonial primario compuesto por normas que establecen las obligaciones de contribución impuestas a los cónyuges para afrontar las necesidades familiares, la responsabilidad frente a terceros por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en beneficio e interés de la familia, **la protección del matrimonio como unión de iguales y la protección de la familia, ancla sus raíces en principios constitucionales, “libertad”, “igualdad”, “protección de la Familia”, “favor filii” que sí son de obligado cumplimiento; los Ordenamientos forales y extranjeros también las contienen y algunas de ellas de carácter imperativo y los Ordenamientos europeos descansan sobre estos principios.**

Conclusión: Los operadores jurídicos, el notario, entre ellos, deben tener presente la **ley reguladora de los efectos del matrimonio, art. 9.2 del CC**, para controlar la posible aplicación de normas de carácter imperativo que pueden delimitar e incidir en los pactos que libremente realicen los cónyuges y, en ningún, caso podremos admitir pactos contrarios a principios constitucionales.

2.3. Otro límite viene definido por **las normas que los distintos Ordenamientos jurídicos** (en el CC, art. 1317, fundamentalmente) **destinan a proteger los derechos adquiridos por terceros ante las modificaciones convencionales del régimen económico matrimonial**, así como por el conjunto de medidas encaminadas a impedir la preparación, consumación o incremento de la insolvencia del cónyuge deudor evitando que la causa de la modificación del régimen económico sea dañar el crédito, obstaculizando e impidiendo la satisfacción de los créditos nacidos con anterioridad.

Nuestro art. 1317 CC establece una ineficacia relativa de la modificación de las capitulaciones otorgadas después del matrimonio; el cambio de régimen económico es inoponible respecto a derechos adquiridos por terceros con anterioridad a ese cambio.

La eficacia frente a terceros de los pactos entre cónyuges es tema primordial por las consecuencias que se derivan de la titularidad de los bienes y de la responsabilidad patrimonial; el tercero que contrata con uno solo de los cónyuges se cuestiona de qué manera el estado civil y los efectos patrimoniales del matrimonio incidirán en la responsabilidad negocial del cónyuge con el que contrata.

La doctrina y Jurisprudencia han analizado el art. 1317 CC en supuestos de capitulaciones modificando el régimen económico de la sociedad de gananciales adoptando el de separación de bienes seguido de liquidación y adjudicación de los bienes de superior cuantía al cónyuge no deudor.

La STS de 6 de febrero de 2008, IC J23/08 señala que “es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del art.1317 del Código Civil –STS 25 de septiembre de 2007– que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos ... no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales ... establece el art.1317 del Código Civil, **una responsabilidad “ex lege”, inderogable por la voluntad de los particulares**, que para nada incide en la

validez de las adjudicaciones y que, en consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna... **El art. 1317 del Código Civil, completado con los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido”.**

La cuestión radica en que no existe una presunción legal de ganancialidad de la deuda; el art. 1369 habla *de deudas de un cónyuge*. (4) Cuando un cónyuge individualmente contrae una deuda a

(4) La DGRN distingue tres supuestos cuando hay un embargo de bienes pertenecientes a la sociedad disuelta no liquidada: (R. 20 abril 2005 BOE de 3 de junio)

1. El embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, que requiere que las actuaciones procesales específicas se sigan contra todos los titulares (art. 20 LH).

2. El embargo de una cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor (art. 166.1, in fine RH).

3. el embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal. En este supuesto, teniendo en cuenta que el cónyuge viudo y los herederos del premuerto pueden verificar la partición como tengan por conveniente, puede suceder que los bienes no se adjudiquen al deudor con lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anotan no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le hayan adjudicado a éste en pago de su derecho (queda estéril la anotación pero no la traba). Por ello cuando el objeto del embargo se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes singulares carece de verdadera sustantividad jurídica y no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial y por tanto, debe rechazarse su reflejo registral.

La DGRN sostiene que, con base en el artículo 144.4, párrafo segundo, del RH, cabría practicar la anotación de embargo por deudas de un cónyuge

priori tiene el carácter de particular; luego, habrá que probar si de la deuda contraída por uno solo de los cónyuges responden los bienes gananciales, lo cual dependerá si la misma se encuadra o no en los artículos 1365, 1366 y 1368 del CC y artículos 6 a 8 del Código de comercio.

¿Qué sucede si el cambio de régimen no precisa de liquidación porque no existe un patrimonio común?; por ejemplo, un acreedor concede un crédito a un cónyuge casado en régimen legal de separación de bienes que tiene un trabajo bien remunerado y estable e importante patrimonio adquirido a título gratuito; el deudor- tras contraer la deuda- formaliza con su cónyuge capitulaciones y modifica su régimen matrimonial pasando de un régimen económico de separación de bienes a un régimen económico de comunidad universal.

El acreedor tiene un derecho indiscutible a la solvencia del patrimonio de su deudor.

Generalmente, en este régimen de comunidad universal se hacen comunes a los cónyuges todos sus bienes **presentes y futuros**, sea cual fuere el título de su adquisición, oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*. Cuando los cónyuges pactan la comunidad universal en capitulaciones otorgadas después de celebrado el matrimonio quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros contra cualquiera de los cónyuges.

Las legislaciones que regulan este régimen establecen como carga de la comunidad universal todas las deudas de los cónyuges presentes y futuras; la ley 101.2 del Fuero Nuevo establece: "Serán de cuenta de la Comunidad todas las cargas y obligaciones de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, así anteriores como posteriores al matrimonio".

El art. 1317 CC es aplicable, en nuestra opinión, aunque no medie liquidación; los acreedores personales de cada uno de los cónyuges pueden considerar formando parte del patrimonio exclusivo del cónyuge deudor, los bienes que lo eran antes de pactar la comunicación universal.

sobre bienes antes gananciales y ya adjudicados e inscritos en favor de su consorte, siempre que la traba y su notificación a éste se hubieran producido antes de que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal hubiera producido efecto frente a terceros de buena fe.

En supuesto internacionales, la Ley aplicable a la oposición a terceros del régimen económico matrimonial como señalan acertadamente CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (5) se rige, fundamentalmente, por los principios de apariencia en el tráfico económico y oponibilidad a terceros de situaciones legales cuyo conocimiento les es razonablemente exigible.

El **derecho material que regula los efectos del matrimonio** contiene disposiciones que garantizan el derecho de los terceros, por ejemplo, en nuestro código civil los arts. 1317, 1319, 1320, segundo párrafo y 1324; en el supuesto de que el tercero conozca la existencia del régimen económico regulado por una ley extranjera o debiera haberla conocido empleando una diligencia media se aplica la ley que regula ese régimen, arts. 9.2 y 9.3 CC pero puede acontecer que al tercero no le sea razonablemente exigible dicho conocimiento, no conocía el régimen ni lo podía racionalmente conocer.

El artículo 9 del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978, sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, que no está en vigor en España, siguiendo esta orientación señala que los efectos del régimen matrimonial sobre una relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero quedarán sometidos a la ley aplicable al régimen matrimonial; sin embargo, un Estado contratante puede prever que la ley aplicable al régimen matrimonial no puede oponerse por uno de los cónyuges a un tercero cuando uno u otro tengan su residencia habitual en su territorio, a menos que se hayan cumplido las condiciones de publicidad o de registro previstas por este derecho o que la relación jurídica entre los cónyuges y el tercero haya nacido cuando el tercero conocía o debía conocer la ley aplicable al régimen matrimonial. El Derecho del Estado contratante en que un inmueble se encuentre situado puede prever una regla análoga para las relaciones jurídicas entre un cónyuge y un tercero relativas a dicho inmueble.

De ahí, **la importancia de la escritura pública como “recipiente” y “vehículo” que cobija los pactos y capitulaciones por su autoría, el consentimiento informado que contiene y la eficacia sustantiva que despliega, art. 1218.1 CC.**

(5) CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*. Volumen II. Edición Undécima 2010-2011, Editorial Comares. Capítulo XVII. Efectos del matrimonio. P. 145

En las propuestas europeas, antes citadas, se prevén disposiciones que regulan la oponibilidad a terceros del régimen económico matrimonial concebidas para conciliar la seguridad jurídica de los cónyuges y la protección de terceros frente a la aplicación de una norma que no podían conocer o prever; siguiendo la senda marcada por el Convenio de La Haya antes citado, se deja a los Estados miembros la facultad de prever respecto de los actos celebrados entre un cónyuge y un tercero residentes en sus territorios, que el cónyuge sólo podrá invocar las normas de su régimen económico matrimonial en el caso de que se haya publicado o de que el tercero esté o deba estar informado del mismo; *vid.* art. 35 de la Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales; también el art.9 del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978, sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, que no está en vigor en España, se pronuncia de forma similar.

En esta línea, la **STS de 27 de febrero de 1998** desestima la demanda de nulidad de unas escrituras de compraventa en las que faltó el consentimiento uxorio. El supuesto era el siguiente: cónyuges de nacionalidad alemana suscriben un contrato matrimonial ante notario en Munich, en el que optan por el régimen matrimonial de comunidad de bienes, acordando que todos los bienes del matrimonio serían comunes y que los actos de disposición de los bienes matrimoniales sólo podrían hacerse conjuntamente. Este contrato no tuvo acceso al Registro de Régimen de Bienes alemán, ni tampoco al Registro de propiedad español donde constaba inscrita la finca a nombre exclusivamente del esposo y al no constar que éste manifestase a las otras partes contratantes la existencia del régimen de comunidad ni que éstas hubiesen tenido conocimiento de tal régimen tales capitulaciones no pueden afectar a tercero dice la Sentencia.

El efecto fundamental es la **no oponibilidad** de los regímenes convencionales no inscritos a **terceros de buena fe**. Si las capitulaciones no constan en un registro público español, porque el matrimonio no consta inscrito, extranjeros que celebraron su matrimonio en el extranjero, **la exhibición por parte del cónyuge/s de la escritura pública de capitulaciones al tercero con el que contrata/n, es fundamental. R 9 de enero de 2008, BOE 6 de febrero.**

Si el contrato tiene por objeto un bien inmueble sito en España y figura el mismo inscrito, exclusivamente, a nombre de un cónyuge en el Registro de Propiedad español, la publicidad de las capitulaciones no es oponible a terceros **de buena fe** en España cuando aquella publicidad deriva de un registro extranjero; por el contrario, teniendo las normas registrales marcado carácter procesal, los efectos de la publicidad se producirán aunque lo que publique un Registro español sean capitulaciones sometidas a derecho extranjero.

Existen ordenamientos jurídicos como el francés que exigen un lapso de tiempo, dos años desde la entrada en vigor de los capítulos, para modificar o cambiar por completo el régimen y además, la homologación judicial de las escrituras públicas modificativas de los capítulos en el supuesto de que se haya formulado oposición de terceros o en caso de existencia de hijos menores, art. 1397 del Código civil francés; se informa de las modificaciones a los hijos mayores y a los acreedores.

Las capitulaciones matrimoniales en Francia y en Bélgica, son sede de ventajas matrimoniales con trascendencia mortis-causa; quizá por ello su control a través de la homologación judicial con el objeto de proteger a hijos menores y terceros que se hayan opuesto, homologación judicial que el notario español debe tener en cuenta para realizar operaciones que tengan como base dichos pactos (básicamente, escritura de adjudicación de bienes inmuebles sitos en España al cónyuge supérstite) pues tales requisitos han de cumplimentarse al formar parte, en mi opinión, del iter modificativo exigido por el derecho sustantivo (francés) que rige el contenido de los capítulos para su válida modificación. Debemos, pues, determinar si los trámites posteriores exigidos por determinados ordenamientos Jurídicos para la estipulación o modificación de los capítulos son requisitos que afectan a la validez o son requisitos que solo atañen a la oponibilidad a terceros del régimen; la finalidad de la oponibilidad a terceros justifica, generalmente, la inscripción registral o la publicidad en diarios oficiales.

2.4. Existen, de igual modo, normas imperativas que derivan del matrimonio como institución. **Nacen del matrimonio deberes entre cónyuges que no se pueden excluir por pacto**, por ejemplo, el deber de alimentos embebido en el deber de ayuda, auxilio y socorro mutuo.

Hay que diferenciar la pensión compensatoria del deber de alimentos. La primera puede ser objeto de renuncia previa en los términos que luego veremos pero tal renuncia no es posible si la pensión tiene carácter alimenticio, en este sentido acertadamente el art.233.16.2 de la Ley 25/2010 Libro Segundo Código Civil de Cataluña.

2.5. No caben pactos que atenten contra la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los cónyuges.

En este ámbito podemos traer a colación la SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 en la que se declara la nulidad de una cláusula contenida en capítulos; se establece una cláusula penal que, a juicio del Tribunal, limita el derecho a la separación matrimonial del cónyuge obligado al pago ya que la convivencia conyugal se cuantifica económicamente y se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal- indemnizatoria que se hace más gravosa a medida que transcurre el tiempo de convivencia conyugal, suponiendo un retroceso en los derechos de los cónyuges y colocando a uno de ellos en situación de desigualdad con relación al otro ya que supone un elemento disuasorio del cese de la convivencia conyugal para el cónyuge obligado al pago a la par que la cláusula se convierte en un aliciente para el cónyuge beneficiario que puede optar entre la convivencia o la indemnización.

Pactos de este tipo, de marcado carácter anglosajón, “inundan” folletines y revistas; unos de dudosa validez, otros de dudosa exigibilidad.

2.6. Cada régimen económico matrimonial tiene sus propias reglas de juego; no obstante, la tipicidad del régimen económico matrimonial no es una característica necesaria en nuestro Derecho, arts. 1315, 1325, 1327, 1332 y 1335 y RDGRN 15 de julio de 2011 y 21 de junio de 2013.

III. CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Las capitulaciones matrimoniales son un negocio jurídico complejo en el que los cónyuges o futuros cónyuges establecen reglas relativas a su régimen económico; así se infiere

del art. 1315 CC; no obstante, siendo su contenido propio y habitual la reglamentación de la economía del matrimonio no es sólo su único contenido, también contienen negocios familiares y sucesorios por ejemplo, pacto de administración sobre bienes gananciales, art. 1375, donaciones de bienes futuros para el supuesto de muerte, art. 1341.2, mejoras o promesas de mejorar arts. 826 y 827 CC

Se debe distinguir, además, entre *negotium* e *instrumentum* (documento formal) o en términos del art. 231.26 letra d) de la Ley 25/2010 de Cataluña “los pactos que tienen los capítulos como instrumento meramente documental”.

3.1. Elección de régimen y límites. Supuestos de derecho interno y de derecho internacional o interregional

3.1.1. Supuesto de derecho internacional o interregional

La RDGRN 9.^a de 15 de julio de 2011, La ley 296855/2011, antes citada, sienta de forma clara la libertad de pactos en capitulaciones.

El art. 9 del CC en sus números 2 y 3 dispone: “Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la Ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”.

El art. 9.3 del CC determina las leyes que permiten validar el contenido o fondo de los pactos y capitulaciones; contiene puntos de conexión alternativos para favorecer la validez material pero no regula ni tampoco prohíbe el pacto de elección de Ley; es usual que las capitulaciones en las confluye un elemento internacional o interregional se ajusten a una ley o a un articulado dentro de una ley a la que se hace mención expresa en el contenido de la escritura.

En el supuesto de la R. 9 de enero de 2008, BOE 6 de febrero, un matrimonio formado por chileno y argentina, residentes en España, pactan un régimen de separación de bienes en escritura de capitulaciones otorgada ante notario español y a continuación, compran una finca por mitades indivisas; recuerda el centro directivo que los matrimonios de extranjeros celebrados en el extranjero no tienen acceso al Registro Civil español, conforme a los principios de conexión personal y territorial formulados en el artículo 15 de la Ley

del Registro Civil (cuya actual redacción por la reforma operada en su apartado segundo por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, no altera estas conclusiones, dado el tipo de asiento previsto para las indicaciones). La inscripción en el Registro Civil español del matrimonio **celebrado por extranjeros fuera de España** sólo procede en el supuesto de que cualquiera de los contrayentes haya adquirido posteriormente la nacionalidad española y el matrimonio subsista (*vid.*, por todas, la Resolución de 6 de noviembre de 2002-1.^a).

Las capitulaciones matrimoniales otorgadas- dice la Resolución- son plenamente válidas y eficaces en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. artículos 9.2, 9.3, 11, 12.1 y 12.6 del Código Civil), **dotan de mayor seguridad** al régimen económico matrimonial, facilitando así que el mismo sea convenientemente reflejado en la inscripción registral desde el origen, aun no siendo posible su constancia en el Registro Civil. No permitir la inscripción en el Registro de la Propiedad conduciría a resultados no razonables y gravemente perjudiciales para la seguridad jurídica en general y la del tráfico en particular.

Con relación al supuesto de esta resolución indicar que en Chile se permite pactar el régimen económico antes del matrimonio, en el acto del matrimonio y de conformidad con el art. 1723 de su código también durante el mismo, en los términos que el citado artículo establece; por el contrario, en Argentina tras la celebración del matrimonio no se puede capitular; lo que acontece es que **la posibilidad misma del pacto capitular** se rige por el art. 9.3 del CC; dentro su ámbito de aplicación material se incluye la posibilidad de estipular y modificar validamente los pactos y capitulaciones por lo que, en principio, tanto la Ley chilena, ley de la nacionalidad de uno de los cónyuges como la ley española, ley de la residencia habitual de ambos permiten y validan el pacto capitular; dicho esto, aún queda por determinar qué Ley será aplicable para interpretar el régimen económico y llenar posibles lagunas, ¿El código civil español? La respuesta es afirmativa si la Ley española es la ley paraguas que ha dado cobertura al pacto.

El artículo 9.3 del Código Civil, a nuestra opinión, **permite**:

a) **Elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial**, por ejemplo, matrimonio integrado por cónyuges de vecindad civil catalana y de nacionalidad alemana, sometidos al régimen de participación alemán que pactan el régimen de separación de bienes

regulado por el derecho civil de Cataluña, como pacto de elección de Ley y sus posibles modificaciones.

De hecho, el artículo 9.2 señala que “Los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta Ley, **por la Ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio...**” por tanto, permite antes de la celebración del matrimonio el pacto de elección de ley de los efectos del matrimonio en caso de ausencia de ley personal común y uno de los efectos del matrimonio es el régimen económico matrimonial; si esto es permisible antes de contraer matrimonio y por consiguiente, antes de iniciar la andadura de una vida en común, ¿cómo no va a ser posible la elección, aunque sea circunscrita a la ley aplicable al régimen económico matrimonial, una vez contraído éste? .

El art. 9.3 CC habla de leyes que validan materialmente los capítulos, lo cual no quiere decir que no permita la autonomía de voluntad en sentido conflictual (elección de ley aplicable) que es, además, la función propia de una norma de conflicto.

Señala Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO (6), “la autonomía de la voluntad de las partes puede ejercitarse a través de una doble modalidad: en primer término en sentido sustantivo («autonomía material»)...; en segundo lugar, en un sentido formal, más propio del DIPr («autonomía conflictual»).

CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ hablan de una autonomía de voluntad conflictual limitada y oculta. El art. 9.3 CC faculta a los cónyuges para acordar los pactos o capítulos que resulten aceptados por cualquiera de las leyes a las que se refiere el art. 9.3 CC. Por tanto, señalan, existe una “autonomía de la voluntad conflictual”, si bien limitada y oculta. (7)

(6) AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Página Lección 4, Los Efectos del Matrimonio. Editorial Tecnos. Segunda edición, 2006. P. 157.

(7) CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*. Volumen II. Edición Undécima 2010-2011, Editorial Comares. Capítulo XVII. Efectos del matrimonio. P. 139.

b) Pueden establecer convencionalmente pactos, acuerdos reguladores de su economía

Organizar su economía, pactar un régimen típico, introducir modificaciones a un régimen típico o pactar un régimen convencional atípico y dichos pactos serán válidos cuando sean conformes bien a la Ley que rijan los efectos del matrimonio, bien a la Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

En cuanto a qué ley será la aplicable a la liquidación del régimen pactado o a las lagunas que puedan plantearse o a la interpretación de determinadas cláusulas, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ estiman que será la Ley que con arreglo al artículo 9.3 CC considere que tales acuerdos son válidos y que corresponda con el “país más estrechamente vinculado con la situación”. (8)

c) Cabe combinar las dos posibilidades anteriores

En cuanto a la incidencia de futuras modificaciones legales, en nuestra opinión, si los cónyuges realizan un pacto de elección de Ley, limitado al régimen económico matrimonial, por entender que cabe tal pacto, habrá que estar a la ley material elegida (disposiciones transitorias) para determinar si las modificaciones legales les son aplicables; si los cónyuges han establecido convencionalmente pactos que son válidos con arreglo a determinada Ley, quizá, las normas imperativas o que tienen por objeto la protección de terceros –pensemos en una norma similar al artículo 1442– reguladas por la Ley que valida el pacto pueden serles aplicadas y no les serán de aplicación las modificaciones legales de carácter dispositivo que no se acomoden a lo pactado.

3.1.2. Supuestos de derecho interno.

Si los cónyuges son de nacionalidad española y vecindad civil común, **el art.1315 del CC no impide que puedan pactar un régimen foral.** Los distintos derechos civiles no son algo ajeno. Las Capitulaciones son el estatuto patrimonial del matrimonio.

(8) CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*. Volumen II. Edición Undécima 2010-2011, Editorial Comares. Capítulo XVII. Efectos del matrimonio. P. 141.

La reforma operada por la Ley 11/1981 en el Código civil suprimió del artículo 1317 CC la prohibición de pactar de manera general la sumisión a algún régimen foral. El artículo 1315 CC reconoce a los cónyuges una amplia libertad para estipular en capitulaciones el régimen económico del matrimonio sin otra restricción que las limitaciones a las que alude el artículo 1328 del CC.

La RDGRN de 21 de junio de 2013 trata el siguiente supuesto: personas sujetas a derecho civil común pactan el régimen económico de sociedad conyugal de conquistas regulado por los artículos 82 a 100 del Fuero Nuevo de Navarra; admite la DGRN su indicación en el Registro Civil toda vez que quedan salvaguardadas las únicas limitaciones a las que los pactos matrimoniales deben quedar sujetos, las impuestas por el art. 1328 CC y recuerda que la Ley 11/1981 suprimió del art. 1317 la prohibición de pactar de manera general la sumisión a un régimen foral.

En el supuesto de esta Resolución, los cónyuges residían en Navarra aunque no constaba asiento alguno en las inscripciones de sus nacimientos en el que figurase la opción por la vecindad civil foral de Navarra.

En nuestro Ordenamiento, la sujeción al derecho civil de uno u otro territorio viene determinada, en principio, por la vecindad civil, pero las normas de conflicto pueden establecer como punto de conexión la "residencia habitual" que puede no ser coincidente con la vecindad civil.

Los cónyuges de vecindad civil común residentes en territorio de derecho común pueden acomodar convencionalmente su régimen económico matrimonial a un régimen regulado por uno de los ordenamientos civiles, forales de nuestro Estado, trasladando su normativa a modo de estatuto.

En estos pactos en los que se acomoda **convencionalmente** (a modo de estatuto patrimonial del matrimonio) la economía del matrimonio a un Ordenamiento Foral, no es admisible excluir voluntariamente (art. 6.2 CC) la aplicación de alguna norma imperativa correspondiente a la ley personal común de los cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio o concertar algún pacto de carácter sucesorio que pueda entrar en colisión con la Ley rectora del título sucesorio o de la sucesión; por ejemplo, cónyuges de vecindad civil común siendo el Código Civil el cuerpo normativo rector de los efectos patrimoniales del matrimonio, trasladan su residencia a la Isla

de Mallorca y pactan el régimen legal de separación de bienes de dicha comunidad, ¿podrán eludir la aplicación del art. 1320 CC?. En mi opinión, no y es discutible que puedan hacerlo aún optando por la vecindad civil de Baleares tras dos años de residencia.

Actualmente, los derechos civiles especiales de los distintos territorios de nuestro Estado son fuente de la que el notario puede nutrirse para asesorar a los futuros esposos o cónyuges, también de vecindad civil común, acerca del modo de organizar convencionalmente la economía de su matrimonio y del posible contenido de las capitulaciones, introduciendo inclusive variaciones y aclaraciones útiles a los regímenes económicos tipificados en el Código Civil más usuales: el de gananciales y el de separación de bienes; por ejemplo, la regulación actual del régimen económico del consorcio conyugal aragonés nos puede servir de base para la redacción de capítulos en los que se flexibilice la gestión y disposición de los bienes gananciales, ampliando la legitimación de cada cónyuge para realizar actos de administración y disposición de todo tipo de bienes *muebles* que figuran a su nombre, exclusiva o *indistintamente* o se encuentran en su poder; en el régimen legal de separación de bienes, se pueden introducir reglas que mitiguen la "insolidaridad" o desequilibrios que pueden resultar de una absoluta separación patrimonial, tomando como base el régimen catalán; por ejemplo, pueden decidir los cónyuges que alguno o varios de los bienes de los dos reviertan al sobreviviente ¿pacto de tontina?; o tal como se regula en la Ley del Régimen Económico Matrimonial Valenciano ampliar el concepto "trabajo para casa", art. 12 de la Ley 10/ 2007 de 20 de marzo; volveremos sobre estas cuestiones.

Pasamos, pues, a analizar estipulaciones capitulares que pueden tener cabida dentro de los regímenes económicos más frecuentes, el legal de gananciales y el de separación de bienes antes de abordar otros regímenes económicos y pactos.

3.2. Pactos dentro de los regímenes económicos matrimoniales de gananciales y de separación de bienes

3.2.1. Sobre la autonomía en la gestión, administración y disposición de bienes gananciales.

Al referirnos a pactos capitulares aludimos a los que participan de la naturaleza jurídica del negocio capitular: irrevocables en tanto su

modificación requiere el consentimiento de los que en ellos intervinieron como otorgantes, generalmente, los cónyuges.

Cabe que en capitulaciones matrimoniales se establezca la gestión indistinta o solidaria de los bienes gananciales.

Cabe pactar que determinada categoría de bienes sean gestionados y administrados de forma dinámica (por tanto, incluyendo actos dispositivos a título oneroso) por uno solo de los cónyuges y cabe clarificar el ámbito de aplicación material del art. 1384 CC para comprender los actos dispositivos de determinados bienes (generalmente de naturaleza mueble) que son producto del trabajo de un cónyuge y que no tienen un encaje claro en los arts. 6 a 8 del código de comercio, ni en el número 8 del art. 1346 CC, pensemos, por ejemplo, en un productor agrícola, cuya explotación se haya fundado exclusivamente por él a expensas de los bienes comunes durante la vigencia de la sociedad de gananciales y por tanto, tampoco sea aplicable el art. 1381 CC in fine.

En mi opinión, el art. 1384 CC dentro de la locución "administración" engloba los actos de enajenación de bienes que constituyen el tráfico normal de un establecimiento, empresa o explotación; no obstante, el pacto capitular ayuda a esclarecer la interpretación del artículo.

Señala Torralba Soriano (9), en este sentido que "la titularidad formal puede justificar que los actos de disposición relativos a los productos o frutos, que constituyan el tráfico normal de la explotación o empresa, los pueda realizar solo el cónyuge que la ostenta con base en la aplicación analógica del artículo 1381 CC".

Lo mismo cabe decir de determinados instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio sufragados con fondos comunes y para los que puede suscitarse dudas acerca de si ha de aplicarse el art. 1346.8 CC o el art. 1347.5 CC en cuanto pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común. Actualmente, determinadas profesiones, incluso colegiales, se organizan con criterios empresariales.

La STS de 26 de marzo de 2001, rec 681/1996, considera ganancial una asesoría laboral, abierta por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad de gananciales, toda vez que no cabe reducir

(9) TORRALBA SORIANO, Vicente: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*. Volumen II, Editorial Tecnos, SA, 1984, art.1347, p. 1.611.

el concepto de negocio a establecimiento mercantil, ni confundir el negocio con la cualidad personal o profesional de una persona. La Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 25 de noviembre de 2004 reputa ganancial una clínica de fisioterapia fundada durante la vigencia de la sociedad matrimonial por uno de los consortes a expensas de los bienes comunes, al considerar que es un negocio que se desarrolla en un establecimiento mercantil abierto al público en un determinado espacio físico y empleándose un específico instrumental para la realización de su fin y como tal negocio es un bien, un algo nuevo, diverso de cada uno de sus elementos, aglutinados por la actividad organizadora de quien está a su cargo y cita la STS de 14 de mayo de 2003, 20 de noviembre de 2000 y la anteriormente citada de 26 de marzo de 2001. Por el contrario, la AP de Valencia en Sentencia de 19 de noviembre de 2012 entendió que la actividad de un especialista médico con consulta abierta no puede considerarse “empresa”, máxime cuando no cabe asumir una noción tan amplia dentro del art. 1347 CC; resulta extremadamente forzado, dice el citado pronunciamiento, aplicar tal calificación a una actividad de carácter individual que se desarrolla a modo de taller profesional, gabinete o consulta de un profesional individual. “En consecuencia, en tanto que no nos hallamos ante una unidad patrimonial con estructura organizativa y vida propia, susceptible de ser inmediatamente explotada y transmisible en su conjunto, parece convenir mejor a su naturaleza el término “profesión”, “arte” u “oficio” que se incluye en otros preceptos del código civil, por ejemplo, arts. 1346 y 1362”.

Dada la variedad de matices que presentan las formas organizativas de determinadas profesiones, es conveniente incluir pactos en los cuales se establezca que: “Cada uno de los cónyuges está legitimado para realizar los actos de administración y disposición de los bienes incluidos en el tráfico habitual de su profesión y/o negocio y que así mismo está legitimado para realizar actos de disposición de las pertenencias de su actividad profesional y/o negocio”.

Se puede legitimar a cada cónyuge para realizar los actos de disposición de participaciones sociales, partes y cuotas en sociedades y cuotas indivisas en comunidades de bienes y derechos que figuren a su nombre.

Tomando como ejemplo el Código Foral de Aragón, mediante pacto capitular podemos precisar el alcance de las facultades de

los cónyuges para ejercitar determinados derechos (por ejemplo, derechos de crédito, art. 1385 CC) y puntualizar para qué actos basta con el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito; evidentemente, puede reclamarlo, cobrarlo y aún novarlo pero ¿puede cederlo sin el consentimiento de su cónyuge?; en el art. 1385 CC se aprecia con nitidez la separación entre la relación jurídico- obligatoria que tiene como sujetos al cónyuge acreedor y al tercero deudor y las relaciones entre cónyuges. Si un cónyuge, confirió un préstamo, por ejemplo, a un tercero, la relación obligatoria tiene como sujetos al cónyuge acreedor y al tercero deudor aunque el crédito tenga naturaleza ganancial; el art.232 del libro II derecho de familia del Código Foral de Aragón DL 1/2011 de 22 de marzo señala "en cuanto a los bienes que figuran a su nombre exclusiva o indistintamente, o se encuentren en su poder cada cónyuge está legitimado frente a tercero de buena fe, para realizar actos de administración, así como los de disposición a título oneroso de dinero, valores mobiliarios, derechos de crédito y cualesquiera otros bienes muebles".

Un pacto capitular similar en su dicción al artículo 232 del Código Foral aragonés disiparía dudas sobre la interpretación del art. 1385 CC ya que la posibilidad ceder el crédito ha sido discutida por la doctrina toda vez que la cesión implica algo más que el ejercicio del derecho de crédito, interviene un tercero (cesionario) y no es necesario el consentimiento del deudor bastando la notificación al mismo de la cesión.

La condonación puede plantear dificultades; en mi opinión, si el cónyuge acreedor con el fin de cobrar, al menos, parte de la deuda confiere a su deudor una quita y le otorga más plazo, solo al cónyuge titular del crédito compete hacerlo; cuestión distinta es si el cónyuge titular del crédito la daña, por ejemplo, mediante su extinción voluntaria sin causa que la justifique; en tal caso, el otro cónyuge puede ejercitar las acciones que le competen contra él, arts. 1358, 1390, 1391 y 1393.2 CC, pero la relación entre acreedor y deudor produce sus efectos jurídicos.

En cuanto al derecho de arrendamiento, tiene naturaleza privativa si es concertado con anterioridad al matrimonio o antes de comenzar la sociedad de gananciales por uno solo de los cónyuges, art. 1346.1 CC; el arrendamiento concertado durante el matrimonio será ganancial si del pago de las rentas responde la sociedad

de gananciales (art.1365CC) y si además, es carga del consorcio (art. 1362 CC), en tal sentido Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ.

En capitulaciones matrimoniales se puede estipular que los derechos derivados del arrendamiento del local donde el cónyuge arrendatario ejerce la profesión o los derivados del local donde está instalada la empresa o negocio sean ejercitados por el cónyuge titular del contrato de arrendamiento, generalmente, el empresario o comerciante y compete a él la decisión de ejercer el tanteo o retracto y la de efectuar la cesión o traspaso ya que tratándose de arrendamientos de local de naturaleza ganancial aunque el contrato haya sido concertado por uno solo de los cónyuges será necesario el consentimiento del otro para la cesión o traspaso pues no solo se cede una posición contractual sino el propio derecho arrendaticio.

No cabe en mi opinión, por ser opuesto al espíritu del art. 1328 CC, que un cónyuge confiera al otro cónyuge mediante estipulación capitular e irrevocable la administración y gestión del patrimonio común, de manera que se implante por medio de capítulos una sola gestión pues ambos cónyuges tienen derecho a participar en la dirección familiar en términos de igualdad. Tampoco cabe prestar con carácter irrevocable mediante pacto capitular (art. 1331 CC) el consentimiento previsto en el art. 1320 CC, se vaciaría de contenido la protección que brinda el precepto.

El art. 231.9 de la Ley 25/2010 de 29 de julio del libro segundo del Código Civil de Cataluña señala que el consentimiento para disponer de la vivienda habitual no puede excluirse por pacto ni otorgarse con carácter general. En parecidos términos se pronuncia el art.16 de la Ley 10/2007 del Régimen Económico Matrimonial Valenciano; "El consentimiento del cónyuge no titular se ha de prestar con conocimiento de los elementos esenciales y de las circunstancias accidentales del concreto negocio dispositivo".

En el ámbito del derecho civil común ¿cabe una autorización genérica, un poder general otorgado por el cónyuge no titular o por uno de los titulares, revocable "ad nutum"?; dicho de otra forma, cuando un cónyuge confiere al otro un poder general que abarca actos dispositivos sobre todo tipo de bienes gananciales y privativos, ¿comprende los actos dispositivos sobre la vivienda familiar? La STS de 8 de junio de 1993 se inclina por la respuesta afirmativa, también la RDGRN de 11 de septiembre de 2000.

Si admitimos un consentimiento general revocable “ad nutum”, debe preverse expresamente en el apoderamiento, tras el debido asesoramiento informado, que se incluyen los actos dispositivos sobre la que sea vivienda habitual de la familia en el momento de ejercitar las facultades el apoderado. Consentimiento general revocable, hallándose debidamente informada la voluntad del mandante-poderdante.

Un importante sector doctrinal se inclina porque el poder debe ser específico y contener las condiciones esenciales del negocio, en este sentido MARTÍNEZ GALLEGO (10) señala: “Es más, aunque el domicilio familiar sea un bien ganancial y uno de los cónyuges hubiere otorgado al otro poder general para disponer expresamente de bienes gananciales, hay que entender excluido de dicho poder el consentimiento para disponer de la vivienda familiar puesto que entender otra cosa sería vaciar de contenido una norma que es una *lex specialis* que se aplica con preferencia a cualquier otro precepto general, lo que no impide, sin embargo, que sea posible y válido un consentimiento presunto o tácito”.

La RDGRN de 17 de diciembre de 1987, BOE 2 de febrero de 1988, señala que el apoderado voluntario con facultades para vender una finca, puede realizar la manifestación, por el representado, sobre el carácter de vivienda habitual de la finca al igual que está facultado para hacer las declaraciones que ordinariamente han de realizar los vendedores, conforme a la legislación civil, notarial y registral, a fin de que la venta sea debidamente escriturada e inscrita. Entre estas declaraciones puede estar la expresión de que la vivienda constituye la residencia habitual del representado, las relativas a la designación de las cargas o gravámenes y, en general, la de toda clase de responsabilidad a que puedan estar afectos los bienes objeto del contrato y las referentes a la situación arrendaticia de la finca vendida.

(10) MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María: “La gestión de bienes gananciales”, *Diario La Ley*. 2001. Ref. D-287. Tomo 7. Editorial La Ley.

3.2.2. Sobre la extensión o restricción de la comunidad.
Desplazamientos patrimoniales entre cónyuges dentro
del régimen de gananciales.

a) Cabe la transmisión por cualquier título (venta, donación, permuta, dación en pago...) de bienes y derechos entre cónyuges (art. 1323 CC)

Existen enormes dificultades, dada la directriz marcada por la DGRN en sus resoluciones de 21 de mayo de 1998, 5 de marzo 1999, 18 de octubre de 1999 y 7 de diciembre de 2000, entre otras, para **probar (prueba documental pública)** la procedencia privativa del caudal (numerario) para poder adquirir un cónyuge a título oneroso y con carácter definitivamente privativo, un bien.

No basta con probar que antes de la compra del bien se habían enajenado unas fincas o unos valores privativos del cónyuge comprador, ha de ser cierto y obvio el reemplazo con los mismos fondos.

No existe en el Código Civil un precepto similar al art. 213 del Código Foral de Aragón.

No obstante, por voluntad expresa de ambos cónyuges se puede fijar con carácter definitivo y erga omnes, el carácter ganancial o privativo de un bien: negocio de atribución de ganancialidad, negocio de aportación a la sociedad de gananciales, atribución de privatividad y además, un solo cónyuge puede adquirir un bien para la sociedad de gananciales.

b) Cabe el pacto de atribución de ganancialidad

El art. 1.355.1 del CC contempla la posibilidad de **asignar de modo definitivo** el carácter ganancial respecto de los **bienes adquiridos a título oneroso** durante el matrimonio, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición como si ésta fuera inequívocamente privativa; RDGRN 29 de marzo 2010, BOE 31 de mayo.

En el supuesto de la citada resolución, en el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa de una finca con precio aplazado, el comprador era divorciado y cuando posteriormente se consuma el proceso adquisitivo (con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, pues no consta de forma auténtica que hubiera tenido lugar antes la «traditio») el adquirente está casado en régimen de gananciales.

El artículo 1.357 párrafo primero CC dispone que tendrán siempre carácter privativo los bienes **comprados** a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales, aunque la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. A diferencia de los artículos 1.354 y 1.356 CC que hacen referencia a "bienes adquiridos", el artículo 1.357 CC se refiere a "bienes comprados"; basta que el contrato se haya perfeccionado para considerar el bien como privativo, aunque la adquisición del dominio por efecto de la tradición tenga lugar con posterioridad al momento en que haya comenzado a regir la sociedad de gananciales (cfr. artículos 1.445 y 1.450 CC), sin perjuicio del correspondiente derecho de reembolso respecto de la parte del precio aplazado que sea satisfecho con cargo a fondos gananciales (cfr. artículo 1.358 del CC); criterio que mantiene también el Tribunal Supremo en Sentencias de 27 de marzo y 20 de noviembre de 2000.

Queda a salvo el supuesto de la vivienda familiar, art. 1354CC.

En el pacto de atribución de ganancialidad, por una declaración de voluntad expresa de los cónyuges, los bienes son adquiridos directamente como bienes gananciales; a tal pacto no le son de aplicación las reglas propias de la transmisión de derechos, sin perjuicio de que el desequilibrio patrimonial que se derive del empleo de bienes o dinero privativo para costear la adquisición genere a favor del patrimonio privativo del que estos procedan un derecho de reembolso para el reintegro de su valor actualizado en el momento de su liquidación, conforme a lo previsto en el artículo 1.358 CC, salvo que la atribución de ganancialidad se efectúe en compensación a otra atribución equivalente procedente del patrimonio privativo del otro cónyuge, como fórmula de pago de un crédito ganancial, por pura liberalidad o por cualquier otra causa lícita.

Por regla general, la atribución tiene causa propia (ampliar el ámbito objetivo de los bienes gananciales para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia) no es necesario expresar la onerosidad o gratuidad de dicho negocio atributivo, pues éste dará lugar –salvo pacto en contrario– al reembolso previsto en el artículo 1.358 CC, dice el centro directivo.

Prevalece la voluntad de las partes –art. 1355 CC– sobre la regla general del artículo 1357 CC.

Esta resolución, que acabamos de resumir, pone de manifiesto la permeabilidad que existe entre los patrimonios privativos y el patri-

monio ganancial. Un bien, por acuerdo expreso de los cónyuges en el momento de su adquisición, tiene carácter ganancial, aun cuando por aplicación de las reglas legales sobre calificación de los bienes éste debiera ser privativo (en nuestro caso, bien comprado a plazos antes del matrimonio). La causa de la atribución puede ser matrimonial en sentido estricto y se presume el derecho al reembolso o bien tratarse de una liberalidad del cónyuge a favor de la sociedad de gananciales o de una dación en pago por la que la sociedad de gananciales salda un crédito que tenía contra uno de los cónyuges o se compensa otra atribución equivalente procedente del patrimonio privativo del otro cónyuge.

Se percibe en la redacción del art. 1355 CC una fuerte influencia del art. 29 de la entonces Compilación del Derecho Civil de Aragón, Ley 15/1967 de 8 de abril y de la Ley 84 del Fuero de Navarra en su redacción anterior a la reforma por Ley Foral 5/1987 de 1 de abril y de los principios sobre los que se asientan estas legislaciones y que las informan, principios de "standum est chartae" y "paramiento fuero vienze", libertad civil y primacía de la voluntad privada; los cónyuges aragoneses, alterando convencionalmente la presunción de muebles por sitios, podían ampliar o restringir la comunidad legal, art. 29 de entonces y los navarros podían derogar convencionalmente las reglas de integración de un bien en la sociedad de conquista, pudiendo excluir de las conquistas bienes en virtud de pactos o disposiciones y atribuir privativamente a uno de ellos los bienes adquiridos con cargo a bienes de conquista si en el título adquisitivo ambos cónyuges lo hacían constar.

La naturaleza de la contraprestación puede ser indeterminada al tiempo de la adquisición o puede ser **inequívocamente privativa**, RDGRN 29 de marzo 2010, BOE 31 de mayo, por lo tanto, el negocio de atribución puede ser de fijación o tener un inequívoco valor constitutivo que excluya el juego de la subrogación real, en este último supuesto genera un derecho de reembolso- que se presume- por la mitad del valor a favor del cónyuge del que procede la contraprestación privativa, reembolso que puede ser abonado por **mutuo acuerdo** antes de la disolución.

c) Cabe el negocio de aportación a gananciales

Tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos traslativos del dominio, como la compraven-

ta, la permuta, o la donación; encuentra justificación en la denominada causa matrimonii. R. 20 de junio de 2006 antes citada

Las aportaciones pueden realizarse en capitulaciones matrimoniales, en cuyo caso, como señala la STS de 26 de noviembre de 1993, mencionada por la resolución, siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente pueden ser impugnado el negocio de aportación como carente de "causa".

La misma causa, señala el Centro Directivo, debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de **pactos extracapitulares** de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio.

Se trata de convenciones que participan de la misma "iusta causa traditionis", justificativa del desplazamiento patrimonial "ad sustinenda oneri matrimonii", ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia en el marco de la relación jurídica básica –la de la sociedad de gananciales– cuyo sustrato es la propia relación matrimonial.

Por tanto, en los dos últimos supuestos b) y c) el reembolso es una consecuencia, del pacto de atribución o del negocio de aportación; el reembolso se presume; la causa es generalmente "ad sustinenda oneri matrimonii", la propia comunidad matrimonial de vida; obviamente, también puede haber desplazamientos y pactos de atribución que respondan a otras causas (liberalidad, dación en pago, compensación).

Son múltiples las razones por las cuales se aportan bienes a la sociedad de gananciales, las más frecuentes, bien adquirido antes del matrimonio financiado con un préstamo hipotecario que se va abonando con fondos gananciales durante el mismo; construcción con fondos gananciales sobre terreno privativo de uno de los cónyuges y se aporta la finca como paso previo a la formalización de la declaración de obra; aportación de bienes gananciales con el fin de someter un conjunto de bienes a un mismo régimen jurídico y facilitar la planificación de la sucesión de ambos cónyuges de tal forma que todos los hijos reciba bienes de ambos (intangibilidad cualitativa de la legítima), hoy, cuestión facilitada por el art. 831 CC; aportación como vía previa para agrupar varias fincas bajo un mismo régimen jurídico (explotación agraria) o aportación con el fin

de posibilitar atribuciones preferentes en la liquidación del régimen, arts. 1406 y 1407CC.

La escritura pública es el cauce adecuado para plasmar estos pactos y acuerdos; en este sentido, se pronuncia el Código Foral de Aragón, art. 215.

d) Cabe la adquisición de un solo cónyuge para la sociedad de gananciales

La confesión de privatividad (art. 1324 CC) tiene efectos limitados; por el contrario, arts. 1361, 1384 CC y 93.4 del RH, un solo cónyuge puede adquirir bienes a **cambio de dinero**, bienes **que él mismo conceptúa de gananciales**; el artículo 93.4 del RH dispone que los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán con esta indicación a nombre del cónyuge adquirente; cada cónyuge puede disponer del dinero que figure a su nombre (art. 1384 CC). No obstante, puede acontecer que en algún supuesto tal declaración sea falsa por ser la contraprestación dineraria inequívocamente privativa.

De ser así, y existir perjuicio para tercero, los acreedores personales y herederos forzosos del cónyuge adquirente habrán de impugnar la calificación de ganancialidad a través de los mecanismos que el Ordenamiento Jurídico pone a su alcance: ineficacia por entrañar una disposición a título gratuito y ejercitar las acciones revocatoria o pauliana, rescisoria y la de reducción de liberalidades por ser inoficiosas, en su caso.

Es interesante la redacción del art. 239 de la Compilación Foral de Aragón y puede trasladarse su contenido a un pacto capitular: consulta a tu cónyuge si el negocio le afecta y luego, decide.

e) Cabe el negocio de atribución de privatividad

El negocio de atribución de privatividad se asoma a los ojos de un jurista de un modo confuso; **no hallamos en él**, la causa matrimonii, la causa "ad sustinenda oneri matrimonii", propia de los desplazamientos patrimoniales que **ensanchan** la comunidad patrimonial, los bienes afectos a las necesidades familiares.

Los cónyuges **con ocasión de la adquisición de determinado bien** a un tercero pueden convenir que éste ingrese de **manera directa y "erga omnes"** en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación.

tación, siempre que dicho negocio conyugal atributivo obedezca **a una causa que justifique la no operatividad del principio de subrogación real**, cual por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, **el derecho de reembolso al que se refiere el art. 1358 CC**, etc, R 25 de septiembre de 1990, BOE 7 de noviembre.

En este sentido la RDGN 21 de enero de 1991 y STS de 19 de diciembre de 1997.

¿Qué quiere decir la R. 25 de septiembre de 1990 cuándo establece como *causa* del negocio de atribución de privatividad, el reembolso del art.1358CC?

El reembolso es **consecuencia** que se presume no causa de la atribución.

La atribución de privatividad ha dado lugar a múltiples comentarios:

Joaquín ZEJALBO **plantea la atribución de privatividad a favor de un cónyuge a cuenta de su cuota en el consorcio**, en el comentario que en la página web. notariosyregistradores.com. realiza a la RDGRN de 9 de julio de 2012, BOE 20 de septiembre y a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 14 de marzo de 2009 la cual resolvió que la **atribución de privacidad por mutuo acuerdo entre los esposos de un bien ganancial a favor de uno de ellos, pactándose que su valor se tendrá en cuenta en la liquidación de la sociedad conyugal, está exenta de ITP**. El Pronunciamiento señala que "estamos ante una transmisión que lo que hace es adelantar los efectos de la futura disolución de la sociedad de gananciales, desde el momento en que se adjudica el bien a uno de los cónyuges pero esta adjudicación no es ajena al proceso de adjudicación de bienes que se producirá en su momento". La sentencia considera que la exención encaja en la dicción del artículo 45.1.B).3 del Texto Refundido: exenciones de las adjudicaciones en pago del haber en la sociedad ganancial.

BLANQUER UBEROS analizó el supuesto de dación en pago de un bien ganancial a uno de los cónyuges en pago de su crédito nacido por el gasto del valor de un bien privativo en interés de la sociedad (por ejemplo, para pagar el precio de adquisición de un bien ganancial o presuntamente ganancial) y se **planteó su validez en cuanto contrato que tiene el contenido propio de una de**

las operaciones liquidatorias; por acuerdo de ambos cónyuges se modifica la calificación de ganancialidad de un bien por la de privatividad del mismo, mediante un contrato que tiene la naturaleza propia de un contrato traslativo debidamente causalizado, de la masa común o ganancial sale un bien que es transmitido al privativo de un cónyuge y como contraprestación causal se extingue una deuda de la sociedad de gananciales a favor del cónyuge adquirente. (11)

La R. 9 de julio de 2012, BOE 20 de septiembre, señala que de la interpretación sistemática de los arts. 1344, 1393 y 1396 CC **resulta inequívoco que es indispensable disolver para poder liquidar, total o parcialmente** la sociedad de gananciales pero permite el negocio de atribución de privatividad en el sentido indicado por la R. 25 de septiembre de 1990; señala el Centro Directivo: "no se duda de la libertad de contratación entre los cónyuges con independencia de su régimen económico; no hay inconveniente en admitir el trasvase de un bien ganancial concreto al patrimonio de uno de los esposos empleando un negocio típico (Resoluciones de este Centro Directivo de 2 de febrero de 1983 y 25 de noviembre de 2004) o acudiendo a la atribución de privatividad, de efectos *erga omnes*, distinta, por tanto, de la confesión del artículo 1324 del CC (Resolución de 25 de septiembre de 1990)"; "Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, pues la virtualidad de ésta, a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (artículo 1324 del Código Civil), queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (vid artículo 1234 del Código Civil)".

Sentemos conclusiones, la autonomía de la voluntad en el marco de una relación matrimonial como epicentro:

1º. En el supuesto de la R. 25 de septiembre de 1990 es **clave el mutuo acuerdo de los cónyuges** pues un solo cónyuge que adquiere a título oneroso no puede, salvo prueba documental in-

(11) BLANQUER UBEROS, Roberto: "Subrogación real convenida entre cónyuges. Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo." Volumen VIII, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid 1988. Véase sobre todo la reflexión final y conclusión, pp. 186-188.

cuestionable que en el ámbito extrajudicial es compleja, evitar la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC.

2º. En el pacto de atribución de privatividad coetáneo a la adquisición (aunque mantiene su sustantividad y autonomía jurídica, a pesar de su conjunción con el negocio adquisitivo, dice el centro directivo) no hay un trasvase del patrimonio ganancial al privativo ya que el bien entra directamente con el carácter de privativo, el reembolso se presume; la DGRN eleva el reembolso a "causa" del negocio, quizá porque la "causa matrimonii" justifica acrecentar los bienes gananciales, que están afectos especial y directamente al levantamiento de las cargas del matrimonio, no menguarlos.

La DGRN en la reciente resolución de 23 de mayo de 2013 (BOE de 27 de junio) exige la constancia expresa de la causa en una escritura en la que de conformidad con los arts. 38 a 43 de la Ley 10/2007 del Régimen Económico Matrimonial Valenciano, se constituía una germanía y resuelve que es preciso hacer constar la concurrencia de causa gratuita u onerosa.

En los trasvases entre patrimonios privativos y ganancial no es el muto acuerdo de los cónyuges por sí mismo causa suficiente, según la doctrina sentada por el Centro Directivo, aunque en puridad son pactos entre cónyuges que expresan su mutua voluntad para afectar o desafectar bienes de un régimen jurídico, el de la sociedad de gananciales, que se presenta a modo de **"universalidad"**, situándose por encima de los avatares de los patrimonios privativos de los cónyuges y del patrimonio ganancial (inequívocamente o presuntivamente ganancial) que lo integra.

3.º No se plantea en el negocio de atribución coetáneo a la adquisición, posibles problemas de liquidación parcial anticipada sin disolución; el bien nunca ha sido ganancial.

4.º No tiene la atribución los efectos limitados de la confesión (se presume el reembolso, luego, no hay empobrecimiento); los acreedores, en su caso, podrán ejercitar la acción subrogatoria y si a la postre, no existe el reembolso, impugnar el negocio atributivo mediante la acción revocatoria o pauliana; otro tanto acaece con los herederos forzosos del cónyuge que atribuye el bien al patrimonio de su consorte los cuales, de ser el reembolso inexistente,

podrán accionar solicitando la reducción de la liberalidad por inoficiosa.

En conjunción con el negocio adquisitivo el proceso se ve claro pero ¿si se desligan ambos negocios?, el bien ya está en el acervo ganancial y se le atribuye por mutuo acuerdo la condición de privativo (posibilidad admitida por el art. 215 del Código Foral de Aragón); ante este hecho, caben estas posibilidades: O ES UNA TRANSMISIÓN (art. 1323 CC) y justificamos (prueba documental pública) la procedencia privativa de la contraprestación (numerario privativo, dación en pago de crédito privativo preexistente) o es una CONFESIÓN de privatividad (art. 1324CC) con sus efectos limitados **o se trata una adjudicación actual a un cónyuge con carácter privativo, por mutuo acuerdo expreso**, que en el momento de la liquidación- no olvidemos que el desequilibrio del desplazamiento patrimonial se puede corregir durante el matrimonio- dará lugar al reembolso, lo cual se presume, y podemos plantearnos si una operación de este tipo contradice las conclusiones de la R de 9 julio de 2012, cuando señala que del sentido de la interpretación sistemática de los arts. 1344, 1393 y 1396 CC **resulta inequívoco que es indispensable disolver para poder liquidar, total o parcialmente** la sociedad de gananciales, todo ello, siempre y cuando estimemos que esta adjudicación actual a un cónyuge posterior al acto adquisitivo puede entenderse como una operación liquidatoria parcial anticipada sin disolución.

La RDGRN de 2 de febrero de 1983 estimó que la transmisión de un bien ganancial mediante precio a un cónyuge no supone una disolución parcial de gananciales.

La atribución de privatividad posterior al acto adquisitivo es un negocio que se encuadra dentro de la libertad de pactos (art. 1323 y 1355) en el marco de un régimen jurídico, el de la sociedad de gananciales. Esta atribución tiene tintes liquidatorios pero no existe liquidación, tintes que también tiene cualquier reembolso o reintegro entre masas patrimoniales llevado a cabo durante la vigencia del régimen, al igual que lo tienen otros negocios como la dación en pago analizada por BLANQUER UBEROS en la obra citada.

En suma, se atribuye por pacto expreso entre cónyuges la condición de privativo a un bien ganancial, inequívocamente ganancial o presuntivamente ganancial.

La causa última: el acuerdo expreso entre los cónyuges, que excluye un bien del acervo ganancial, dentro de la libertad de contrata-

ción del que es claro exponente el art. 1323 CC; José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ (12) señala que “es menester a la vista de esta jurisprudencia –se refiere a la R 25 de septiembre de 1990– resaltar que la atribución de privatividad constituye una “iusta causa traditionis” en meritos de la cual se obtiene la liberación del “onus communionis”, de las cargas inherentes a los gananciales, entre otras, la comunicación futura”; como efecto se fija definitivamente la condición de privativo a un bien que tenía la condición de ganancial o presuntamente ganancial y se genera un reembolso que se presume, aunque según establece el Centro Directivo debe hacerse constar de forma expresa que concurre causa onerosa.

La atribución de privatividad es menos frecuente que la atribución de ganancialidad; si la contraprestación (numerario, crédito preexistente) con la que se obtiene un bien es privativa pero no se puede probar (prueba documental pública) se inscribirá, lo más probable, con carácter privativo por confesión; cuando la contraprestación es privativa, la prueba documental con el fin de lograr la calificación definitiva del bien como privativo deviene necesaria y en caso de no ser la prueba concluyente, la confesión de privatividad del art. 1324 CC, es traje a medida. La atribución de privatividad tiene su encaje en negocios de exclusión de bienes del régimen jurídico de gananciales y por tanto, el bien que se excluye y se atribuye a un patrimonio privativo o es ganancial o es presuntivamente ganancial. Hemos de tener en cuenta que el régimen económico matrimonial de gananciales como tal régimen jurídico existe aunque todos los bienes de un matrimonio sean privativos; la aplicación del régimen y de sus normas unido al devenir del tiempo creará bienes gananciales (arts. 1347.2 y 1361 CC) y tornará a muchos de ellos en presuntivamente gananciales. Es el propio escenario del régimen jurídico el que permite el cambio de calificación de los bienes. No hay disolución del régimen jurídico en estas atribuciones. No hay liquidación.

El Código foral de Aragón, fiel a su principio de libertad civil, utilizando la locución “comunidad” permite su ampliación o restricción; la causa el propio acuerdo de los cónyuges- pacto en escritura pú-

(12) MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: *Régimen Económico Matrimonial y Comunicación de Bienes*. Madrid, Colegios Notariales de España; Consejo General del Notariado 2003, pp. 175 y 176

blica- con el apoyo de la cobertura que les brinda el propio régimen jurídico tal como está regulado en el Código Foral.

El art. 215 bajo el título "Ampliación o restricción de la comunidad" prevé expresamente que ambos cónyuges pueden, mediante pacto en escritura pública, atribuir a bienes privativos el carácter de comunes o, a éstos, la condición de privativos, así como asignar, en el momento de su adquisición, carácter privativo o común a lo adquirido. Salvo disposición en contrario, los pactos regulados en este precepto darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común.

Lo expone claro la exposición de motivos del Código Foral: "Tanto la presunción como el reconocimiento de privatividad se presentan, de acuerdo con su naturaleza, como fenómenos diferentes de los verdaderos pactos por los que los cónyuges atribuyen a bienes privativos el carácter de comunes o, a éstos, la condición de privativos o asignan, en el momento de su adquisición, carácter privativo o común a lo adquirido."

El Código civil, art. 1323 y 1355 CC, posibilita, en mi opinión, estas atribuciones.

Tiene Razón José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ, en la obra citada, cuando señala "que la anatomía del acto es bien distinta: no se comparte, se adjudica sin liquidación y el bien queda excluido del acervo ganancial".

En esta línea se mueve la denominada Germanía valenciana y su elasticidad, arts. 38 y 39 de la Ley 10/2007.

f) Cabe la confesión de privatividad (art. 1324 CC) con sus limitados efectos.

Si un cónyuge estima que el bien es privativo de su consorte pues enajenó, por ejemplo, una finca heredada y obtuvo un dinero pero dado el carácter fungible del mismo no hay prueba documental pública suficiente para inscribir definitivamente como privativo el bien o es "presuntivamente privativo" pues existe caudal privativo de su cónyuge "cuantitativamente" hablando, acudirá de no poder probarlo a la confesión no a la atribución, no hay reembolso, tampoco liberalidad; confesión que no es apta para realizar desplazamientos y que a diferencia de la atribución de privatividad tiene efectos limitados, no es la confesión de privatividad un negocio de exclusión definitiva de un bien de un régimen jurídico. La virtualidad de ésta,

a efectos de la calificación del bien, como señala la DGRN en la resolución citada del año 1990, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (artículo 1324 del Código Civil), "entre cónyuges" queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (*vid.* artículo 1234 del Código Civil).

Los acreedores de deudas de las que respondan bienes gananciales podrán embargar la finca como bien ganancial y los herederos forzosos del confesante computar su valor para el cálculo de su legítima.

3.3.3. Creación de comunidades para mitigar el posible desequilibrio del régimen de separación de bienes. Pactos "tontinos" y comunidades diferidas de valores

En nuestro Código civil la propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren por... "consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición", artículo 609 del CC.

Se argumenta con base en el artículo citado que la comunidad puede tener su origen en un contrato pero no encaminado de forma inmediata a crear la comunidad, ésta surge como consecuencia de la pluralidad de adquirentes. No obstante, la propia DGRN habla de contrato de *comunicación de bienes* para referirse al negocio de aportación y existen comunidades de origen convencional, Ley 377 del Fuero Nuevo de Navarra.

Nos sumergimos en la pluralidad: el artículo 1315 del CC *permite a los cónyuges optar por cualquiera de los regímenes previstos en el derecho civil común y en el foral, combinar entre sí cualquiera de ellos o diseñar un régimen nuevo, como expresión del principio de autonomía de la voluntad que también ha de regir las capitulaciones matrimoniales*"; Rs. 15 de julio de 2011 y 21 de junio de 2013.

La Resolución de 28 de septiembre de 2010, BOE 15 de noviembre, plantea la inscripción en el Registro de la Propiedad de una **escritura de "afectación de bienes a las cargas del matrimonio"**; se quería hacer constar en el Registro de la Propiedad que determinados bienes propios de un cónyuge (un piso, sus anejos y una participación indivisa que da derecho al uso de una plaza de garaje) estaban afectos a las cargas del matrimonio. El Centro Directivo resolvió que la constancia registral de la especial afección

de ciertos bienes a las cargas del matrimonio, sin configurarlo como carga o derecho real, además de producir una falta de claridad en los asientos registrales, podría implicar una alteración del régimen de prelación de créditos que está sustraído a la autonomía privada *aunque reconoce que la constancia registral de la afectación facilitaría la posible traba del bien privativo del cónyuge no deudor por parte de acreedores en caso de que el otro cónyuge incurriera en responsabilidad como consecuencia del ejercicio de la potestad doméstica o cualquier otra actuación que este a cargo de la sociedad de gananciales* (art. 1362 CC); entre las posibilidades que baraja para que fuera inscribible señala que también “podría haberse configurado como una aportación dotal que sería inscribible...; pero no es ésta la voluntad de los cónyuges, pues no se pretende una transmisión al patrimonio del otro cónyuge, ni la configuración de un régimen económico, siquiera parcial, de estas características”.

Constatamos el amplio espacio que deja a la autonomía de la voluntad de los esposos el art. 1315 CC; **las capitulaciones son el lienzo sobre el que los cónyuges dibujan la organización económica de su matrimonio.**

Cabría plantearse, un pacto en capitulaciones confeccionando un régimen mixto y flexible que partiendo de una separación de bienes permitiese la comunicación o adscripción **con carácter real** de uno o varios bienes de los cónyuges a un régimen jurídico de sociedad de gananciales: estableceríamos el régimen de administración, gestión, disposición y afección de dichos bienes al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Un matrimonio joven bien avenido pacta un régimen de separación de bienes y pregunta: ¿podemos adquirir bienes conjuntamente? Por supuesto, en la proporción que ustedes quieran; pero no queremos que uno de nosotros venda su participación sin el consentimiento del otro y aquí nuestro “vetusto” Código civil nos ofrece tantas posibilidades... regímenes económicos de naturaleza mixta y además, tanteo convencional, reglas convencionales sobre comunidad, libertad de pactos entre asociados máxime si son cónyuges.

La STS de 31 de mayo de 2006, rec 4112/1999, señala que el régimen económico vigente de separación de bienes excluye cualquier idea de patrimonio común familiar; la normativa aplicable a los bienes comunes es la propia del régimen general de la copropiedad y en concreto el art. 393 CC, que establece que el concurso de los par-

ticipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, por lo que no considera cargas del matrimonio (art. 1438 CC) los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio y por consiguiente, no puede resultar uno de los cónyuges obligado a una mayor contribución por contar personalmente con mayores recursos económicos.

La Sentencia establece lo que la ley presume pero se puede pactar en capitulaciones la forma o modo de contribuir a las cargas (art. 1438 CC) e incluso establecer por vía capitular gastos asimilados a las cargas del matrimonio (*vid.* art. 9.3 ley valenciana).

La RDGRN de 15 de marzo de 1999 (BOE de 16 de abril de 1999) trató el siguiente supuesto: dos personas, titulares por mitad y pro indiviso de una vivienda, otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales en vista a su futuro matrimonio, conviniendo el régimen de separación de bienes e incluyen una cláusula por la que “para compensar las aportaciones realizadas por el marido al matrimonio, tendrá carácter exclusivamente privativo del marido la vivienda que va constituir el domicilio familiar, aportando la futura esposa la mitad indivisa de la misma de la que es titular, siendo el futuro esposo titular de la otra mitad y asumiendo éste el pago de la hipoteca que queda pendiente”; en la transmisión, así definida, entiende la DGRN que hay un déficit de causa negocial al no determinarse cuáles sean dichas aportaciones y no compaginarse muy bien lo acordado con el régimen de separación de bienes en el cual, “no pueden existir aportaciones de los cónyuges o futuros cónyuges al matrimonio, porque no existe ni puede existir patrimonio conyugal común”.

De acuerdo, pero **existen formas de comunicar, “de compartir”, sin pactar un régimen jurídico de gananciales**, me refiero a los regímenes mixtos o de nivelación, poco empleados en la práctica y que pueden ser extraordinariamente útiles; de esta forma, siendo frecuente, que uno de los cónyuges colabore, trabaje en la empresa o negocio privativo del otro, se puede pactar válidamente en capitulaciones hacer partícipe, a la disolución del régimen, a uno de los cónyuges en los beneficios producidos por la empresa propiedad exclusiva del otro cuando presta su colaboración al desarrollo de dicha empresa o negocio. **Se trataría de un régimen de participación en ganancias limitado, una asociación o sociedad interna entre los cónyuges**, pacto que puede cumplir una función

similar a la que en sede de gananciales se atribuye a los artículos 1406 y 1407 CC.

Se puede pactar un régimen de participación en ganancias en el que no se traiga a cuenta, en el patrimonio final, las plusvalías que se hubiesen generado por causas distintas de las impensas útiles e inversiones de cada cónyuge para evitar que por juegos del destino el crédito que un cónyuge deba abonar al otro sea desmesurado.

Se puede configurar una comunidad limitada o una asociación de compras y mejoras al estilo del Camp de Tarragona.

¿La compraventa con pacto de supervivencia?

La compraventa con pacto de supervivencia, en nuestra opinión, es factible; no es un pacto sucesorio prohibido por el CC; **es negocio inter vivos ya que existe una cesión actual de propiedad**; con relación a ella se han sopesado dos posibilidades: **1.ª considerar que forma un negocio unitario con la compraventa**; los adquirentes de un mismo bien convienen en el título de adquisición que la misma será reputada hecha por cuenta del sobreviviente de ellos, desde el día de la adquisición, con exclusión del premuerto, que es retroactivamente considerado como si nunca hubiera sido propietario; la muerte del primer propietario sólo significa la actualización en el sobreviviente de las potencialidades de un derecho ya transmitido, todo el bien es de ambos y la muerte de uno de ellos produce en el otro la consolidación dominical del derecho de propiedad; **2.ª** Sostener que se puede independizar al vendedor del pacto entre los compradores- que solo a ellos incumbe- y considerar que existe una **cesión actual aleatoria y recíproca entre los adquirentes que lleva consigo la irrevocabilidad de los derechos constituidos (R de 19 mayo de 1917)**, su causa puede ser múltiple: gratuita o **de previsión familiar**.

Se trate de una disposición gratuita o de previsión familiar, es una disposición inter vivos, **media un desplazamiento actual de propiedad entre los adquirentes**, aunque tenga efectos "post mortem". Es necesario distinguir los negocios jurídicos inter vivos con efectos post mortem de los negocios jurídicos mortis-causa.

La Resolución de la DGRN de 19 de mayo de 1917 y SAP de Girona Sección, 2.ª, Sentencia de 16 de mayo de 1994, lo avalan, "la constitución de un derecho real sobre bienes determinados, en consideración a la supervivencia, es convenio entre vivos cuyo desarrollo propio se encuentra en el derecho de contratación y en el

de cosas, sin que la entrega del objeto o el goce de una facultad post mortem sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de los actos entre vivos”.

Añade la Resolución: “En la reciproca cesión otorgada por los compradores, de igual manera que en la constitución de rentas vitalicias, alimentos, seguros, retiros, usufructos o combinaciones tontinas para auxilios a la vejez, se establecen pactos aleatorios que sin comprender la herencia futura ni estar inspirados en un concepto técnico o vulgar de sucesión hereditaria, ni asumir el carácter odioso del pacto corvino, se refieren a la muerte como punto de arranque de derechos y obligaciones o de la adquisición de derechos reales.”

Tienen razón los que han estudiado la posibilidad de cláusulas de acrecimiento o “tontinas” dentro del régimen de separación de bienes –GARRIDO DE PALMA (13)– para admitirlas dentro del marco que la autonomía de la voluntad deja a los cónyuges; estas cláusulas atemperan el régimen de adquisiciones a título oneroso dentro del régimen económico matrimonial de absoluta separación de bienes, mitigan los desequilibrios que puede producir dicho régimen y realizan una función similar a la que en sede de gananciales cumplen los artículos 1406 y 1407 del CC.

Al margen de consideraciones fiscales (consulta vinculante de la DGT de 16 de enero 2009), este pacto suele tener como causa y fundamento la colaboración conyugal, es o puede ser un pacto de previsión familiar, empresarial y de auxilio a la tercera y cuarta edad; no necesariamente el sobreviviente es el único beneficiario, al fortalecer la posición del sobreviviente se fortalece de forma indirecta a la familia (hijos menores o discapacitados); así acontece con otras instituciones usuales en el tráfico jurídico como el usufructo universal gerencial.

Efectos similares al pacto de supervivencia se pueden obtener con adquisiciones plurales en términos similares al planteado por la RDGRN 14 de junio de 2012, BOE de 25 de julio. El Centro Directivo, con razón, determinó que no hay pacto sucesorio en una escritura en que una cooperativa adjudica a uno de los socios la nuda propiedad de la mitad indivisa de una finca y el usufructo

(13) GARRIDO DE PALMA, Víctor: “Capitulaciones matrimoniales y régimen económico del Matrimonio”, *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV, Familia. Volumen I, Civitas Ediciones, 2001, Madrid, tema 2, pp. 266 y 267

vitalicio de la mitad indivisa restante, mientras que al otro socio se le adjudica la nuda propiedad de esta última mitad indivisa, correspondiéndole, además, el usufructo vitalicio de la mitad indivisa del primero.

La Resolución recuerda la doctrina jurisprudencial la cual ha afirmado reiteradamente que el artículo 1271 CC, al aludir a la prohibición de celebrar contratos sobre la herencia futura, se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 CC, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes, pero **no cuando el pacto haga referencia exclusivamente a bienes conocidos y determinados existentes, al tiempo del otorgamiento del compromiso, en el dominio del causante** (STS de 16 de mayo de 1940, 25 de abril de 1951 y 22 de julio de 1997, 4 de mayo de 1910).

En este supuesto, el centro directivo señala que **los adjudicatarios han adquirido sus respectivos derechos de presente**, aunque la plena efectividad futura del cotitular supérstite quede condicionada o aplazada a la muerte del cotitular premuerto.

El mismo efecto podemos verlo en donaciones inter vivos recíprocas con pacto de supervivencia: A y B son dueños de una finca por mitades indivisas; A dona a B su mitad indivisa bajo reversión (la cosa donada vuelve al patrimonio de A, si B premuere, donación subordinada resolutoriamente a la supervivencia del donante) y B hace lo propio con su mitad indivisa. Es una donación válida, un negocio dispositivo actual, se produce la transmisión real del bien donado al donatario con la particularidad de que si el donatario premuere al donante la donación "se resuelve".

3.3. Otras posibilidades de ordenar la economía del matrimonio

Cabe igualmente que cónyuges con vecindad civil común pacten un régimen económico de comunidad universal, al modo de Tortosa o Navarra o al estilo y fuero de Baylio; el establecimiento de un régimen económico de comunidad universal no implica el otorgamiento de un pacto sucesorio prohibido por el art. 1271 CC, no se atribuye al cónyuge sobreviviente el carácter de sucesor del premuerto y nada se estipula en relación con llamamientos hereditarios o con el conjunto patrimonial que un cónyuge deje al morir.

Es posible que el pacto abarque la comunicación de todos los bienes presentes y futuros o sólo de los bienes futuros, esto es, de los adquiridos por cualquier título después del pacto. En el primer caso, no cabe hablar de retroacción –no es un pacto asimilable al supuesto analizado por la R. 16 de abril de 2003– sino de comunicación.

En el Registro de la propiedad con la copia autorizada de la escritura pública de las capitulaciones matrimoniales y, en su caso, con su indicación en el Registro civil se procederá conforme dispone el art.90.1 párrafo segundo del RH.

Cabe que pacten un régimen de separación y creen una comunidad diferida de valores a su disolución, pueden pactar un régimen de participación en ganancias y fijar las reglas de valoración del patrimonio inicial y final, con el objeto –si así se desea– de mitigar las plusvalías de los bienes no causadas por inversiones del titular; pueden determinar el grado de la participación en las ganancias en términos de reciprocidad y la forma de pago del crédito; la regulación que de este régimen hace el Código de Cataluña ofrece puntos de interés que podemos tener en cuenta en la redacción de los capítulos, podemos prever que si la causa de extinción del régimen es el fallecimiento de uno de los cónyuges y corresponde al sobreviviente el crédito de participación, pueda solicitar que en pago de éste, se le adjudique la vivienda familiar en propiedad o en usufructo. Si el valor de la vivienda o el derecho de usufructo adjudicado es superior al del crédito de participación, el adjudicatario debe abonar la diferencia en dinero.

3.4. ¿Capitulaciones condicionales, a plazo?

La R de 16 de abril de 2003, BOE 19 de mayo, rechazó la retroacción del régimen de gananciales al momento de la celebración del matrimonio, estimando que las reglas generales sobre novación modificativa de los contratos y la específica del art. 1317 CC lo impiden.

Cuestión distinta es pactar tras la celebración del matrimonio, la comunicación de **todos los bienes presentes y futuros**, una comunidad universal.

También se puede prever regímenes alternativos, al estilo de la comunicación foral vizcaína, arts. 95 y ss. Ley 1 de julio de 1992, pactar que el régimen sea el de comunicación de bienes y que si el

matrimonio se disuelve sin descendientes comunes o por sentencia de separación, nulidad o divorcio se liquide como un régimen de comunidad limitada de bienes (por ejemplo, limitada a las compras y mejoras causadas por impensas útiles e inversiones) o pactar que el régimen sea el de separación y que pase a ser el de gananciales tras el nacimiento del primer hijo.

IV. ACERCA DEL DEVENIR. PACTOS ESTABLECIENDO LAS BASES DE LA FUTURA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

4.1. Supuesto de disolución del matrimonio por fallecimiento

Las atribuciones preferentes de los arts. 1406 y 1407 son de capital importancia. La Ley 7/2003 introdujo modificaciones en el art. 1406. 2 y en el número 2 del art. 1056 CC de enorme calado; el artículo 1406 dispone *"Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 1. Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346. 2. La explotación económica que gestione efectivamente. 3. El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión. 4. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual. El artículo 1407 "En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero"*.

La STS de 9 de mayo de 2008 adjudicó a la esposa con carácter preferente la mitad (el 50 % era ganancial y el otro 50 % privativo de los hijos del matrimonio) del negocio estructurado en Comunidad de bienes, integrada por los cónyuges y sus hijos al constar que la esposa **asumió su explotación efectiva**. En el supuesto se da la circunstancia de que fue el esposo el que participó en la creación de la comunidad de bienes. No obstante, la esposa **gestionaba** efectivamente la explotación.

Este pronunciamiento es interesante pues se dan dos circunstancias 1.^a existe una adjudicación a la esposa por gestionar de "facto"

la explotación aun cuando sea el esposo quien participó en la creación de la comunidad y 2.º no toda la comunidad de bienes (100 %) era ganancial, solo el 50 % y no obstante, se da entrada a la aplicación del art. 1406 CC, se crea un proindiviso entre el cónyuge adjudicatario y los otros partícipes de la comunidad.

Podemos pactar en capitulaciones, nada lo impide, la extensión, **ilustrando** el ámbito de aplicación material del art. 1406 CC para incluir participaciones sociales, cuotas en comunidades o en sociedades, paquetes accionariales u otros bienes de interés para los cónyuges; en capitulaciones matrimoniales, por ejemplo, se puede establecer un derecho de atribución preferente sobre una finca ganancial a favor de uno de los cónyuges porque linda con otra finca privativa suya y pretende su agrupación bajo un mismo régimen jurídico (determinada explotación).

La Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.ª de 16 de marzo de 2010 atribuyó al esposo un negocio de cerrajería artística y la vivienda unifamiliar donde estaba ubicado dicho negocio pues concurrían los requisitos legalmente previstos para que el derecho de preferente adjudicación a que hace referencia el art. 1406.3 del CC pueda ser reconocido y dice: " para que la atribución preferente opere ha de referirse al local donde se hubiera venido ejerciendo la profesión, que en este supuesto, ha quedado suficientemente claro y precisado, está instalado en la vivienda unifamiliar, local al que le corresponde la nota de **habitualidad profesional**, no transitoria, **consolidada y subsistente** al tiempo de la separación, situación fáctica que permite solicitar su adjudicación preferencial en orden a poder continuar en el mismo su actividad profesional", es un pronunciamiento de interés en la medida que la actividad profesional (arte u oficio) se desarrollaba en el bajo de la vivienda unifamiliar. La sentencia señala: "Si se adjudica, al Sr. Manuel, el negocio a que viene dedicándose pero se le obliga a trasladarlo, lo cierto es que si bien no se le priva de su actividad sí se le está privando del local donde viene ejerciendo la misma. El problema radica en que dicho local, donde desarrolla su actividad de cerrajería, está ubicado en el bajo de la vivienda familiar –compuesta de semisótano y planta baja– y como ya indica la apelada, en su escrito de oposición a la apelación, sin que dicho bajo constituya un inmueble distinto o independiente de la vivienda que había constituido el domicilio familiar hasta la separación del matrimonio, de manera que la atribución de

aquel local, donde está instalada la actividad de cerrajería, implicaría la de la vivienda en cuestión y reconoce *el derecho preferente invocado por el Sr. Manuel a incluir en su haber el local en el que está instalado el negocio de cerrajería –que se le adjudica– lo que implica, necesariamente, la adjudicación de la vivienda en la que dicho local –y el negocio en cuestión– se ubica.*

Estas cuestiones eminentemente prácticas pueden ser objeto de pactos en capitulaciones matrimoniales, aclarando supuestos futuros. Un supuesto que debe ser aclarado deriva de la dicción literal del **art. 1406** del CC, cuando establece “cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber **y hasta dónde este alcance:** “la explotación económica que gestione efectivamente”; **en principio, debe entenderse que si uno de los cónyuges ha venido gestionando una explotación económica, se le atribuirá con carácter preferente, pero hasta el límite (no superable) que alcance su parte.** Este problema en nuestra opinión, es solucionable, por pacto, previendo la compensación del exceso pues las explotaciones económicas suelen ver mermado su valor si se dividen.

La Sentencia de la AP de Palencia 20 de mayo de 2013 en un supuesto de distribución de acciones gananciales de una entidad mercantil administrada por el esposo, se opuso a un reparto desigual en el que la esposa tenía un poco más del 50 % y se compensaba económicamente al esposo; la Audiencia resolvió que es más equitativo y se ajusta más al principio de igualdad que debe presidir toda liquidación de sociedad de gananciales la adjudicación al 50 %, porque si a día de hoy la entidad ha venido funcionando a satisfacción en el tráfico mercantil gestionada por el esposo, la igualdad perseguida se podría truncar de aprobarse definitivamente la distribución de las acciones tal como lo hace la Contadora pues podría darse el caso que quién ha desempeñado el cargo de administrador en esa sociedad los últimos veinte años perdiera su puesto de trabajo y esto si supondría un grave desequilibrio no compensable con el dinero que recibiría de más por las acciones que recibiría de menos y puesto que el interés común a ambos contendientes debe ser que dicha sociedad siga funcionando como hasta ahora, que esto se consiga dependerá en mayor medida de que continúe como administrador el que mejor conoce los entresijos de la empresa y esto al día de hoy sólo se puede garantizar distribuyendo las 500 acciones de la socie-

dad al 50 % y compensando a la esposa en lo que pudiera resultar perjudicada.

Situaciones como las expuestas pueden ser corregidas en capitulaciones matrimoniales.

La promesa de mejorar en capítulos puede ser una vía para encauzar la sucesión del empresario, dotando al continuador-sucesor de tranquilidad jurídica, art. 826 CC, el sucesor de la empresa compensará económicamente a los demás, artículos 1056.2 CC. La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto.

Ninguna institución (capitulaciones matrimoniales) es perfecta en sí misma para solventar todos los problemas; a veces, hay que combinar varias de ellas: cláusulas estatutarias restrictivas a la libre transmisibilidad de acciones o participaciones sociales, prestaciones accesorias, participaciones sin voto para los hijos del empresario que no participan en la gestión de la sociedad, etc.

Como acontece en la vida rural, en capitulaciones se puede mejorar al hijo que va a permanecer en casa, a cambio de que éste viva en unión y compañía de los mejorantes, trabajando "para casa"; mejora que es un aliciente para el hijo que continúa en "casa" y que puede revestir importancia económica para la continuidad de las explotaciones agropecuarias familiares. Se trata de una mejora sometida a condición, referida a que el mejorado ha de vivir en unión y compañía de los mejorantes, trabajando para casa. Pese a la dicción del art. 827 del CC, del que parece desprenderse la irrevocabilidad de las mejoras realizadas en capitulaciones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1930, declaró que nada impide que a instancia de los herederos se pueda resolver el contrato cuando el mejorado hubiese faltado a las condiciones que se le impusieron al hacerse la mejora; cabe su revocabilidad por incumplimiento de las condiciones suspensivas o cumplimiento de las resolutorias impuestas en las capitulaciones o en el contrato o por incumplimiento de las cargas impuestas por el mejorante al mejorado.

Cobran importancia escrituras en las que se incluyen las bases de liquidación del régimen de gananciales como presupuesto para realizar los cónyuges en sus respectivos testamentos- toda vez que el derecho civil común no admite el testamento mancomunado- una partición conforme al art. 1056 CC. Estos convenios son eficaces entre cónyuges, tienen carácter contractual, art. 1255 CC y fuerza de ley, art. 1091 CC.

Sería una liquidación practicada en vida para que surta efecto cuando la sociedad se disuelva. Como señala la generalidad de la doctrina, permitida legalmente la disolución y liquidación convencional de la sociedad de gananciales en vida de ambos cónyuges es aún más razonable que los cónyuges pacten válidamente como se liquidará cuando la sociedad se extinga por muerte de uno de ellos; no es un pacto sucesorio, los cónyuges no se conceden entre sí derecho hereditario alguno ni lo otorgan a un tercero y el fallecimiento no es la única causa de disolución del régimen.

Los cónyuges proceden a "*sentar las bases de la liquidación de la sociedad de gananciales con plena eficacia al disolverse la misma*" como presupuesto previo para la posterior distribución de sus respectivas herencias (art. 1056 CC) en testamentos independientes.

También se pueden otorgar dos testamentos individuales, particionales y combinados por ambos cónyuges testadores (STS de 21 de julio de 1986), de tal modo que al fallecimiento del último de ellos los bienes gananciales tengan el mismo destinatario y establecer en ambos testamentos que la eficacia de esta partición quedará en suspenso hasta el fallecimiento del último de ellos, reforzándose con el legado de usufructo universal mutuo y con una prohibición de adjudicación durante la vida del supérstite y para evitar que la revocación del testamento por uno de los testadores desequilibre la partición se puede condicionar la misma al mantenimiento de ambos testamentos y establecer, como es usual en otras legislaciones, que si alguno de los legitimarios reclama su legítima al fallecimiento del primero de los cónyuges y por tanto, estando pendiente la eficacia de la partición quedará reducido a la legítima estricta que podrá ser abonada en metálico.

Desaparición del art. 831 CC en capitulaciones ¿Por qué? Se sostenía por un amplio sector de la doctrina que tanto se otorgase en capítulos como en testamento se trataba de una declaración unilateral de apoderamiento que unilateralmente podía revocarse de modo expreso o tácito por el ejercicio directo de las facultades delegadas por el delegante; tal delegación era un poder inserto en capitulaciones no una estipulación relativa al régimen económico. Quizá para evitar polémicas sobre su naturaleza jurídica se suprimió la posibilidad de conferir (pactar) en capitulaciones la facultad testatoria.

En mi opinión, la facultad del art. 831 CC, tiene encaje cómodo en un testamento mancomunado similar al regulado en la Ley

gallega que obliga al revocante a notificar al otro aunque no contenga disposiciones recíprocamente condicionadas o correspectivas, testamento prohibido en derecho común; de permitirse –que no se permite ahora– la delegación del art. 831 CC en capitulaciones, éstas son un negocio bilateral, el delegante puede dejar vacío su contenido mediante la disposición de sus bienes pero no puede revocar unilateralmente los capítulos.

4.2. Supuesto de disolución del matrimonio por causa de crisis matrimonial

Veamos someramente los pactos destinados a anticipar las consecuencias de la ruptura matrimonial.

¿Qué es lo que escuchamos y sobre qué asesoramos en las notarias?

¿Pactos en relación a los hijos?

Son de especial delicadeza; las normas que regulan los deberes para con los hijos tienen un marcado carácter público. Hay que proceder con cautela. No cabe transigir sobre alimentos. En cuanto a los pactos entre cónyuges sobre educación (pública o privada, religiosa o laica) y sobre actividades extraescolares y ocio de los hijos, son de difícil exigibilidad; el juez velará siempre **por el interés del menor**, nada más y nada menos; ¿ventajas? Permiten conocer al futuro cónyuge mejor.

Pactos sobre la compensación por trabajo en el hogar, art. 1438 CC y pensión compensatoria, art. 97 CC.

Señala el TS en S 14 de julio de 2011, rec. 1691/2008, que el **art. 1438 CC contiene tres reglas coordinadas: 1.^a** La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio; la separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir. **2.^a** Puede contribuirse con el trabajo doméstico y **3.^a** El trabajo para la casa no es solo una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. **Ha de regir el régimen de separación de bienes.**

Para establecer la forma de determinar la cuantía de esta compensación, el **art. 1438 CC se remite al convenio**, es decir, los cónyuges al pactar el régimen pueden establecer **los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma**

de pago; pueden utilizarse como base algunos de los criterios que establece, por ejemplo, el art. 13.2 del la Ley 10/2007 de 20 de marzo de Régimen Económico Matrimonial Valenciano: coste de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios hay podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación a la casa o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que la dedicación por el otro cónyuge al hogar le ha permitido obtenerlos.

El TS en la sentencia citada sienta como doctrina jurisprudencial, con base en el art.1438 CC, que para obtener la compensación no es necesario que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

Se puede fijar una cantidad fija o la dación de un inmueble.

La pensión compensatoria del art. 97 CC tiene otra naturaleza jurídica, está alejada de la pensión alimenticia; **tiene finalidad niveladora;** estriba su presupuesto esencial en la desigualdad que resulta de confrontar las posiciones económicas de cada parte, antes y después de la ruptura, no necesita la prueba de la existencia de la necesidad; basta probar que se ha sufrido un empeoramiento en relación a la situación que se tenía durante el matrimonio.

Existen abundantes pronunciamientos de los Tribunales (SAP Barcelona 12.^a de 19 de noviembre de 1999, SAP Barcelona 12.^a de 17 de marzo de 2000, SAP Valladolid 3.^a de 13 de mayo de 2002, SAP Madrid 22.^a de 27 de febrero de 2007) que posibilitan y permiten la renuncia a la compensación económica y a la pensión compensatoria, anticipadamente, antes de la ruptura matrimonial.

Nos señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid antes citada que en el Código Civil no se hace mención a la nueva realidad social que hoy se vive entre parejas que, en ocasiones, vienen conviviendo con anterioridad al matrimonio, que después se contrae, cuentan con sus propias posibilidades laborales y económicas, son conscientes de sus propias situaciones profesionales y patrimoniales, y se encuentran en plenitud de capacidad para regular, en este ámbito económico y patrimonial, la situación de futuro, si se produce la ruptura personal y definitiva entre ellos.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado la pensión compensatoria como un derecho de carácter privado, disponible y renunciable, que se puede hacerlo valer o no, sin que pueda

intervenir el poder público para imponerlo, de forma coactiva; en este sentido la STS de 2 diciembre de 1987 pues no afecta al sostenimiento de la familia, ni a la alimentación y educación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio; en esta línea se manifiesta la Jurisprudencia menor (Audiencia Provincial de Bilbao, sentencia de 7 de julio de 1989, AP Las Palmas, sentencia de 23 de noviembre de 1998).

Centrando la problemática en la renuncia anticipada efectuada por los futuros cónyuges en capitulaciones matrimoniales, la cuestión se centra en determinar si la renuncia lo es a un derecho subjetivo o es un supuesto de exclusión voluntaria de la ley aplicable, dado que el derecho a la pensión no ha llegado a nacer, al no haberse producido una crisis conyugal que da lugar a su nacimiento o, a mayor abundamiento, puede no haberse celebrado todavía el matrimonio como circunstancia que condiciona necesariamente el posterior nacimiento de dicho derecho, que se concreta en el momento de la ruptura matrimonial acreditado, además, el desequilibrio económico entre los esposos.

No es pacífica la doctrina emanada de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, la sentencia de 12 diciembre de 2000 (Audiencia Provincial de Asturias) señala "la imposibilidad de renunciar de modo anticipado a la pensión compensatoria... en base al argumento de que no cabe la renuncia a derechos o beneficios otorgados por las leyes, cuando éstos aún no han surgido ni se han integrado en el patrimonio del renunciante".

Se cuestiona este argumento por distintos pronunciamientos judiciales en la medida en que se trata de excluir (art. 6.2 CC) voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un determinado derecho, por haberlo dispuesto así voluntariamente los destinatarios de la norma dispositiva, que han sustituido la regulación de una determinada institución, la pensión compensatoria por otra distinta (en el supuesto del pronunciamiento de la Audiencia de Madrid por la propiedad de un inmueble).

La renuncia a la ley aplicable está sujeta a idénticos límites que la renuncia a los derechos, esto es, no puede ser contraria al orden público ni perjudicar a derechos de terceros, arts. 6.2 y 1255 del CC.

En el orden familiar, el orden público se circunscribe a la determinación de la guarda y custodia, régimen de visitas, atribución

del derecho de uso de la vivienda, pensión alimenticia... etc.; no así a la fijación de la pensión compensatoria, dado su carácter disponible.

¿Existe la posibilidad de revisar tal renuncia en el ámbito judicial? La Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 2 de abril de 1987 defendió que no basta para denegar la pensión compensatoria la existencia de un pacto anterior en el que un cónyuge haya renunciado a la misma, sino que deben estimarse y valorarse también otros factores porque si bien es verdad que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen conveniente siempre que no sean contrarias a la ley y a la moral; este principio de aplicación a la materia de contratos, no ha de aplicarse con la misma amplitud en materia de matrimonio y filiación, donde la libertad y autonomía de las partes se restringe con base a otros principios superiores y esto lo demuestra, entre otros, el artículo 90 apartado e) del Código Civil que permite al juez modificar los acuerdos de los cónyuges cuando los estime gravemente perjudiciales para uno de ellos.

Un sector de la jurisprudencia y de la doctrina, se refiere –con mayor tino– a la teoría de la alteración de la base del negocio; en este sentido, la Audiencia Provincial de Granada (sentencia de 14 de mayo de 2001) que no cuestiona la validez del acuerdo alcanzado en su momento por los cónyuges, pero suaviza sus consecuencias dada la alteración de los presupuestos sobre los que se formuló, cláusula “rebus sic stantibus”; se acepta la alteración de la base objetiva del negocio jurídico, por lo que, modificándose los presupuestos sobre los que se construyó tal negocio, en el sentido de que ambos cónyuges conservarían su autonomía económica, si resulta que luego no ha sido así, sería posible abrir la vía para exigir una reclamación ante la imposibilidad sobrevenida de uno de ellos para desenvolverse en el terreno laboral; de haber permanecido inalterable los presupuestos iniciales sobre los que se expresó tal renuncia, que no adolecía de vicio alguno, no hubiera sido posible reputar tacha a tal negocio jurídico.

Los pactos deben respetarse, pero se puede haber producido un cambio imprevisible de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al pactar.

Un último factor, a tener en cuenta, sobre el que el notario asesorará, es el posible componente alimenticio de la pensión compen-

satoria en supuestos en los que uno de los cónyuges careciera de medios económicos suficientes para vivir con independencia y autonomía y que puede determinar la posible aplicación del artículo 90 del Código. La pensión compensatoria puede ser objeto de renuncia previa, pero tal renuncia no es posible si tiene carácter alimenticio, en este sentido acertadamente el art. 233.16.2 de la Ley 25/2010 Libro Segundo Código Civil de Cataluña.

Todo ello enlaza con la última cuestión:

V. LA ESCRITURA PÚBLICA COMO VEHÍCULO QUE GARANTIZA PACTOS EN IGUALDAD y DESDE LA IGUALDAD

La existencia de un vicio de consentimiento difícilmente tendrá lugar si se emplea la escritura pública como vehículo de los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales; el notario, presente, velará por la libre formación de la voluntad y asesorará sobre los posibles límites a la autonomía de la voluntad.

Quiero destacar la labor conformadora y asesora del notario; el asesoramiento informado que presta el notario es, por definición, un asesoramiento previo a la labor redactora, a su dación de fe.

Este asesoramiento previo e informado es de capital importancia porque "hay que tener conocimiento cabal de lo que se quiere hacer antes de hacerlo".

Su asesoramiento es distinto al asesoramiento que presta el letrado de parte. Es imparcial. Como señala la STS de 14-V-2008, las actividades de asesoramiento con ocasión de la autorización de escrituras públicas pertenecen de manera plena al ámbito de sus funciones públicas.

Como recoge la RDGRN de 26 de octubre de 1995, el notario tiene el deber de asesorar debidamente a los otorgantes informándoles de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado con una actuación profesional cuya imparcialidad, legalmente exigida, implica "una asistencia especial al otorgante necesitado de ella".

De ahí la importancia de la escritura pública en los acuerdos que se anticipan a las consecuencias de la ruptura y es importante en tanto vehículo que garantiza pactos alcanzados **desde la igualdad y en igualdad**.

VI. CONCLUSIONES

1.º **Las capitulaciones matrimoniales no son una carpeta en la que quepa un poco de todo.** Son, fundamentalmente, pactos o acuerdos para regular el régimen económico del matrimonio; el estatuto patrimonial del matrimonio.

2.º *El artículo 1315 del CC permite a los cónyuges optar por cualquiera de los regímenes previstos en el derecho civil común y en el foral, combinar entre sí cualquiera de ellos o diseñar un régimen nuevo, como expresión del principio de autonomía de la voluntad que también ha de regir las capitulaciones matrimoniales sin más límites que los establecidos en el art. 1328CC, RDGRN de 15 de julio de 2011 y 21 de junio de 2013.*

3.º **La tipicidad** no es una característica necesaria del régimen económico matrimonial en nuestro Ordenamiento Jurídico.

4.º Los derechos civiles especiales de los distintos territorios de nuestro Estado, son herramienta de la que el notario puede valerse para asesorar a los futuros esposos o cónyuges, también de vecindad civil común, acerca del modo de organizar convencionalmente la economía de su matrimonio.

5.º Las capitulaciones matrimoniales no son panacea que solventa todas las cuestiones; una adecuada planificación patrimonial y sucesoria requiere, habitualmente, de la concurrencia y combinación de varias instituciones jurídicas; destaquemos algunas de ellas: partición por el testador (arts. 1056.2 y 1271.2 CC), fiducia sucesoria del art. 831CC, institución de heredero o disposición de legado bajo condición o a término; cargas modales; sustituciones fideicomisarias; facultad de pago en metálico de la legítima, art. 841 y SS; mejora en cosa determinada, art. 829; legado de cosa ganancial; disposiciones inter vivos con eficacia diferida al fallecimiento; usufructo universal gerencial; prohibición de división del art. 400 y 1051 CC; prestaciones accesorias; cláusulas restrictivas a la libre transmisión de acciones o participaciones; participaciones sin voto; designación testamentaria de albaceas y administradores.

6.º En el régimen económico de sociedad de gananciales y en otros regímenes económicos de comunidad de bienes se producen trasvases entre los patrimonios privativos y el patrimonio común o ganancial, algunos con causa propia y de difícil encaje en la onerosidad o gratuidad.

7.º El art. 1328 CC plantea al operador jurídico inquietudes en su aplicación práctica por los distintos matices que “salen a la luz” al tener que armonizar y conjugar los principios de libertad e igualdad jurídica de los cónyuges.

8.º La protección de la vivienda familiar está presente en las propuestas legislativas europeas.

9.º No todo acuerdo que se anticipa a las consecuencias de la ruptura matrimonial es exigible cuando la ruptura acaece; si atañe a hijos menores, el juez velará siempre por el interés de los mismos; si atañe a los cónyuges, los pactos deben respetarse pero se puede haber producido un cambio imprevisible de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al pactar.

10.º La escritura pública garantiza que los pactos se alcancen **desde la igualdad y en igualdad.**

Los múltiples trabajos de José Ángel Martínez Sanchiz, Roberto Blanquer Uberos, Manuel de La Cámara y Víctor Garrido de Palma han sido, sin duda, guía para todo lo aquí expuesto.

BIBLIOGRAFÍA DE INTERÉS:

- LLAMAS POMBO, Eugenio; ROMÁN GARCÍA, Antonio: "Eficacia de los regímenes económicos matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos". *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Edición 1.ª, Editorial La Ley, Madrid, diciembre 2006.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal: "Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil". *Diario La Ley*, núm. 7571, año XXXII, 17 de febrero de 2011, ref. D-69, Editorial La Ley.
- MORENO VELASCO, Víctor: "La Validez de los Acuerdos matrimoniales", *Diario La*

Ley, núm. 7049, año XXIX, 5 de noviembre de 2008, Ref. D-313, Editorial La Ley. Este autor realiza una interesante exposición sobre la libertad contractual de los cónyuges, los límites, y la forma de los acuerdos.

DIAGO DIAGO, María del Pilar: "La protección de la vivienda familiar: un análisis de derecho interregional". *Actualidad civil*, 1999. Ref. LXVI, tomo 4, Editorial La Ley.

LA PRESENTACION DEL TÍTULO SUCESORIO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD SEGUN LA ERRÓNEA DOCTRINA DE LA ACTUAL DGRN (*)

(No existe "un" título sucesorio sino "tres")
(Existen "Testamentos/no títulos sucesorios")

*Al Doctor D. José Enrique Rivas Pérez (†)
y a D.ª M.ª Jesús Palá Berdejo
por acogerme, por apoyarme... (1)*

Rafael Rivas Andrés
Notario

Resumen: Para ampliar la calificación registral a costa de lo que sea, la actual DGRN exige la presentación del título sucesorio "íntegro" confundiendo: a) la naturaleza de la Declaración de Herederos notarial tratándola como Testamento cuando es similar a la Judicial; b) fe pública original y derivada (los "documentos originales e íntegros" a efectos del Registro no existen, pues copias y testimonios "totales y literales" tienen igual fe pública que los "parciales y en relación"); c) que en los testimonios parciales de documentos relativos a hechos (Declaración de Herederos, Defunción y Últimas Voluntades) no es necesario advertir que lo no transcrito no influye en lo testimoniado; d) "título sucesorio" con "título de inscripción" (el art. 14 LH sólo aclara que no podemos aceptar directamente aquí Tes-

(*) La segunda parte de este trabajo se publicará en el número 87 de la Revista Jurídica del Notariado.

(1) El autor bien sabe que estas desordenadas líneas no son suficientes para pagar la deuda de gratitud contraída con D. José Enrique y D.ª M.ª Jesús, pero el hecho de que en ellas se haya tenido que investigar ciertos documentos del XIX, pudiera haber movido al doctor RIVAS PÉREZ a leerlas con indulgencia, dada su condición de insigne jurista, profesor de Historia del Derecho y discípulo predilecto del catedrático D. Juan MONEVA Y PUVOL en una Zaragoza del siglo XX que por desgracia ya comienza a desdibujarse en la memoria...

tamentos de otros países en los que no sean títulos sucesorios). Olvida que la doctrina "secular" es que basta presentar el título por testimonio "parcial" y no duda en citar mal Res atribuyéndoles doctrinas inexistentes (no se las ha leído), omite otras que contradicen sus ensoñaciones y hasta guarda un ominoso silencio sobre tres Sentencias que le desmienten (del Juzgado, Audiencia y TS), demostrando que usa la jurisprudencia a su antojo, pues sólo se apoya en ella (Res 22/2/12) para infligir el mayor ataque que ha sufrido la profesión notarial permitiendo la inscripción de "documentos/No públicos" elaborados por "analfabetos jurídicos".

Abstract: To extend the registry control at the cost of whatever the thing is, the present DGRN demands the whole successory title "complete", confusing: a) the nature of the notarial Inheriting Statement having the treatment of a Will when it is similar to the Juridical one; b) original and derived public faith (the "original and complete documents" do not exist as a result at the Registry, thus copies and testimonies "total and literal ones" have the same public faith that the "partial ones and the ones with relation"); c) that in the partial testimonies of documents which are relative to facts (Inheriting Statement, Death and Last Will and Testament) it is not necessary to advise that what is not transcribed does not influence the one evidenced); d) "successory title" with "registration title" (the 14 LH Article only says that we cannot accept Wills straight here from other countries in which these ones are not successory titles). The present DGRN forgets that the doctrine "secular" means that it is enough presenting the title like "partial testimony" and it does not doubt to name badly "Res" and attributes inexistent doctrines (it has not read them), it does neglect others that disagree with its dreams and even keeps a guilty silence upon three Evidences that deny it (from the Court, Regional Court and Supreme Court) showing that it uses the jurisprudence to its own, as it is only based on it (Res 22/2/12) to infringe the greatest attack that the notarial profession has suffered allowing the registration of badly-worded "No public documents" by "illiterate jurists".

Palabras clave: Título sucesorio, Testamento, Declaración de Herederos, Fe Pública, Instrumento público, Copia, Testimonio, Testimonio en relación, Doctrina de equivalencia de formas, Doctrina de equivalencia en Seguridad jurídica, "Probate", "Erbschein", Universalidad de la herencia, Reenvío, Orden Público, Artículo 14 Ley Hipotecaria, Artículos 76 y 78 Reglamento Hipotecario.

Key words: Successory title, Will, Inheriting Statement, Public faith, Public document, Copy, Testimony, Testimony with relation, Form equivalence doctrine, Equivalence doctrine on juridical security, "Probate", "Erbschein", Universality of the Inheritance, Forwarding, Public order, Article 14 Mortgage Law, Articles 76 and 78 Mortgage regulations.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL ERROR DE PARTIDA ES NO ACERTAR CON LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE CADA UNO DE LOS TRES DISTINTOS TÍTULOS SUCESORIOS
- II. LA RECIENTE DOCTRINA DE LA ACTUAL DGRN SOBRE LA PRESENTACIÓN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL TÍTULO SUCESORIO, O CÓMO CREAR UN PROBLEMA DONDE NO LO HABÍA
- III. LA CUESTIÓN NO ES SOBRE SI "HAY O NO" QUE PRESENTAR EL TÍTULO SUCESORIO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, SINO SOBRE "CÓMO" HAY QUE PRESENTARLO: A EFECTOS REGISTRALES EL TÍTULO "ORIGINAL" E "ÍNTEGRO" NO EXISTE, ES UN MITO
- IV. LA ACTUAL DGRN CONFUNDE LA "FE PÚBLICA ORIGINAL" Y LA "FE PÚBLICA DERIVADA", Y NO DISTINGUE ENTRE COPIAS Y TESTIMONIOS TOTALES Y PARCIALES, LITERALES Y EN RELACIÓN
 - IV.1. Fe pública original y fe pública derivada.
 - IV.2. Copias notariales, totales y parciales, literales y en relación.
 - IV.3. Testimonios notariales, totales y parciales, literales y en relación.
 - IV.4. En los testimonios "parciales" (literales o en relación) de las Declaraciones de Herederos y los certificados de Defunción y Últimas Voluntades, ni siquiera es necesario advertir que lo no testimoniado no altera, restringe, limita o condiciona lo transcrito
 - IV.5. Las Copias y Testimonios totales y literales, no tienen más fe pública que las parciales (literales o en relación)
 - IV.6. Cómo se adjuntan y cómo se reproducen los documentos incorporados a una matriz de Escritura o Acta: 5 posibles combinaciones de Copias y Testimonios totales/parciales, literales/en relación
- V. LA ACTUAL DGRN CONFUNDE EN EL ART. 14 LH TÍTULO DE LA "SUCESIÓN" CON TÍTULO DE LA "INSCRIPCIÓN"
- VI. LO QUE REALMENTE HACE EL ART. 14 LH ES DELIMITAR "POSITIVAMENTE" EL TÍTULO SUCESORIO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL EN EL QUE EXISTEN "TESTAMENTOS/TÍTULOS SUCESORIOS" Y "TESTAMENTOS/NO TÍTULOS SUCESORIOS"
- VII. EL ART. 14 LH TAMBIÉN DELIMITA "NEGATIVAMENTE" EL TÍTULO

SUCESORIO EN ESPAÑA. LOS PROBLEMAS DE LA RECEPCIÓN DE LOS TÍTULOS SUCESORIOS EXTRANJEROS

- VII.1. La incompatibilidad de sistemas sucesorios y el orden público español. En la ciencia jurídica no cabe la "transubstanciación": el Testamento extranjero siempre es extranjero
- VII.2. El principio de universalidad de la herencia para la determinación de la ley hereditaria sustantiva
- VII.3. El principio de universalidad de la herencia para la concreción del título sucesorio
- VII.4. Las normas de circulación internacional de documentos notariales

VIII. LOS DEFECTOS DE UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y DE EXPRESIÓN DEL ART. 14 LH

IX. LA DOCTRINA TRADICIONAL DE LOS SIGLOS XIX, XX Y XXI QUE OCULTA LA ACTUAL DGRN ES QUE NO ES NECESARIA LA PRESENTACIÓN DEL TÍTULO SUCESORIO ÍNTEGRO EN REGISTRO DE LA PROPIEDAD: NI SIQUIERA SE HAN LEÍDO LAS RES QUE CITAN Y HACEN

- IX.1. La Real Orden de 5/9/1867 y el primer RN de 30/12/1862
- IX.2. La Res 11/5/1900 y el segundo RN de 9/11/1874
- IX.3. La Res 28/4/1926
- IX.4. La Res 5/12/1945
- IX.5. La extraordinaria Res 15/1/1960 que no se ha leído la actual DGRN
- IX.6. La Res 3/4/1995
- IX.7. La Res 11/3/03
- IX.8. La Res 8/7/05 que tampoco se ha leído la actual DGRN
- IX.9. La Res 22/7/05
- IX.10. La Res 1/10/07
- IX.11. La Res 12/11/11
- IX.12. La Res 3/2/12 que tampoco se ha leído la actual DGRN por más que sea su autora ¿?

X. EL OMINOSO SILENCIO DE LA ACTUAL DGRN SOBRE TRES SENTENCIAS JUDICIALES QUE LE CONTRADICEN

XI. EL ART. 143 RN NO AUTORIZA EN MODO ALGUNO A QUE EL REGISTRADOR CALIFIQUE MÁS ALLÁ DE SUS COMPETENCIAS

XII. CONCLUSIÓN PRIMERA.- NO HAY QUE PRESENTAR AL REGISTRO EL TÍTULO SUCESORIO ÍNTEGRO: LAS RES 4/6/12 Y 2/10/12 SÓLO TRATAN DE LA AMPLIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL A COSTA DE LO QUE SEA

- XIII. CONCLUSIÓN SEGUNDA.- LAS RES 4/6/12 Y 2/10/12 DEBERÍAN RECURRIRSE ANTE LOS TRIBUNALES A LA VISTA DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES
- XIV. CONCLUSIÓN TERCERA.- LA ACTUAL DGRN UTILIZA LAS SENTENCIAS A SU ANTOJO: SÓLO LAS DEJA INAPLICADAS CUANDO CONVIENE PARA AMPLIAR LAS COMPETENCIAS REGISTRALES. EL INAUDITO CASO DE LA RES 22/2/12 SOBRE LA DEGRADACIÓN DE LA PROFESIÓN NOTARIAL EN PALABRAS DEL ACTUAL DIRECTOR GENERAL. PROYECTO "NOTARCROBECO"
- XV. CONCLUSION CUARTA.- EPÍLOGO SOBRE LA ARGUMENTACIÓN DE LAS RES 4/6/12, 2/10/12 Y 22/2/12

I. INTRODUCCIÓN: EL ERROR DE PARTIDA ES NO ACERTAR CON LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE CADA UNO DE LOS TRES DISTINTOS TÍTULOS SUCESORIOS

Como en las obras de teatro de nuestro siglo de Oro lo primero es presentar los personajes que van a desarrollar el drama que aquí nos convoca. Y para ello hay que comenzar examinando lo que dice la norma que concreta el título sucesorio en nuestro ordenamiento, es decir, el art 14 LH que vamos a transcribir con la advertencia de que en realidad trata (luego lo veremos) de dos títulos: el sucesorio y el de la inscripción de bienes hereditarios; dice así

"El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el Testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero, con la sola excepción de lo ordenado en el párrafo siguiente".

Desde luego que el art. 14.1.º no engaña a nadie, dice claramente que hay tres y no un título sucesorio; por este orden:

1.º El Testamento (el contrato sucesorio se puede entender incluido aquí por asimilación "negocial") junto con los certificados de defunción y últimas voluntades (UV) que añaden los arts. 76 y 78 RH.

2.º La Declaración de Herederos judicial mediante Auto.

3.º La Declaración de Herederos notarial mediante Acta de Notoriedad.

Decimos que el art. 14 LH es claro, pero lo que ocurre es que la mente humana a veces juega malas pasadas y como por un error gramatical este art. utiliza al principio el singular "título" y además aparecen los "tres títulos" en el mismo párrafo sin puntos y aparte, se produce un espejismo, una ilusión óptica, y todos damos por sentado que los tres títulos son uno, cuando en realidad ocurre exactamente lo contrario.

Este es el error en el que todos caemos en una primera lectura del art. citado y que como no se despeje hace imposible el llegar a ninguna solución coherente de los problemas que acarrea la presentación en el Registro del título sucesorio a la vista de que cada título tiene una naturaleza y efectos tan distintos que a veces son hasta contradictorios. Veamos...

El Testamento tiene dos características relevantes: a) es un "negocio mortiscausa" y como tal puede quedar sujeto a condición, término, modo, sustituciones, prohibiciones de partir, etc., etc., etc; y b) está formalizado en un (sin entrar en excepciones de todos conocidas) documento notarial ordinario.

Consecuentemente con su naturaleza jurídica resultaría que si se reproduce el documento testamentario mediante testimonio "parcial" siempre habrá de advertirse que en la parte no transcrita no hay nada relevante que pueda influir en lo que se testimonia; y consecuentemente también, su calificación registral es la normal de los documentos notariales.

Nótese que los certificados de defunción y UV tienen naturaleza radicalmente distinta pues son documentos relativos a hechos en los que sí que cabe su testimonio parcial sin advertencias adicionales, quedando su calificación registral reducida a mínimos fuera de la constatación de su existencia.

La Declaracion de Herderos judicial mediante Auto tiene también dos características propias: a) es un documento básicamente relativo a "hechos" que una vez fijados sirven para concretar un llamamiento hereditario que realiza directamente la ley, luego por definición no puede haber condición, término o modo que puedan modalizar la delación hereditaria; y b) está formalizado en un documento judicial.

De su naturaleza jurídica resulta que si se reproduce el documento judicial mediante testimonio "parcial" no será necesario advertir que en la parte no trascrita no hay nada relevante que pueda influir en lo testimoniado, fuera del mero dato de que una persona ha fallecido en una fecha sin Testamento, dejando unos determinados herederos; y consecuentemente también, la calificación registral está muy limitada pues es la que corresponde a los documentos judiciales sin que el registrador pueda entrar a enjuiciar ni las pruebas practicadas ni la decisión judicial en sí misma. Recordemos que según el art. 100 RH:

"La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro".

La Declaracion de Herderos notarial mediante Acta de Notoriedad es el título más complejo pues tiene una naturaleza jurídica mixta: a) por un lado es un documento relativo a hechos que una vez fijados sirven para concretar un llamamiento hereditario que realiza directamente la ley sin posibilidad de condición, término o modo; y b) por otro lado está formalizada en un documento notarial.

Ante esta naturaleza mixta es ante la que la actual DGRN se muestra perpleja y no acierta a encajar la Declaración de Herederos (DH) notarial donde corresponde, que no es otro sitio que en el grupo de las DH judiciales, al compartir con ellas ser documentos "no negociales" y haber venido por su origen (art. 979 LEC desde 30/4/1992) a sustituir al juzgado en su labor de pura jurisdicción voluntaria.

La equiparación entre DH judicial y notarial no debe de extrañar a nadie dado que, como explica RODRÍGUEZ ADRADOS (2), históricamente incluso se daba preeminencia a la fe pública notarial sobre la judicial en la desaparecida Acta del art. 769 de la LCrim de 1882 prevista para exigir responsabilidad penal a los jueces y magistrados:

"Si el que promoviere el antejuicio por cualquiera de los delitos expresados en los artículos anteriores, no pudiese obtener los documentos necesarios, presentará a lo menos el testimonio del acta notarial levantada para hacer constar que los reclamó al juez o Tribunal que hubiese debido facilitarlos o mandar expedirlos".

Es más, la Res 18/3/1985 interpreta este tipo de Actas de antejuicio aclarando hasta qué punto es importante la fe pública notarial:

"su razonable fundamento basado en que cuando se pretende exigir responsabilidad penal a un Juez o Magistrado, la fe pública dependiente del mismo conviene sea completada en algún modo por la fe pública independiente, esto es, por la fe notarial."

Con estos precedentes no es de extrañar que esta equiparación entre las DH sea constante en la DGRN (salvo la actual, claro) como se puede comprobar en las Res de 3/4/1995, 11/3/03 y 1/10/07, y también en los Tribunales: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Teruel de 1/9/08, Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 18/12/08 y STS de 20/3/12. Más adelante lo veremos con detalle...

Consecuencia de esta equiparación es que no es necesario advertir nada adicional en los testimonios "parciales" del Acta de DH notarial y que la calificación de los registradores sobre las mismas

(2) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Escritos Jurídicos", Colegios Notariales de España, Madrid, 1996.

quede limitada a los mismos aspectos que respecto de los documentos judiciales determina el art. 100 RH.

La actual DGRN no tiene claros estos conceptos y yerra cuando pide la presentación "íntegra" del Acta Notarial de DH (tanto la de Tramitación como la de la Declaración de Notoriedad), mientras que nunca se le ha ocurrido exigir la presentación "íntegra" de todo el expediente judicial de DH, pues bien sabe que no puede entrar a valorar ni pruebas ni conclusiones.

Finalmente, la exposición de los elementos que intervienen en este drama no estaría completa sin que nos refiriéramos a la actual DGRN cuyo objetivo no es practicar lo que aparece en la primera frase del Digesto: *"el arte de lo bueno y de lo justo"* (*"ars boni et aequi"*), sino en ampliar las facultades de calificación registral hasta límites que, francamente, bordean el esperpento llevándose por delante medio ordenamiento jurídico privado.

Interesadamente la actual DGRN en cumplimiento de sus últimos objetivos (hoy puestos al descubierto con la –de momento sólo suspendida– reforma integral del Registro Civil), tira por la calle de en medio y no duda en citar mal Res, atribuyéndoles doctrinas inexistentes, omitiendo Sentencias y Resoluciones que contradicen sus ensoñaciones, derogando de hecho, por inaplicación, la parte del RN y del RH que no conviene a sus propósitos y sembrando una auténtica confusión de conceptos y categorías documentales y notariales. Vaya, haciendo bueno el conocido uso del foro: "si no puedes convencerlos, iconfúndelos!".

Esto es lo que hay, pero en cualquier caso no adelantemos acontecimientos, pues una vez presentados los elementos del drama, nos remitimos a las líneas que siguen para ver el nudo y el desenlace de cómo entendemos que debe de acreditarse el título sucesorio ante el Registro de la Propiedad...

II. LA RECIENTE DOCTRINA DE LA ACTUAL DGRN SOBRE LA PRESENTACIÓN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL TÍTULO SUCESORIO, O CÓMO CREAR UN PROBLEMA DONDE NO LO HABÍA

Nos podemos imaginar la sorpresa de un conductor si después de muchos años de rodar en nuestras carreteras por la derecha, de

repente le dijera la DG de Tráfico que siempre lo había hecho mal ya que la normativa exigía circular por la izquierda. Inmediatamente se preguntaría... ¿si así fuera cómo nunca nadie se había dado cuenta antes? ¿cómo parientes, amigos y conocidos no le habían advertido de semejante error?

Pues bien, los que durante años autorizamos e inscribimos nuestras Escrituras de herencia haciendo en ellas un Testimonio suficiente del Testamento y certificados de defunción y últimas voluntades, o de la DH judicial o notarial, no salimos de nuestro asombro cuando de repente, en el año 2012 y coincidiendo con la llegada de un nuevo equipo a la DGRN, nos enteramos por las Res 4/6/12 y 2/10/12 que eso nunca había sido así y que la doctrina tradicional era que el Título sucesorio se tenía que presentar al Registro "íntegro". Y claro, rápidamente nos preguntamos... ¿cómo antes nadie se había dado cuenta de ello? ¿cómo es posible que no conozcamos a ningún notario, abogado, gestor u empleado de Notarías que siguiera esa doctrina? ¿es mínimamente creíble que generaciones y generaciones de notarios lleven tres siglos haciéndolo mal? ¿qué pensar de los registradores que han hecho miles de inscripciones sobre esa base errónea?...

Para intentar aclarar el asunto no nos quedó más remedio que examinar los documentos "íntegros" y "originales" en los que decía la DGRN que se apoyaban sus conclusiones, y entonces descubrimos con pasmo no sólo que de nuevo el Centro Directivo estaba equivocado, sino cosas tan inconcebibles como las dichas sobre que no se había leído las Res que mencionaba, que omitía otras que contradecían sus elucubraciones y que hasta ocultaba Sentencias de los Tribunales que se oponían a sus deseos...

En fin, en este apartado inicial baste resaltar que la doctrina tradicional sobre la materia era que para la inscripción de los bienes hereditarios NO era necesaria la presentación en el Registro de la Propiedad del título sucesorio "íntegro". Sin embargo, como decimos, la actual DGRN ha impulsado esta novedosa doctrina que patrocina exactamente lo contrario en las Res 4/6/12 y 2/10/12, con unos argumentos que revelan lo gravemente erróneas que son sus conclusiones, especialmente la última que ante las alegaciones del notario mantiene un ominoso silencio sobre ellas, dando lugar a lo que en el ámbito judicial se denominaría como "incongruencia omisiva" por no calificarlo de otra cosa peor.

Las Res 4/6/12 y 2/10/12 contienen ambas los mismos dos argumentos centrales. El primero está basado en una errónea interpretación de lo que es el título sucesorio en el art. 14 LH y además confunde fe pública "original" con fe pública "derivada"; lo dice así la Res 2/10/12 en su FD 2.

*"Para resolver la cuestión hay que partir de lo preceptuado en el **párrafo primero del artículo 14 de la Ley Hipotecaria** cuando establece, con carácter imperativo, que «el título de la sucesión, a los efectos del Registro, es el Testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En consecuencia, como ha señalado recientemente este Centro Directivo (vid. Resolución de 4 de junio de 2012), siendo como es uno de los títulos de la sucesión, a efectos del Registro, el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, la copia de ésta, como las del Testamento, el contrato sucesorio, o la declaración judicial de herederos, han de presentarse en el Registro íntegras ya que, aparte de no resultar excepción en ningún sitio, la valoración de los documentos y su contenido, una vez autorizados, cuando se presentan ante otro órgano, corresponde no a quien los expide, sino al funcionario ante quien se pretenden hacer valer, que ha de poder conocerlos en su integridad antes de conceder o no la solicitud que, fundada en ellos, fue cursada por la parte.*

La prueba documental, en efecto, es indivisible y, como resulta del Código Civil (artículos 1228 y 1229), no puede utilizarse parcialmente sin pasar por lo que resulta del entero documento".

Y el segundo está basado en un error inexplicable (o algo más grave) sobre lo que es doctrina tradicional en esta materia pues entre otras cosas atribuye a la DH la misma naturaleza que los Testamentos y hace una lectura parcial e interesada del art. 143 RN. La Res 2/10/12 lo dice con estas palabras en el FD 4:

"Es cierto que la Resolución de este Centro Directivo de 8 de julio de 2005 mantuvo la doctrina contraria, entendiendo que

*bastaba «con que el notario relacione los particulares del documento, los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad», **doctrina que se apartaba de otra secular anterior que había resumido la Resolución de 13 (sic) de enero de 1960 cuando mantuvo que el título de la sucesión –en ese caso el Testamento– al ser el título fundamental de la sucesión debía ser objeto de presentación en su contenido íntegro y no por inserción parcial;** y que debe ser restablecida de conformidad con el artículo 143, párrafo final, del Reglamento Notarial, según la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de febrero, cuando dispuso que «los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias»”.*

Como ambos argumentos no son ciertos, la conclusión de la DGRN tampoco lo es cuando exige que los títulos sucesorios se han de aportar al Registro de manera íntegra; literalmente en el FD 4 de la Res 2/10/12:

*“Por tanto, es plenamente correcta la actuación de la registradora al no estimar suficiente el testimonio en relación del acta de declaración de herederos abintestato, debiéndose aportar, en aplicación de la doctrina señalada, **copia íntegra de la misma**”.*

En las próximas páginas iremos viendo que la doctrina “secular” sobre el título sucesorio no es la que patrocinan estas dos Res, pero llegados a este punto la pregunta sería ¿a qué viene cambiar ahora esa doctrina? ¿es que se han producido novedades legislativas o jurisprudenciales que apoyen semejante giro? Y aquí comienzan las sorpresas: no se ha producido ningún cambio legislativo, es más, las sentencias que ominosamente oculta la DGRN todas son contrarias a su empeño; aquí lo único que ha ocurrido (aunque no se diga expresamente) es que hay un intento de ampliar las facultades de calificación de los Registradores como sea. Con tan loable propósito la actual DGRN ha creado un problema donde no lo había...

III. LA CUESTIÓN NO ES SOBRE SI "HAY O NO" QUE PRESENTAR EL TÍTULO SUCESORIO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, SINO SOBRE "CÓMO" HAY QUE PRESENTARLO: A EFECTOS REGISTRALES EL TÍTULO "ORIGINAL" E "ÍNTEGRO" NO EXISTE, ES UN MITO

Leyendo las Res de la actual DGRN sobre esta materia parece que se ha instaurado como una falsa polémica sobre si el título sucesorio se ha de presentar o no al Registro para la inscripción de los bienes hereditarios. No es cierta.

Nadie defiende que al Registro de la Propiedad no se haya de presentar el título sucesorio, compuesto en un caso por el Testamento más los certificados de defunción y últimas voluntades y en otro por la DH formalizada en Auto judicial o en Acta notarial. La polémica que ha levantado la "actual" DGRN es sobre "cómo" ha de ser el título sucesorio que se presente al Registro: si se ha de presentar "original" e "íntegro" o cabe que se presente "reproducido" y "parcial".

Dicho en otras palabras la polémica se entabla entre "fe pública originaria" y "fe pública derivada". Ahora bien, cuando veamos que los documentos que circulan en el tráfico son prácticamente todos fruto de la fe pública derivada (desde luego que lo son todos los que llegan al Registro), la polémica desaparece pues no tiene sentido el pedir que los documentos presentados sean "originales" cuando los que circulan nunca lo han sido pues son "reproducciones" de otros; como tampoco tiene sentido el exigir la presentación de documentos "íntegros" pues como todo queda finalmente basado en la fe pública notarial los documentos "parciales" tienen las mismas garantías que los completos. Todo esto es lo que iremos viendo en los próximos apartados...

IV. LA ACTUAL DGRN CONFUNDE LA "FE PÚBLICA ORIGINAL" Y LA "FE PÚBLICA DERIVADA", Y NO DISTINGUE ENTRE COPIAS Y TESTIMONIOS TOTALES Y PARCIALES, LITERALES Y EN RELACIÓN

En esta materia hay una confusión de partida entre lo que es el título sucesorio y los documentos y pruebas que lo componen.

Se ha comenzado pidiendo la presentación del título sucesorio "íntegro" y se ha terminado por exigir (por algún registrador respecto de Actas notariales de DH), la presentación además del certificado de defunción "original e íntegro", por lo que de seguir por esta vía se acabará por pedir que se presenten "originales e íntegros" todos los documentos y todas las pruebas que ha tenido a la vista el notario y el juez para ejercer sus funciones. Lógica consecuencia de lo anterior sería en una segunda fase decir que, para evitar duplicidades, lo mejor sería que los Testamentos y las DH se hicieran directamente ante los Registradores, que como ya han pedido llevar (sólo algunos de ellos, las cúpulas) el Registro Civil, también podrían hacer certificados de defunción y últimas voluntades, con lo que el ciclo sería completo...

No nos engañemos, veremos que detrás de todo este falso problema del título sucesorio se encuentra la desesperada búsqueda de nuevas competencias registrales a costa de lo que sea, y esta exigencia de documentos originales e íntegros por los Registradores no es sino un primer eslabón de la cadena por más que la Ley no les ha dado esas competencias por la sencilla razón de que no ha querido: se las ha reservado a notarios y Jueces.

Frente a esta estrategia nuestro interés se ha de centrar en procurar aportar claridad donde siempre la había habido, separando y diseccionando conceptos notariales y documentales.

IV.1. Fe pública original y fe pública derivada

El malentendido entre ambas clases de fe pública insistimos que es de la "actual" DGRN porque anteriormente otros equipos que integraron el Centro Directivo, tuvieron las cosas mucho más claras (o tal vez fuera simplemente que perseguían otros objetivos).

En efecto, la Res 15/1/1960 (cuya lectura recomendamos encarecidamente a esta DGRN que tan mal la cita) nos da una pista de esta distinción fundamental en su Considerando 2.º:

"Considerando que el Notario... puede cumplir su ministerio captando directamente los hechos que narra –de visu et auditu sui sensibus– y es el caso de la llamada fe pública originaria, a la que se refieren los artículos 1.218, 1.219 y 1.223 del Código Civil, o bien el objeto de su actuación lo constituye un documen-

to preexistente del que expide una copia o traslado –la llamada fe pública derivativa–, regulada en los artículos 1.220, 1.221 y 1.222 del mismo cuerpo legal”.

Con esta perspectiva los documentos notariales “originales” serían únicamente las matrices de Escrituras y Actas, pero todo lo demás serían “reproducciones, copias o testimonios” de matrices u otros documentos, que es lo único que circula y lo único que va a ver el registrador que tendrá siempre que conformarse con lo que le diga el notario que es igual que el original. Nótese que una utilización de la fe pública original se puede lograr con el examen directo del protocolo, pero lamentablemente los registradores no pueden acogerse a esta posibilidad ya que ni son “partes” ni son “interesados” en el instrumento público. Por eso refiriéndose al Protocolo dice el art. 32 LN que *“Los notarios no... dejarán examinarlo en todo ni en parte... sino a las partes interesadas”*; y el art. 222 RN que *“Sólo el notario... estará facultado para... exhibirlo a los interesados”*.

Así pues, el registrador no puede examinar directamente la matriz de un Testamento, de un Acta de DH o los expedientes originales del procedimiento judicial, sino que se tendrá que conformar con la “fe pública derivada” aceptando las “reproducciones” que le presenten los notarios de esas matrices o el relato que le haga el juzgado en el Auto de DH.

Pero esto ocurre no sólo con los documentos notariales sino también con todos los demás documentos. En efecto, refiriéndonos al certificado de defunción, vemos que si un funcionario médico del Registro Civil, o un médico Forense, a la vista de un cadáver, emite un certificado de defunción, estaríamos ante un documento con “autenticidad original”. Pero a partir de ahí ya todo es “autenticidad derivada”: en el Registro Civil se hace un asiento “parcial y en relación” de ese certificado; y luego otro funcionario vuelve a hacer un “certificado” de ese asiento que es un relato (hoy por ordenador) de lo que “él dice” que hay en el asiento. Nótese que salvo el forense nadie ha visto al cadáver...

Si ahora examinamos el certificado del Registro de Últimas Voluntades, vemos que también está incluido completamente en el ámbito de la “autenticidad derivada” pues según el Anexo II del RN se forma por unos partes que envían los notarios, que causan un

asiento en el Registro redactado por otro funcionario distinto, sobre el que finalmente un último funcionario emite el certificado.

El solicitar que se presente en el Registro un certificado de defunción “original” y no una reproducción notarial del mismo es sólo una forma de hablar que no tiene mucho sentido, pues todo son reproducciones de otros documentos anteriores; ni siquiera sería suficiente presentar directamente los asientos del Registro Civil o de Últimas Voluntades puesto que ya son reproducciones de otros documentos previos.

De continuar persiguiendo esta “originalidad” la única solución sería paralizar todo el tráfico jurídico y que el registrador fuera testigo en todos los Testamentos y DH notariales y judiciales, practicara él mismo los asientos de Últimas Voluntades y hasta examinara directamente todos los cadáveres a que se refieren las Escrituras de herencia sin conformarse con reproducciones, siempre poco fiables, de documentos. Con lo cual llegaríamos a situaciones tan chocantes como las que relata un conocido libro sobre anécdotas del foro que explicaba la respuesta de un médico forense ante el acoso de un joven abogado... “¿qué cómo estoy absolutamente seguro la persona estaba muerta?... pues mire Sr letrado, por la sencilla razón de que... itenía su cerebro en mi mano!...”.

Si el registrador siempre se ha de conformar con el examen de documentos que son reproducciones de otros... ¿qué razón puede alegar para considerar de más valor la reproducción hecha por un funcionario del Registro Civil que el testimonio notarial de ese documento?...

Para terminar este apartado –y siguiendo la distinción entre documentos “protocolares” y “no protocolares” puesta de relieve por ALBORCH DOMÍNGUEZ y RUEDA PÉREZ (3)–, hacemos constar que esta regla general de circulación de documentos notariales reproducciones de otros, tiene alguna excepción sobre las que no nos vamos a extender pues simplemente vienen a confirmar aquélla. Nos referimos a los testimonios en documentos independientes (una legitimación de firma, una reproducción de otro) que circulan en original mientras que el notario sólo se queda una transcripción en la Sección

(3) ALBORCH DOMÍNGUEZ, Salvador y RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel: “Concepto del Instrumento Público”, en el libro colectivo *Derecho Notarial*, coordinado por BORRELL GARCÍA, Joaquín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p 135.

2.^a del Libro Indicador (art. 264 RN), y también a los documentos de Avals intervenidos o firmas intervenidas en letras de cambio, en las que lo que circula es el original y el notario sólo guarda un testimonio en la Sección B del Libro-Registro (art. 283 RN). Simples excepciones...

IV.2. Copias notariales, totales y parciales, literales y en relación

Acabamos de ver que la solicitud de la presentación en el Registro de documentos "originales" carece de sentido, y veremos ahora que la exigencia de presentación de documentos "íntegros" en el Registro ha de ser calificada de igual manera, pues obedece (duele decirlo) a un desconocimiento (cuando no desprecio) de qué es y cómo funciona la fe pública notarial en España.

Dado que la actual DGRN despacha esta cuestión de un plumazo ignorando lo que al respecto dice el RN y el RH (que salvo sorpresas de última hora damos como vigentes), es imprescindible que nos detengamos en la explicación de lo que, por teóricamente sabidas, no deberían de pasar de meras obviedades.

Pues bien, a los documentos notariales les ocurre lo que a otras especies: nacen, crecen, se reproducen y mueren. Ahora bien, como el explicar el ciclo vital completo de un documento notarial nos alejaría de lo que aquí nos convoca, nos limitaremos en este apartado a un examen mucho más concreto sobre su crecimiento y reproducción.

Y lo primero sería el recalcar como inicio, que en el ámbito notarial las reproducciones de documentos tienen en la práctica la misma importancia y fuerza que los originales, pues deben de ser creídas en todo caso, gozan de fe pública, y por eso las "copias" (fe pública derivada) son tan Escrituras y Actas como las "matrices" (fe pública original), y por eso mismo junto con los testimonios todas son "instrumentos públicos".

Esto que se acaba de decir no es un argumento improvisado para apuntalar hoy modernas opiniones, sino que está vigente desde la LN de 1862 y el Cc de 1889. En efecto, hay que añadir a lo ya dicho sobre los arts. 1218 a 1223 Cc, que el art. 17.1 LN se refiere a "... **escrituras matrices... actas... copias, testimonios, legitimaciones...**"; mientras que el art. 17 bis.1 LN hace una equiparación

entre todos ellos a efectos de la producción de fe pública cuando considera que todos son instrumentos públicos "**Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley...**"

Lo anterior está confirmado en el art. 144 RN:

"Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio".

Y en el art. 221.1.º RN:

"Se consideran escrituras públicas, además de la matriz, las copias de esta misma..."

De manera magistral RODRÍGUEZ ADRADOS (4) ya explicó años ha que en el CC desde hace tres siglos, las copias tienen el valor de las matrices y por eso, aun cuando no sea posible su cotejo con la matriz por haber desaparecido ésta (art. 1220 Cc), siguen teniendo un valor probatorio extraordinario en el art. 1221 CC:

"Cuando hayan desaparecido la escritura matriz, el protocolo, o los expedientes originales, harán prueba: 1.º Las primeras copias, sacadas por el funcionario público que las autorizara. 2.º Las copias ulteriores, libradas por mandato judicial, con citación de los interesados. 3.º Las que, sin mandato judicial, se hubiesen sacado en presencia de los interesados y con su conformidad.

A falta de las copias mencionadas, harán prueba cualesquiera otras que tengan la antigüedad de treinta o más años, siempre que hubiesen sido tomadas del original por el funcionario que lo autorizó u otro encargado de su custodia..."

Frente a ello, la inscripción en un Registro nunca sustituye al título, que sigue siendo el documento, la Escritura, y por eso, si ésta hubiera desaparecido, la inscripción tiene un valor probatorio casi irrelevante pues los arts. 1221 y 1222 CC dicen que "...sólo servirán

(4) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Escritos Jurídicos", Colegios Notariales de España, Madrid, 1996.

como un principio de prueba por escrito” y “La fuerza probatoria... será apreciada por los Tribunales según las circunstancias.”

En fin, comenzando por las copias de las matrices de Escrituras y Actas (5) el art. 221. 2.º RN ya reconoce que pueden ser “totales” o “parciales” según reproduzcan todo o parte de la matriz:

*“Las copias autorizadas pueden ser **totales o parciales**...”*

Si se reproduce sólo la parte de la matriz que interese al solicitante habrá que garantizarse que lo transcrito es suficiente y por eso dice el art. 237, 3.º RN:

“En toda copia parcial se hará constar, bajo la responsabilidad del Notario, que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inserto, sin perjuicio de que también pueda hacerse extracto o relación breve de aquello”.

Desde otro punto de vista las copias pueden ser “literales”, si reproducen exactamente el original, o “en relación”, si reproducen resumidamente el original sólo en cuanto a los aspectos relevantes pero omitiendo lo accesorio que no tenga influencia en lo transcrito.

Hay que notar que estas dos categorías se combinan pues puede haber copias totales y parciales que pueden ser literales o en relación según los casos.

Es más, todas las copias tienen siempre algún aspecto que no se reproduce literalmente sino en relación, pues las firmas y rúbricas de las partes, el sello, signo y firma y rúbrica del notario no se reproducen en la copia, sino que simplemente se dice que existen en el original (*vid.* arts. 224.2 y 250 RN).

Pero con independencia de las firmas, resulta que se pueden protocolizar en cualquier Escritura o Acta (incluso ser objeto de Acta específica) todo tipo de documentos, fotografías, planos, etc. Estos documentos se pueden incorporar “originales” o por “testimonio”. Veamos algunos ejemplos...

(5) Por simplificar la exposición no nos extenderemos sobre las particularidades documentales que plantean las Pólizas que se incorporan al Libro Registro y se reproducen mediante Testimonio...

En las Escrituras se incorporan por testimonio las solicitudes de información registral y los justificantes de presentación telemática o por Fax al Registro. Por eso dice el art. 175 RN:

"El notario testimoniará e incorporará a la matriz el contenido del acceso telemático, indicando el día y la hora de éste".

También se incorporan por testimonio los justificantes de pago y de movimiento de capitales ex art. 177 RN:

"... 2.ª El Notario incorporará testimonio de los cheques y demás instrumentos de giro... Igualmente, en las escrituras citadas el Notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago..."

Con las copias electrónicas de documentos notariales ocurre exactamente igual ya que el notario que reciba una de ellas puede trasladarla a papel notarial para que funcione como documento independiente, o bien incorporarla a una matriz por testimonio total o parcial. Lo dice así el art 224 RN:

"El notario destinatario de una copia autorizada electrónica podrá, según su finalidad: 1.º Incorporar a la matriz por él autorizada el traslado a papel de aquélla, haciéndolo constar en el cuerpo de la escritura o acta o en diligencia correspondiente. 2.º Trasladarla a soporte papel en los términos indicados, dejando constancia en el Libro Indicador, mediante nota expresiva del nombre, apellidos y residencia del notario autorizante de la copia electrónica, su fecha y número de protocolo, así como los folios en que se extiende el traslado y su fecha. 3.º Reseñar su contenido en lo legalmente procedente en la escritura o acta matriz o póliza intervenida".

En las Actas pasa lo mismo pues con ocasión de ellas se incorporan muchos documentos originales o por testimonio. Así en las Actas de Presencia del art. 200 RN:

"Serán también materia de las actas de presencia: 1.º La entrega de documentos, efectos, dinero u otras cosas, así como

los ofrecimientos de pago. El texto de estas actas comprenderá, en lo pertinente, la transcripción del documento entregado, la descripción completa de la cosa, la naturaleza, características y notas individuales de los efectos”.

También en las Actas de envío de documentos por correo del Art 201 RN se incorporan un ejemplar de los mismos originales o por testimonio:

“El simple hecho del envío de cartas u otros documentos por correo ordinario, procedimiento telemático, telefax o cualquier otro medio idóneo podrá hacerse constar mediante acta, que acreditará el contenido de la carta o documento...”

Igualmente en las Actas de Exhibición de cosas del art. 207 RN se incorpora un testimonio más o menos amplio de las mismas:

“... podrá completar la descripción mediante planos, diseños, certificaciones, fotografías o fotocopias que incorporará a la matriz. En las actas de exhibición de documentos, además, transcribirá o relacionará aquellos o concretará su narración a determinados extremos de los mismos...”

O cuando es para el envío al extranjero de documentos privados con firmas legitimadas: “El documento, o un ejemplar del mismo, original o por fotocopia, quedará incorporado a la matriz del acta en la que se expresará, literalmente o en relación, el texto del testimonio de legitimación”.

Lo mismo ocurre con las Actas de Notoriedad de DH del Art 209. bis. RN en las que se incorpora originales o por testimonio ciertas pruebas documentales:

“En la tramitación de las actas de notoriedad a que se refiere el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se observarán las siguientes reglas:... 4.ª El interesado habrá de... acreditar documentalmente:... a)... las certificaciones de fallecimiento y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad del causante... Habrá de presentar el libro de familia del

causante o las certificaciones correspondientes del Registro Civil acreditativas del matrimonio y filiaciones. Los documentos presentados o testimonio de los mismos quedarán incorporados al acta”.

Otro tanto cabe decir de las Actas de Depósito del art. 217 RN en las que se incorpora un testimonio que identifique lo depositado:

“Cuando los notarios aceptaren los depósitos en metálico, valores, efectos y documentos a los que se refiere el artículo anterior, se extenderá un acta que habrán de firmar el depositante o persona a su ruego, si no supiera o no pudiera firmar, y el notario. En dicha acta se consignarán las condiciones propuestas por el notario y aceptadas por el depositante para la constitución y devolución del depósito, así como también todo cuanto fuere preciso para la identificación del mismo”.

Incluso la protocolización de documentos puede ser objeto del Acta específica prevista en el art.214 RN:

“También pueden ser protocolizados mediante acta los documentos públicos de todas clases, los impresos; planos, fotograbados, fotografías o cualesquiera gráficos cuya medida y naturaleza lo consienta, al efecto de asegurar su respectiva identidad y su existencia respecto de tercero en la fecha de la protocolización”.

Como vemos, documentos de todo tipo se incorporan a las matrices originales o por testimonio. Ahora bien, aunque se incorporen “originales”, se pueden reproducir en la copia mediante una transcripción “total/literal” o parcial/literal” (aunque no es obligatorio, frecuentemente por fotocopia o escaner), o simplemente “parcial/en relación” (resumiendo los aspectos más relevantes), por eso el nuevo art. 221, 1.º RN, reconoce ambos sistemas de reproducción de documentos incorporados:

*“... Los documentos incorporados a la matriz podrán hacerse constar en la copia por **relación o transcripción**”.*

Pone de relieve GONZÁLEZ-MENÉSES GARCÍA-VALDECASAS (6) que la redacción del actual art. 221 RN proviene de la última reforma del mismo por Real Decreto núm. 45/2007, de 19 enero, no obstante añadimos nosotros que lo único que ha hecho esta reforma es consagrar una práctica impuesta por la fuerza de los hechos ya que durante muchos años ni siquiera existía el escaner y la fotocopidora, y aún hoy, en caso de una avería el notario se verá obligado a realizar la copia transcribiendo los documentos incorporados totalmente o haciendo un resumen de ellos en los aspectos relevantes.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 236, 3.º:

*"Cuando existan en la matriz como documentos complementarios de una escritura o acta los documentos a que se refiere el artículo 214, **en la copia hará constar simplemente el Notario que la expida, que hay un plano, fotografía, dibujo, etc., como documento complementario o unido**, con el número que le corresponda. Si el interesado en la expedición de la copia o en el ejercicio de los derecho que de ella deriven presenta una reproducción del documento de que se trate, el Notario, previo cotejo y caso de coincidencia, hará constar en dicha reproducción por diligencia que corresponde al documento de que se trate y sus circunstancias en el protocolo".*

En suma, lo que queremos decir con todo esto es que las copias pueden ser totales y parciales, pero también pueden ser literales o, en mayor o menor medida, en relación, es decir, resumiendo parte de la matriz.

(6) GONZÁLEZ-MENÉSES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: "Nueva Legislación Notarial Comentada", libro colectivo editado por Colegio Notarial de Madrid, 2007, Tomo I, p. 647.

IV.3. Testimonios notariales, totales y parciales, literales y en relación

Siguiendo a MARTÍN VIDAL (7) advertimos que nos vamos a referir únicamente a los testimonios de documentos que alguna vez fueron independientes de toda matriz de Escritura o Acta, pues los testimonios de las matrices sin documentos complementarios es un tema francamente interesante desde un punto de vista notarial pero que desbordaría con mucho los límites de este trabajo. Pensemos sólo en lo más próximo: un testimonio de un Auto o Acta de DH, de la copia de un Testamento, o de un certificado de defunción o de últimas voluntades que funcionan de manera independiente o constan incorporados a una matriz. Otra advertencia inicial sería que sea cual sea el tipo de Testimonio siempre se ha de hacer una breve reseña del documento del que se extrae; pero al ser requisito general no lo volveremos a mencionar dando por supuesto que siempre se cumple sin excusa.

Pues bien, cuando un notario tiene que reproducir un documento no notarial o una copia de un documento notarial (dejamos aparte las matrices), lo hace utilizando la figura del Testimonio, que como ya se ha dicho integra junto con matrices y sus copias la categoría de "instrumentos públicos".

Y lo primero es deshacer un error que subyace en gran parte de esta polémica sobre el título sucesorio, y que es (ya lo hemos dicho al hablar de las copias) la creencia muy extendida de que el Testimonio es una reproducción "por fotocopia o escaner" del documento, lo cual no es cierto pues eso es simplemente una de las posibilidades de realizar un tipo de los mismos: el que sea a la vez "total/literal", pero no cuando es "parcial/literal" (se reproduce tal cual el documento original pero sólo de la parte relevante) o "parcial/en relación" (se reproduce parcialmente mediante una nueva redacción resumida de lo trascendente), en los que necesariamente ya intervendría, en mayor o menor medida, la escritura a máquina o a mano. Los que se obcecaban en la "fotocopia" olvidan que los Testimonios se llevan haciendo desde 1862 cuando no existían fotocopadoras, y que incluso aún hoy un notario no puede negar su ministerio con la excusa de que no le

(7) MARTÍN VIDAL, José Alberto: "Ambito objetivo del testimonio", *Jornadas de estudio sobre el nuevo Reglamento Notarial*, Alicante, 26-28 abril 2007, Editorial Cívitas, 2008, p. 305-314.

funciona la fotocopidora o el escáner pues en ese caso deberá de hacer Matrices, Copias y Testimonios a máquina o a mano. Por eso desde 1862, el art. 25 LN ni siquiera se imaginó la existencia de fotocopadoras cuando únicamente exige que:

"Los instrumentos públicos... se escribirán con letra clara..."

Lo ratifica el art. 247 RN cuando dice:

"Las copias y testimonios deberán extenderse en caracteres perfectamente legibles, pudiendo escribirse a mano, a máquina o por cualquier medio de reproducción, sin otra limitación que la impuesta por la facilidad de su lectura, el decoro de su aspecto y su buena conservación".

Aclarado este punto diremos que los Testimonios se hacen para incorporarlos a otra matriz de Escritura o Acta, o bien para que funcionen como documentos independientes.

La posibilidad de incorporar a las matrices, no los documentos originales, sino un testimonio de ellos es algo fuera de toda duda según hemos relatado en el apartado anterior al explicar los arts. 17 y 17 bis LN, y los 175, 177, 200, 201, 207, 209 bis, 214, 217, 221, 224, 236 y 237 RN. En estos casos basta que en la matriz se exprese que se incorpora con ese carácter sin que sea necesario que en el cuerpo del documento incorporado se pongan específicamente los elementos de autorización ordinarios (art. 262 RN); lo reconoce así el art. 263 RN:

"También tienen la consideración de testimonios las reproducciones obtenidas por el notario de documentos exhibidos para su incorporación a un instrumento público, así como las legitimaciones de firmas practicadas en el cuerpo de dicho instrumento.

Como decimos, también existe la posibilidad de realizar un testimonio de un documento para que funcione independientemente de cualquier matriz de Escritura o Acta, y ello incluye tanto al documento suelto que se le presenta al notario (Testimonio por "exhibición"), como al que ya se encuentra incorporado a una matriz de su protocolo (Testimonio por "retención").

A los Testimonios por “exhibición” se refiere el art. 251 RN:

“Mediante los testimonios por exhibición los notarios efectúan la reproducción auténtica de los documentos originales que les son exhibidos a tal fin o dan fe de la coincidencia de los soportes gráficos que les son entregados con la realidad que observen”.

Y a los Testimonios por “retención” se refiere el art. 252 RN:

“... Los documentos unidos a una matriz podrán ser objeto de testimonio identificando en éste la matriz a la que se hallan incorporados...”

Mucho más interesante para lo que aquí se trata es la clasificación que distingue entre Testimonios totales/parciales, literales/en relación. En efecto, cabe la reproducción de un documento no sólo de manera completa, sino también parcialmente de la parte que interese, con la prevención, eso sí, de garantizar que (al igual que en las copias ex art. 237 RN) la parte no reproducida no contiene ningún dato relevante que pueda influir en lo testimoniado. El art. 246 RN lo dice así:

*“Asimismo, podrán los Notarios librar testimonios a instancia de los que tuvieren derecho a copia, de determinados particulares de las matrices, ya **literales, en relación o mixtos**, conforme al señalamiento hecho por los legítimos interesados, haciendo constar el Notario que la parte no testimoniada no altera, desvirtúa o de algún modo modifica o condiciona la que sea objeto de testimonio...”*

La idea de que los Testimonios no tienen que ser necesariamente “totales” y “literales” está recogida en tal cantidad de los artículos del RN –que hemos citado y citaremos– que no ofrece ningún género de duda. Esto explica que las traducciones de documentos en lengua extranjera que realice un notario (que no pasan de ser sino una reproducción o Testimonio de un documento escrito en otra lengua), también puedan ser totales o parciales, literales o en relación; lo reconoce el art. 150 RN:

“De acuerdo con lo que antecede, el Notario que conozca un idioma extranjero podrá traducir los documentos escritos en el

*mencionado idioma, que precise **insertar o relacionar** en el instrumento público”.*

Otro ejemplo lo encontramos cuando se ha de notificar al Registro Civil la designación de tutor en el que basta un testimonio “parcial/en relación”; lo ordena así el último párrafo del art. 225 RN.

*“Las notificaciones previstas en el artículo 223 del Código Civil se efectuarán mediante **testimonio en relación** relativo a la designación de tutores”.*

Por su parte el art. 254 RN sigue insistiendo en dos cosas fundamentales: que los Testimonios pueden ser totales o parciales, literales o en relación, y que (en el mismo sentido que el art. 221 RN) aunque el documento conste en original en el Protocolo, en la copia es admisible que sólo se haga un testimonio “parcial/literal” o “parcial/en relación”; lo dice así:

*“Cuando en una escritura matriz o en una póliza haya de servir como documento complementario alguno que se halle en el Protocolo o Libro Registro a cargo del notario autorizante o de sus antecesores, podrá éste **insertarlo, relacionarlo o reproducirlo total o parcialmente** en aquélla, refiriéndose a la correspondiente matriz o asiento sin necesidad de obtener copia o testimonio independiente del mismo, y bastará que así lo haga constar en el original”.*

En fin, al igual que hemos hecho al hablar de las copias, intentamos dejar sentado que los testimonios pueden también ser totales, parciales, literales y en relación.

IV.4. En los testimonios “parciales” (literales o en relación) de las Declaraciones de Herederos y los certificados de Defunción y Últimas Voluntades, ni siquiera es necesario advertir que lo no testimoniado no altera, restringe, limita o condiciona lo transcrito

Acabamos de ver que el art. 246 RN impone en los testimonios parciales la obligación del notario de expresar que la parte no re-

producida no tiene ningún dato importante que pudiera afectar a lo testimoniado. Lo que ya no es cierto es que esta exigencia se tenga que aplicar a todo tipo de testimonio parcial.

Certeramente observa GOMÁ LANZÓN (8) que el art. 246 RN sólo se está refiriendo a los testimonios de aspectos relacionados con matrices, no a todos los testimonios en general. Por otro lado algún autor como ÁVILA ÁLVAREZ (9) (también citado por GOMÁ) mantiene que en los testimonios "parciales/en relación" esa advertencia está implícita en el simple hecho de que el notario "resume" la esencia del documento, con lo que va de suyo que no se puede dejar fuera del resumen aspectos que lo invalidarían. Este planteamiento de Avila parece que inicialmente lo aceptaba la Res 15/1/1960, pero al final, ni en esa ni en las siguientes Res que veremos se aceptó.

Efectivamente, el estudio de las Res sobre el título sucesorio (en particular Res 15/1/1960, 3/4/1995, 8/7/05, 22/7/05 y 12/11/11) nos lleva a otras conclusiones pues el criterio fundamental para aceptar que los testimonios "parciales" (literales o en relación) no tengan que llevar la advertencia de la que estamos tratando es otro. Veremos que el criterio fundamental es el de si se trata de "documentos relativos a negocios" o de "documentos relativos a hechos".

En los primeros (Testamentos, contratos sucesorios) siempre cabe la condición término, modo, sustituciones, prohibiciones de partir etc con lo que siempre es necesario aclarar que lo transcrito es lo único relevante.

En los segundos (DH, certificados de defunción y UV) la situación es bien distinta, pues por su propia naturaleza, tienen sólo una parte esencial en cuya transcripción no cabe ningún tipo de "infidelidad". Es el caso del certificado de defunción en lo que lo único relevante es obtener la certeza de que determinada persona ha fallecido en una fecha, sin que importe si el papel del certificado era de un color u otro, o cual era el nombre del Secretario o del Juez de Paz que firmaban. De igual manera, en el certificado de Últimas Voluntades lo único relevante es constatar que una persona a su fallecimiento dejó o no Testamento conocido, para lo que poco importa si el dicho

(8) GOMÁ LANZÓN, Ignacio: "Nueva Legislación Notarial Comentada", libro colectivo editado por Colegio Notarial de Madrid, 2007, Tomo I, p. 688.

(9) ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro: "Derecho Notarial", Bosch, 6.ª edición de 1986, p. 331.

certificado está firmado por uno u otro funcionario. Y otro tanto cabe decir de las DH en las que por definición no puede haber cláusulas ocultas fuera del mero hecho de la especificación de quienes son herederos y sus respectivas cuotas.

La Res 15/1/1960 fue pionera en esta simplificación en los trámites de algunos testimonios, pero su doctrina se siguió por muchas otras. Luego lo veremos...

IV.5. Las Copias y Testimonios totales y literales, no tienen más fe pública que las parciales (literales o en relación)

Esta es otra cuestión que tiene que quedar perfectamente clara desde el primer momento a la vista de que la actual DGRN se está perdiendo en su búsqueda de la integridad perdida, de la integridad imposible...

Un certificado de defunción expedido por los funcionarios correspondientes no goza de una autenticidad mayor que un testimonio notarial "total/literal" por fotocopia del mismo, ni éste tiene más fe pública que un testimonio "parcial/literal" o "parcial/en relación" de aquél.

Ni en el CC, ni en la LN, ni en el RN existe el más mínimo atisbo de que las copias y testimonios tengan más fe conforme sean más completas y literales. Mal que le pese a la actual DGRN no existe esta gradación de la fe pública en ninguna norma conocida...

IV.6. Cómo se adjuntan y cómo se reproducen los documentos incorporados a una matriz de Escritura o Acta: cinco posibles combinaciones de Copias y Testimonios totales/parciales, literales/en relación

De lo que se acaba de decir en los apartados anteriores resultan las 5 posibles combinaciones básicas de las categorías estudiadas:

— MATRIZ que incorpora documentos originales, con COPIA total o parcial que los reproduce de manera total y literal (ordinariamente por fotocopia o escaner).

— MATRIZ que incorpora documentos originales, con COPIA total o parcial que los reproduce de manera "parcial/literal" o "parcial/en relación".

— MATRIZ que incorpora documentos por testimonio "total/literal" (ordinariamente por fotocopia), con COPIA total o parcial que los reproduce de manera "total/literal" (ordinariamente por fotocopia o escaner).

— MATRIZ que incorpora documentos por testimonio "total/literal" (ordinariamente por fotocopia), con COPIA total o parcial que los reproduce de manera "parcial/literal" o "parcial/en relación".

— MATRIZ que incorpora documentos por testimonio "parcial/literal" o "parcial/en relación", con COPIA total o parcial que los reproduce necesariamente de manera "parcial/literal" o "parcial/en relación".

Cierto que la exposición que se acaba de hacer más parece un trabalenguas que otra cosa, pero la doctrina de la actual DGRN no nos deja otra vía para poner de relieve una cosa fundamental: no tiene apoyo legal exigir que se presenten en el Registro documentos originales e íntegros a la vista de que todo lo que el registrador va a poder ver son las reproducciones que el notario ha hecho de ellos.

Nótese que aun en el caso de que el documento incorporado a la matriz sea un original (que ya hemos explicado que es sólo una forma de hablar), su reproducción por fotocopia o escaner en las copias tampoco garantiza nada más, ya que puestos a pensar también cabría el error en la reproducción si se mezcla el anverso de un original con el reverso de otro distinto.

En definitiva, si finalmente las funciones del registrador dependen en todo de las reproducciones de los documentos que le presente el notario bajo su fe pública... ¿qué sentido tiene el exigir que se presenten documentos originales e íntegros?...

Las conclusiones que anteceden están ratificadas hasta en la mismísima legislación hipotecaria. En efecto, el art. 76 RH nos delimita cual es la parte exacta del título sucesorio que es relevante para la inscripción, literalmente:

*"En la inscripción de bienes adquiridos por herencia testada se harán constar las **disposiciones** testamentarias **pertinentes**, la **fecha del fallecimiento** del causante, tomada de la certificación respectiva, y el contenido del certificado del Registro General de Actos de **Última Voluntad**. En la inscripción de bienes adquiri-*

dos por herencia intestada se consignarán los particulares de la declaración judicial de herederos”.

Y el art. 78 RH deja sentado que esos datos relevantes se pueden aportar no sólo con el título “original e íntegro/total y literal”, sino que basta que se presente “parcial y en relación”, pues además de que como acabamos de ver del Testamento (y lógicamente de la DH) sólo importan las “disposiciones pertinentes”, en cuanto a los certificados también basta que se “relacionen.”

*“En los casos de los dos artículos anteriores se considerará defecto que impida la inscripción el no presentar los certificados que se indican en los mismos, o no **relacionarse** en el título...”*

V. LA ACTUAL DGRN CONFUNDE EN EL ART. 14 LH TÍTULO DE LA “SUCESIÓN” CON TÍTULO DE LA “INSCRIPCIÓN”

Recordemos que el art. 14 LH habla en el primer párrafo del **“El título de la sucesión hereditaria...”** y en el segundo de **“Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas...”**

Pues bien, la actual DGRN con las prisas, con el atolondramiento, del que busca otros objetivos, se lanza a la carrera para interpretar “pro domo sua” este artículo para hacernos creer que dado que lo importante para la inscripción es el Testamento y la DH (“el título”), y lo subordinado es la Escritura de aceptación y partición de herencia, el registrador tiene que revalidar esos títulos y examinarlos con microscopio (por más que la ley no le atribuye esas facultades) para revisar desde las pruebas practicadas, hasta el juicio notarial o judicial de determinación de los herederos.

Frente a esta interpretación el simple examen de la realidad nos lleva a otras conclusiones, pues si el título fuera el que dice la DGRN se podría inscribir el Testamento, el certificado de defunción y las últimas voluntades prescindiendo de lo “complementario” que sería la Escritura de aceptación y partición. Pues no. Esto no ha sido nunca así: los Testamentos y las DH no se inscriben de manera independiente en el Registro, nunca se ha hecho semejante cosa...

¿Qué es lo que ha ocurrido? Pues simplemente que en su precipitación la DGRN confunde dos títulos distintos: el de la sucesión, con

el de la inscripción hereditaria. Si se lee el art. 14 LH con la calma que requieren estas cuestiones, se verá que no descubrimos absolutamente nada: el párrafo primero se refiere al título de la "sucesión" y el segundo al de la "inscripción".

Con esta perspectiva es evidente que lo que se inscribe es la Escritura de aceptación y partición hereditaria en la que jugarían como documentos complementarios el Testamento con sus certificados o las DH. Eso explica que el título de la inscripción se tiene que presentar como "copia de una Escritura matriz" (que es la única manera de cumplir el art. 3.º LH que exige Escritura y no Testimonio), mientras que los documentos complementarios (Testamento, certificados, DH) sí que se pueden presentar testimoniados tal y como admiten todas las Res de los últimos tres siglos que luego veremos.

VI. LO QUE REALMENTE HACE EL ART. 14 LH ES DELIMITAR "POSITIVAMENTE" EL TÍTULO SUCESORIO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL EN EL QUE EXISTEN "TESTAMENTOS/TÍTULOS SUCESORIOS" Y "TESTAMENTOS/NO TÍTULOS SUCESORIOS"

Si lo dicho en el apartado anterior fuera cierto cabría preguntarse... ¿entonces por qué el art. 14 insiste en tratar separadamente el "título sucesorio?... ¿es que el art. 14.1.º LH no sirve para nada?...

Pues bien, practicando el recomendable (también para la DGRN) hábito de la lectura, nos enteramos de que BLANQUER UBEROS (10) explica que a nivel internacional se pueden distinguir dos sistemas de organizar la transmisión hereditaria:

*"Si se organiza la realización de la sucesión atribuyendo el protagonismo al heredero el ordenamiento seguirá el **sistema de continuidad**: el heredero asume, y continúa, la posición jurídica del causante sobre los elementos de su patrimonio..."*

(10) BLANQUER UBEROS, Roberto: "El Testamento título de operaciones sucesorias realizadas en la normalidad del derecho", editado por Colegios Notariales de España, Madrid, 2008, p. 9 y 10.

*"... cuando se atribuye la realización de las operaciones sucesorias a un extraño, que se denomina ejecutor, o liquidador, éste queda investido de facultades para la administración y conservación del patrimonio hereditario, para el pago de deudas (previa la realización de activos que fuere necesaria), y para la entrega del remanente... **sistema de liquidación...**"*

Continúa BLANQUER UBEROS (11) explicando que los ordenamientos continentales de raíz latina están inspirados en el sistema de continuación en los que el Testamento es la pieza central de la sucesión hereditaria, mientras que en el ordenamiento inglés y los sajones o nórdicos:

"... el Testamento tiene, en relación a las operaciones sucesorias, un papel mediatizado por la actividad del tribunal y lejano, tan lejano que puede considerarse inexistente; la resolución del tribunal que valida el Testamento y formaliza la designación de quien resulta encargado para realizar las operaciones sucesorias tiene el significado y el valor de título..."

Siguiendo estas premisas constatamos que hay un primer grupo de países en los que de manera incuestionable el Testamento no es título sucesorio, como ocurre en UK y, lo veremos más adelante, Australia. En efecto, ESPÍÑEIRA SOTO (12) y la praxis jurídica corroboran las palabras de Blanquer, pues a los que la profesión nos lleva a ejercer en zonas con numerosos extranjeros comprobamos a diario que la sucesión de un ciudadano inglés está basada en la resolución de un tribunal ("Hig Court") que emite una decisión ("Probate") nombrando un liquidador de la herencia (llamado "Executor" si hay Testamento, o "Administrator" si no lo hay). En otras palabras, en Inglaterra el verdadero título sucesorio es esa decisión judicial sin la que el Testamento (de haberlo) poco vale, entre otras razones porque no tienen un Registro centralizado de Testamentos.

(11) BLANQUER UBEROS, Roberto: *op. cit.*, p. 21.

(12) ESPÍÑEIRA SOTO, Inmaculada: "Estudio práctico sobre sucesiones con elemento extranjero", *Extranjería: función notarial y derecho documental*, número monográfico editado por Revista La Notaría, del Colegio de Notarios de Cataluña, 2009, Volumen I, p. 207-257.

Hay un segundo grupo de países en los que se discute si el Testamento es título sucesorio o lo es más bien la decisión judicial de nombramiento de herederos. Así, en Alemania, en principio se necesita un "certificado sucesorio" ("Erbschein") en el que el tribunal, en base al Testamento o la ley, determina quién es el heredero y su participación en la herencia. Como explican LÖBER y FERNÁNDEZ ROMERO (13) el "Erbschein" goza de fe pública y produce una presunción de legitimación al heredero para actuar como tal frente a los terceros que quedan protegidos si actúan de buena fe. Tan importante es el "Erbschein" que hemos comprobado personalmente que el Tribunal alemán no tiene inconveniente en emitirlo aunque para ello tenga que aplicar la ley española cuando sea ésta la que rige la sucesión. Esta posibilidad está admitida y explicada por DOWNES (14) y por LÓPEZ SALAVER Y ARTZ (15), que incluso en el caso de que exista un Testamento o una declaración de herederos española, recomiendan aun con todo que se obtenga en Alemania el Erbschein para la adjudicación de los bienes sitos allí, pues así se alcanza esa presunción de legitimidad que permite operar con absoluta garantía jurídica al heredero y los terceros.

Según DOWNS (16) los ordenamientos de Grecia, Israel y Austria tienen un sistema muy parecido al alemán en los que se emite como título sucesorio un documento con un contenido y efectos similar al Erbschein; y BLANCO-MORALES LIMONES (17) amplía esta lista a Estonia, Finlandia, Holanda y Francia (para Alsacia-Lorena).

(13) LÖBER, Burckhardt y FERNÁNDEZ ROMERO, Yolanda: "Sucesión jurídica de bienes de titulares alemanes", *Revista La Notaría*, 1998, p. 157-160.

(14) DOWNS, Naomí: "El Erbschein en la práctica notarial española: ¿un documento necesario o simplemente útil", *Revista Jurídica del notariado*, abril-junio 2003, p. 67-106, en particular p. 85.

(15) LÓPEZ SALAVER, Carmen, y ARTZ, Markus G.: "Aspectos de la sucesión de ciudadanos españoles en Alemania", *Revista La Notaría*, octubre 2002.

(16) DOWNS, Naomí: *op. cit.*, p 80.

(17) BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: "No se puede exigir el certificado sucesorio para inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes heredados de un causante alemán", *Diario La Ley*, 10 a 16 de marzo de 2014, p. 14 a 19. En concreto: Nota 12, p. 19.

Pues bien, respecto de Alemania, la postura tradicional entendía que el título sucesorio era el "Erbschein" y no el Testamento; así lo sostenía JIMÉNEZ CLAR (18) y la SAP de Baleares de 15/7/02.

No obstante lo anterior, ya ESPÍÑEIRA SOTO (19), después de citar a JIMÉNEZ CLAR y a la SAP de Baleares, apoyándose en los arts. 35 y 36 de la Ley Hipotecaria alemana, ponía de relieve que para las transferencias inmobiliarias no era imprescindible obtener el "Erbschein" y esta era la opinión así mismo mantenida por LÓPEZ SALAVER y ARTZ (20), DOWNES (21), BLANQUER (22) y en "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités" de Editorial Bruylant (Régimes) (23).

Esta moderna orientación sobre el valor del "Erbschein" ha sido ratificada por BLANCO-MORALES LIMONES (24) que bien recientemente nos alerta de unas novedades legislativas y jurisprudenciales producidas en Alemania que hoy permiten sostener que el Testamento alemán es título sucesorio directo. En efecto, la autora explica que, a diferencia de algunos otros países europeos, desde el 1/1/12 en Alemania ya existe un Registro Central de Testamentos (25) cuya

(18) JIMÉNEZ CLAR, Antonio: "El patrimonio sucesorio internacional," en la obra colectiva *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo III, capítulo 36, Bosch, 2005, p. 409.

(19) ESPÍÑEIRA SOTO: *op. cit.*, p. 224.

(20) LÓPEZ SALAVER, Carmen, y ARTZ, Markus G.: *op. cit.*

(21) DOWNES, Naomí: *op. cit.*

(22) BLAQUER UBEROS, Roberto, en la obra citada (nota 61 en la p. 53) se apoya para esta conclusión en "Derecho de Sucesiones" del "Tratado de Derecho Civil" de ENECCERUS, KIPP y WOLF traducidos por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Bosch, 1951. También cita a "Derecho de sucesiones", de Julius BINDER, traducido y anotado por José Luis LACRUZ BERDEJO, Labor, 1953.

(23) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": Libro en tres tomos de la Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo (CAEM), de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), Editorial Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 606

(24) BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: *op. cit.* En realidad lo que sostiene la autora en su artículo son dos cosas: por un lado que, en general, el "Erbschein" no es imprescindible en ningún caso; y, en particular, comentando la Sentencia del Juzgado núm. 10 de Las Palmas de 7/1/14, mucho menos, porque en el caso juzgado ya existía una DH hecha por notario español del causante alemán.

(25) BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: nos dice que en Dinamarca, UK, Polonia y Suecia no existe este tipo de Registro y que hoy en Alemania está regulado en la Ordenanza Notarial ("Bundesnotarordnung-BNotO") y en el

ausencia era una de las razones que se alegaban para exigir siempre el "Erbschein". También indica que una reciente Sentencia del BGH de 8/10/13 interpreta el BGB en el sentido de que la condición de heredero no tiene que probarse imprescindiblemente por el "Erbschein", sino que se admiten otros medios, por más que siga teniendo una enorme utilidad práctica.

A pesar de lo que acabamos de decir, una cosa es que el notario español "pueda" utilizar directamente el Testamento alemán como título sucesorio sin "Erbschein", y otra bien distinta es que "deba" hacerlo, pues si prescinde de semejante documento judicial sus posibilidades de incurrir en responsabilidad aumentan, se debilita la posición del heredero y se suprimen garantías a los terceros. Desde luego que cada profesional decidirá lo que considere más conveniente, pero el omitir el "Erbschein" sólo tiene inconvenientes y ninguna ventaja...

¿En Grecia, Israel, Austria, Estonia, Finlandia, Holanda y Francia (para Alsacia-Lorena), las resoluciones judiciales de determinación de herederos tienen el valor del "Erbschein" alemán o son más bien asimilables a la "Probate" inglesa? ¿en estos países el Testamento es título sucesorio directo o lo es la declaración judicial o notarial de herederos? Desgraciadamente el responder a estas preguntas, es algo que excede con mucho de los objetivos de este artículo y, francamente, de las capacidades del autor.

En este momento no podemos sino hacer una primera aproximación al tema limitándonos a transcribir lo que hemos podido leer sobre cómo se prueba la condición de heredero en cada país en el "Manual notarial de disposiciones sucesorias de Europa" del IRENE (Manual), en "Régimes...", en "Manuel de Droit Privé et de Justice Preventive en Europe" de Alfonso Rentería Arocena (Rentería) y en los informes especiales de diferentes países publicados la Revista "Notarius International" de la UINL (Notarius).

"Verordnung zur Einrichtung und Führung des Zentralen Testamentsregister- ZTRV", *op. cit.*, notas 12 y 15, p. 19.

Austria: antes de concluir las operaciones particionales cabe la prueba con copia del Testamento, pero después ya sólo cabe el certificado sucesorio judicial [Manual (26)]. Esta indicación es corroborada en Rentería (27).

Chequia: el procedimiento de transmisión hereditaria es judicial, por más que determinados actos se realicen por los notarios en concepto de colaboradores del Juzgado [Régimes (28)].

Dinamarca: el proceso hereditario es generalmente judicial, salvo que se haga privadamente en el caso de que todos los herederos estén de acuerdo, asuman todas las deudas hereditarias y no lo prohíba el testador [RENTERÍA (29)].

Estonia: el certificado sucesorio expedido por notario no es una obligación, sino un derecho de los herederos [Régimes (30)]. Esta indicación es confirmada en Rentería (31).

Finlandia: la determinación de los herederos se realiza por documento expedido por el Registro Civil [RENTERÍA (32)].

Francia: se utiliza el Acta Notarial de Notoriedad [Manual (33)]. Esta indicación está corroborada en Régimes (34), y también en RENTERÍA (35) que añade que en Alsacia y Lorena su CC local sigue al

(26) "Manual notarial de disposiciones sucesorias de Europa", editado por el Institut de Recherches et d'Etudes Notariales Européen (IRENE), de la Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo (CAEM), de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), 1998, p. 36.

(27) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: "Manuel de Droit Privé et de Justice Preventive en Europe", editado por el Institut de Recherches et d'Etudes Notariales Européen (IRENE), de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), 2007, p. 521. Es de justicia remarcar el altruismo del autor, Notario y Registrador, que cedió todos sus derechos sobre el libro al IRENE.

(28) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": *op. cit.*, tomo III, p. 2508.

(29) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 572.

(30) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": *op. cit.*, tomo II, p. 1199.

(31) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 594.

(32) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 599.

(33) "Manual notarial...": *op. cit.*, p. 85.

(34) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": *op. cit.*, tomo II, p. 1299.

(35) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 606.

BGB alemán y prevé un certificado judicial de herederos equivalente al Acta Notarial.

Grecia: no se utiliza directamente el Testamento, sino que se requieren diferentes certificados del Registro Civil y judiciales (Manual (36)). Se confirma en Régimes (37) y en RENTERÍA (38).

Holanda: se usa un certificado notarial [Manual (39)]. Se confirma en RENTERÍA (40).

Hungría: la prueba de la calidad de heredero se realiza mediante certificación judicial (RÉGIMES (41))

Irlanda: el título sucesorio es la "Probate" [Manual (42)]. Se confirma en RENTERÍA (43).

Letonia: se prevé la emisión de un certificado de sucesión por el Notario [RENTERÍA (44)].

Lituania: la cualidad de heredero se prueba con un certificado notarial incluso cuando lo sea el Estado [RENTERÍA (45)].

Marruecos: Acta de Notoriedad de dos notarios Musulmanes Tradicionales conocidos como *Adules* (46) [Manual (47)]. La exigencia de este Acta de Notoriedad de los *Adules* es confirmada en Régimes, que en otro pasaje da por supuesto que el Notario Hebráico también realiza dentro de sus competencias este tipo de Acta, y finalmente

(36) "Manual notarial...": *op. cit.*, p 97.

(37) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": *op. cit.*, tomo II, p. 1376.

(38) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 626.

(39) "Manual notarial...": *op. cit.*, p. 110.

(40) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 713.

(41) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": *op. cit.*, tomo II, p. 1471.

(42) "Manual notarial...": *op. cit.*, p. 122.

(43) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 651.

(44) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 682.

(45) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 686.

(46) SERFRIQUI, H.: "Informe sobre Marruecos", Notarius International, UINL, núm. 1-2, 2005, p. 97. Según este Informe hay que tener en cuenta las particularidades de Marruecos en el que existen tres tipos de notarios: Notarios Rabínicos (sujetos a la ley mosaica), Notarios Musulmanes o *Adules* (sujetos a la ley coránica) y Notarios europeos por influencia francesa.

(47) "Manual notarial...": *op. cit.*, p. 155.

acompaña modelos de Acta para los tres tipos de notarios: Adules, Hebráicos y Europeos (48).

Moldavia: es competencia notarial el emitir un certificado de heredero [RENTERÍA (49)].

Noruega: no conoce el Testamento notarial, con lo que mal puede ser "título sucesorio" [RENTERÍA (50)].

Polonia: la condición de heredero se prueba por certificado judicial [RENTERÍA (51)].

Portugal: Acta de Notoriedad [Manual (52)]. Se confirma en RENTERÍA (53).

Rumanía: se emite un certificado notarial de heredero (RENTERÍA (54)).

Rusia: el notario es el competente para emitir un certificado de heredero [RENTERÍA (55)].

Suecia: la condición de heredero se prueba con unos certificados especiales [RENTERÍA (56)] .

Suiza: Certificado notarial o judicial según Cantones [Manual (57)]. Esta indicación es confirmada en Régimes (58).

Turquía: Certificado judicial [Manual (59)]. Se confirma en Régimes (60).

En fin, como conclusión provisional lo único seguro es que en UK y en Australia el título sucesorio es la "Probate" y no el Testamento. A partir de aquí nos vamos a referir a los Testamentos de estos dos países, pero hay que tener en cuenta que lo que decimos respecto

(48) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": *op. cit.*, tomo II, p. 1785, 1824 y 1848 a 1855.

(49) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 706.

(50) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 711.

(51) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 722.

(52) "Manual notarial...": *op. cit.*, p. 173.

(53) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 730.

(54) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 737.

(55) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 754.

(56) RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *op. cit.*, p. 759.

(57) "Manual notarial...": *op. cit.*, p. 190 y 191.

(58) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": *op. cit.*, tomo III, p. 2412.

(59) "Manual notarial...": *op. cit.*, p. 196.

(60) "Régimes Matrimoniaux, Successions et Liberalités": *op. cit.*, tomo III, p. 2567.

de ellos eventualmente también será aplicable a los Testamentos de otros países en los que tampoco tengan la condición de "títulos sucesorios".

Por lo dicho, la utilidad del art. 14.1.º LH salta a la vista, pues es una aclaración imprescindible de que nuestro ordenamiento jurídico sigue el sistema de continuidad en el que el Testamento es la pieza esencial de la sucesión hereditaria sin que sea necesaria la intervención judicial en los supuestos ordinarios. No descubrimos nada nuevo, RODRÍGUEZ ADRADOS (61) ya lo explicó hace años:

"... la copia autorizada de esta escritura pública de Testamento abierto, acompañada de las certificaciones de defunción del testador y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, constituyen el título sucesorio, sin necesidad de ninguna intervención judicial".

En fin, elevando un grado la abstracción de lo que acabamos de decir, se puede concluir que en el ámbito internacional hay dos categorías fundamentales de "negocios testamentarios": los que a la vez son por sí mismos títulos sucesorios, y los que NO lo son.

VII. EL ART. 14 LH TAMBIÉN DELIMITA "NEGATIVAMENTE" EL TÍTULO SUCESORIO EN ESPAÑA. LOS PROBLEMAS DE LA RECEPCIÓN DE LOS TÍTULOS SUCESORIOS EXTRANJEROS

Acabamos de ver que el art. 14 LH sirve para explicar "cómo ES" nuestro sistema sucesorio (un sistema de "continuación"), pero ello supone que simultáneamente también está delimitando negativamente el título sucesorio explicando a los títulos sucesorios extranjeros "cómo NO ES" nuestro sistema (no es un sistema de "liquidación") y advirtiéndoles por tanto de los obstáculos que se van a encontrar al llegar a España.

(61) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "El documento en el Código Civil", *Escritos Jurídicos*, editados por Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, Tomo III, p. 73.

Entramos así en el examen de los problemas que causa la recepción en España de los títulos sucesorios extranjeros, en cuya solución va a ser muy relevante esa distinción que acabamos de ver entre "Testamentos/títulos sucesorios" y "Testamentos/NO títulos sucesorios".

Otra distinción no menos relevante es la que separa el "negocio testamentario" del "documento testamentario" pues en este tema lo relevante va a ser el "negocio" antes que el "documento" en el que viaja. En otras palabras, no se trata aquí de que el documento añada unos especiales efectos en sí mismo de los que carece el negocio (como ocurriría con el efecto "traditorio" o el "ejecutivo" de una Escritura de Compraventa con precio aplazado). No. Aquí veremos que básicamente los problemas son los que plantea el "negocio testamentario" respecto del que hay países que no le atribuyen el efecto de integrar por sí mismo el título sucesorio.

Una última distinción que nos deberá de acompañar en la búsqueda de esas soluciones es la que se refiere a la "validez del negocio" frente a la "eficacia del negocio", pues sin tener bien presente que son categorías independientes que se pueden dar en distintos grados según los casos, tampoco se podría alcanzar esa coherencia.

Por supuesto que un negocio absolutamente inválido no produce ningún efecto propiamente negocial (con independencia de que pueda producir algún tipo de responsabilidad), y que un negocio válido siempre ha de tener algún efecto (sería absurdo una voluntad negocial que no sirviera absolutamente para nada), pero no hay que perder de vista que los negocios, una vez superada la barrera de la validez, producen distintos efectos, no sólo según sus diferentes tipos, sino también dependiendo de cada país. En otras palabras, un mismo negocio que sea válido según la legislación de varios países puede que en cada uno de ellos produzca unos efectos que no sean los mismos. Nótese que para nuestros objetivos la Convención de la Haya de 5/10/1961 sobre Testamentos nos va a servir de bien poco pues atiende únicamente a "Testamentos", no a "Títulos sucesorios", se refiere fundamentalmente a cuestiones de "validez" formal de los primeros, pero no a su "eficacia" que es a lo que atienden los segundos.

Y para avanzar en la resolución de estos problemas lo primero sería examinar los títulos sucesorios que se pueden dar en la tramitación de la herencia de un extranjero en España. Veamos...

La posibilidad de que un extranjero haga un **Testamento español** para todos sus bienes o sólo para los de España, es algo admitido por la jurisprudencia, doctrina y legislación inglesa tal y como dijimos (62):

"Pues bien, SÁINZ cita la interesante sentencia inglesa de 1951 sobre el caso «The state of Wayland» que admite la validez y eficacia simultánea de dos Testamentos: el hecho en Bélgica en el que se disponía únicamente de los inmuebles belgas y el hecho posteriormente en Inglaterra en el que se disponía del resto. Y es que (continúa citando SÁINZ) tal y como explicaba PARRY, en derecho inglés -salvo revocación expresa- sólo se entienden revocadas las cláusulas del Testamento que sean incompatibles con el posterior, no el resto".

También DOWNES (63), al igual que LÖBER, MARSÁ y STEINMETZ (64), explican que nada se opone a que los alemanes otorguen Testamento ante notario español para sus bienes aquí.

En España, además de la evidencia práctica, contamos la aceptación expresa del supuesto llevada a cabo por la Res 24/10/07 que admite este tipo de Testamentos y hasta los recomienda:

"Es más, la posibilidad de testar ante notario español para ordenar el patrimonio existente en España es una vía que genera seguridad jurídica al ciudadano extranjero y que, especialmente en los casos de dualidad, como los de la ley inglesa, asegura la propiedad del bien tras la muerte de su titular facilitando y abaratando extraordinariamente la formalización de la sucesión mortis causa".

(62) RIVAS ANDRÉS, Rafael: "Aplicación de las legítimas del Código Civil español a las herencias inglesas", *Revista Notarius Internacional*, núm. 1-2/2003, vol. 8, p. 138-148, y revista *La Notaría*, núm. 10, abril 2002.

(63) DOWNES, Naomi: *op. cit.*, p. 97.

(64) LÖBER BURCKHARDT, MARSÁ, MERITXELL y STEINMETZ, Alexander: "La herencia de bienes en España de ciudadanos alemanes", *El Notario del Siglo XXI*, úm. 43, mayo-junio 2012.

En fin, si hubiera Testamento español del causante extranjero, conforme a la Res 1/3/05 y esta de 24/10/07, es suficiente para ultimar la sucesión la copia autorizada del mismo, la defunción y las UV españolas.

Si no existe Testamento español puede ocurrir que sea competente el notario hispano para realizar una **Declaración de Herederos española** del causante extranjero. Desde luego que es perfectamente posible pues nuestra legislación lo admite en el art. 209 bis RN y la muy importante Res del Sistema Notarial (SN) 18/1/05 lo confirma señalando el procedimiento y sus requisitos (certificado de fallecimiento, últimas voluntades de España y del país de la nacionalidad, determinación de la ley sustantiva aplicable, reenvío etc, y la prueba del derecho aplicable ex arts. 168. 4.º RN y 36 RH).

Lo que sí es curiosa la postura de nuestra DGRN, que en este tipo de DH ante notario español, pide un requisito adicional en la Res SN 18/1/05 que es el certificado de UV del "país de origen"

"... una medida oportuna y prudente, y casi obligada... que el notario español también solicite... como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del Registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional..."

Sin embargo, pensamos que con mayor motivo para tramitar en España la DH de un extranjero, (en palabras de la DGRN) "*una medida oportuna y prudente, y casi obligada...*" es que el notario español intente asegurarse de que no exista en el país de nacionalidad del causante algún tipo de "Declaración de Herederos" Notarial o Judicial ya hecha o en trámite. Por todo ello, lo más aconsejable es exigir por el notario español antes de empezar su DH, que se le presente un documento judicial, notarial o consular del país del extranjero que de alguna manera diga que, en su país, nadie es competente para hacer esa Declaración de Herederos.

En cualquier caso, tanto si hay un Testamento español, como si existe una DH notarial o judicial española, su utilización aquí no presenta particulares problemas pues se trata de documentos internos nuestros.

Cuando no haya Testamento o DH española, puede presentarse una **Declaración de Herederos notarial o judicial extranjera, o documento equivalente** bien porque el causante no hizo Testa-

mento, bien por ser ese el sistema que rige para todos los casos en el país de su nacionalidad, "Probate", o con las matizaciones dichas, "Erbschein"; cierto que estos dos últimos actos no son exactamente igual que nuestras DH, pues se dan incluso en los casos en que hay Testamento, pero finalmente se resuelven en unos documentos judiciales perfectamente equiparables, pues realizan tras la práctica de unas pruebas la determinación de quiénes son los herederos de una persona.

Lo que ya no tenía sentido era la postura registral que no conforme con la DH de notario español del causante germano, aun con todo... ¡exigía la presentación del "Erbschein" de ese mismo causante obtenida en Alemania! ¿? Menos mal que el buen criterio del Notario autorizante le llevó a impugnar directamente semejante dislate ante el Juzgado (posibilidad que admite el art. 324 LH), con lo que nos ha ahorrado una nueva Res (otra más) de la actual DGRN que con toda seguridad hubiera cercenado las competencias notariales en la autorización de las Actas de DH de causantes extranjeros, por más que esas competencias provengan directamente de la LEC y el RN. Aclaramos que cuando nos referimos al recorte de competencias de notarios, nos estamos refiriendo a los "españoles", pues la actual DGRN (luego lo veremos) no para de ampliar las de los "extranjeros" hasta límites absolutamente desconocidos en cualquier otro país de nuestro entorno.

En fin, la Sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 10 de Las Palmas de 7/1/14, cortó de raíz la mencionada pretensión registral y ha dado lugar al artículo de BLANCO-MORALES LIMONES que, como ya hemos dicho, nos regala unas importantes observaciones sobre el valor actual del "Erbschein" alemán.

Finalmente, si no se presentan ninguno de los documentos a los que nos acabamos de referir, es posible la **recepción directa en España de Testamentos de países** que se integren en sistemas sucesorios de continuación como ocurre con los italianos y los de aquellos otros países en los que por sí solos sean títulos sucesorios. Nuestro TS (al igual que la DGRN) ha admitido Testamentos extranjeros con toda normalidad, entre otras, en sus STS 15/11/97 y 8/10/10.

En estos casos de que se presenten en España directamente DH extranjeras, "Probate", "Erbschein", o Testamentos extranjeros, se aceptarán en España debidamente traducidos y apostillados siem-

pre que cumplan la Doctrina de Equivalencia en Seguridad Jurídica (DESJ, antes conocida como de "equivalencia de formas"), explicitada en las Res de 11/6/99 y de 21/4/03. Téngase en cuenta que por no superar esta DESJ, la Res 4/2/99 no aceptó la italiana "Declaración Sustitutiva del Acta de Notoriedad" y por las mismas razones se han de rechazar las declaraciones de herederos que pretenden hacer los Alcaldes franceses...

Ahora bien, el verdadero problema nos lo encontramos cuando se pretende que se reciban en España directamente, sin "Probate", Testamentos ingleses y australianos (y de otros países con sistemas similares) por más de que en la carpeta vengan con una (implícita) advertencia que diga: "Estos Testamentos NO son título sucesorio".

Unos ejemplos ilustrarán lo que queremos decir. Imaginemos que un español sujeto al Cc viaja a Inglaterra y otorga Testamento ante un notario de Londres. En este caso el notario aplicará nuestra ley para ver si tiene más de 14 años, y si tiene descendientes también deberá aplicarla para garantizarles su legítima de 2/3. Por supuesto que dicho Testamento, gracias a nuestro art. 11.1 CC y al Convenio de la Haya de 5/10/1961, será válido sin duda alguna.

Por lo mismo, un matrimonio de navarros o de alemanes, si viajan a Inglaterra podrán hacer Testamento ante un notario de Londres, el cual, aplicando la ley navarra y germana, les puede autorizar ("redactar" más bien) un Testamento mancomunado, conforme al art. 11.1 CC y el convenio de la Haya [por cierto, posibilidad defendida brillantemente entre nosotros por *ESPIÑEIRA SOTO* (65)].

Otro ejemplo tomado de la praxis reciente de los notarios ingleses es que aconsejan a sus clientes que hagan Testamento ante ellos de los bienes en España, lo cual se puede aceptar por más que no deja de extrañar que ese documento no tendría en Inglaterra ningún efecto especial... Acto seguido remiten un parte a nuestro Registro de Últimas Voluntades pues aunque el art. 3 del Anexo II de nuestro RN exige para ello un Acta especial ante agente diplomático o consular español, la Res 8/6/1970 (también el Convenio de Basilea de 16/5/1972) ha permitido (¿?) esa práctica por más que no estemos en nada de acuerdo con que la DGRN derogue el RN; en fin, todo sea para evitar que un Testamento se pierda en el olvido...

(65) *ESPIÑEIRA SOTO*, Inmaculada: en diversas colaboraciones en la página digital *Notarios y Registradores.com*.

Pues bien, en todos estos ejemplos se plantean múltiples interrogantes... ¿son Testamentos ingleses o más bien españoles al haberse aplicado nuestra ley en muchos de sus aspectos? ¿qué efectos tienen en origen? ¿podemos aquí atribuirles más efectos de los que traen? ¿podemos considerarlos como títulos sucesorios aceptándolos sin "Probate" tal y como pretenden los notarios ingleses aunque allí no lo sean?...

Nuestra opinión, siguiendo a BLANQUER UBEROS (66), es que por más esfuerzos que se hagan lo que no se puede es atribuirles aquí a estos Testamentos ingleses (y países que sigan un sistema equivalente) unos efectos y una función que no tienen porque Westminster no quiso que los tuvieran. Pensamos que la recepción directa de este tipo de Testamentos es inviable porque se oponen a ello tres tipos de razones fundamentales: la incompatibilidad de sistemas sucesorios, el principio de universalidad de la herencia y la ley de circulación internacional de los documentos notariales, que es lo que vamos a examinar en los apartados siguientes.

VII.1. La incompatibilidad de sistemas sucesorios y el orden público español. En la ciencia jurídica no cabe la "transubstanciación": el Testamento extranjero siempre es extranjero

Contestando a las interrogantes que nos hacíamos en el apartado anterior respecto de la recepción directa de Testamentos ingleses y asimilados, dejamos sentado en primer lugar una cuestión fundamental por más que parezca una obviedad: los Testamentos autorizados por un notario extranjero son siempre extranjeros, aunque a alguno de sus aspectos se aplique la ley española sustantiva (mayoría de edad, legítimas) o formal (Testamento mancomunado). No puede ser de otra manera dado que el notario es nombrado por un Estado extranjero (o al menos por un cura de alto rango como en Inglaterra) y éste necesariamente ha de actuar conforme a las reglas documentales y notariales de su país.

Efectivamente los notarios ingleses no "deben" operar fuera de su país olvidando su nacionalidad y las normas por las que se ri-

(66) BLANQUER UBEROS, Roberto: *op. cit.*, p. 127 y 128.

gen. Pero una cosa es que no deban y otra bien distinta es que no "quieran"... porque querer, quieren... Pareciera que dado que los documentos que hacen no sirven absolutamente para nada en su país de origen (básicamente hacen documentos sólo para el extranjero), intentan buscar la justificación de su existencia profesional promocionando el turismo documental. Incluso se preparan a conciencia para ello pues si hemos de creer a KENNAIR (67) pasan duros exámenes ante el cura que les nombra para obtener su título, no obstante lo cual habría que recordarles que dichos exámenes lo lógico no es que se pasaran en su país de origen (bien poco nos importa) sino en el país en el que vamos a sufrir sus documentos: en España; no se pierda de vista que hasta para ejercer una profesión absolutamente liberalizada como la de abogado, exigimos a los que pretenden trabajar aquí que se superen unas pruebas... españolas por supuesto (68)...

En cualquier caso, si nos fijamos en lo que ocurre con los lenguajes de los sistemas informáticos vemos que pueden presentar características tan distintas unos de otros que en ocasiones no se reconocen entre sí y se dice que carecen de "interoperatividad": son incompatibles. No se trataría tanto de que un sistema informático sea mejor o peor que otro, sino más bien de que ambos no hablan el mismo idioma de manera que los datos generados en uno no se puedan aprovechar en los demás. Con los sistemas sucesorios (69) ocurre lo mismo: sólo pueden operar de manera compatible los que estructuralmente están basados en principios similares pues si no los lenguajes son inconciliables, no se reconocen. No se trataría tanto de que el sistema sucesorio español, italiano o francés sea superior al inglés [que por supuesto sí que lo son (70)], sino en que sólo están preparados para operar con unos determinados engrana-

(67) KENNAIR, William: en Revista *El notario del siglo XXI*, núm. 15 de septiembre-octubre 2.007.

(68) Orden PRE/421 de 15/3/13 y RD 1837 de 8/11/08 que desarrollan varias Directivas europeas.

(69) Lo mismo se puede decir en general de los sistemas documentales, notariales, de transmisión de la propiedad etc.

(70) ...pues si en ellos para ultimar una sucesión basta apoyarse en una sencilla copia de un Testamento de coste despreciable y en unos certificados gratuitos en vez de tener que comparecer en un juzgado, las ventajas son evidentes...

jes entre los que no se pueden insertar piezas de diseño o tamaño distinto.

Si se aceptaran aquí directamente Testamentos ingleses y austrianos resultaría que aceptaríamos como títulos sucesorios (una vez superada la barrera de su validez en origen), negocios testamentarios que allí son simples "Testamentos/NO títulos sucesorios", lo cual sería algo así como que se comenzara a tramitar un pleito en Inglaterra pero que la Sentencia la acabara dictando un Tribunal español, o que se tramite una licencia de obras en España pero que finalmente se concediera por un Ayuntamiento alemán, o que una declaración de herederos tramitada en Austria la terminara un notario español: un absurdo jurídico que repugna las reglas de la lógica más elemental.

¿Qué es lo que estaría ocurriendo? Pues que la parte de eficacia que no traen de origen esos Testamentos se tendría que suplir mediante la aplicación de la legislación española, cosa que sólo se puede producir si hubiera un Tratado, Convenio o norma supranacional que así lo ordenara, pero como no existen esas normas resultaría que esa aplicación directa sería tanto como que desde Inglaterra se dictara cómo se tienen que comportar las autoridades españolas, o que desde España se legislara sobre los efectos de los Testamentos ingleses. Semejante posibilidad supondría una injerencia en las competencias legislativas y la soberanía de un país en otro cosa inaceptable por infringir el orden público español ya que la recepción del Testamento extranjero supone la aplicación indirecta de la ley sustantiva y documental del país de procedencia lo que nunca puede infringir nuestro Orden Público (OP) del art. 12.3 CC.

Cuando un ciudadano inglés asesorado por su notario de Londres elige el sistema de determinación de herederos inglés, mediante el otorgamiento de un Testamento inglés, no hay ningún problema: lo único que ocurre es que deberá de continuar con el procedimiento hasta el final, es decir, llevarlo a la "High Court" y obtener la "Probate" con determinación del "Executor". Lo que no puede es mezclarlo todo y pretender que en España su Tto funcione como si fuera español, pues si esto quisiera debería el testador acudir a un notario de un país en el que el Tto sí que fuera por sí sólo título de la sucesión (España, Italia...) de manera que su recepción aquí no cause ninguna cuestión de incompatibilidad ni de orden público.

Si este tipo de Testamentos no se completara con la "Probate" porque no se puede o no se quiere hacerlo, ocurriría lo mismo que

si se intentara hacer valer en España un Testamento ológrafo que no esté escrito todo él de puño y letra del testador, o el caso de que un Testamento ológrafo de aquí que no se llegara a presentar al Juzgado para su adveración y protocolización dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento del testador (art. 689 CC): en todos estos casos existió un Testamento que en su momento y en su país tuvo una validez inicial, pero que por no haber completado el proceso legalmente previsto para ello, no llegó a convertirse en título sucesorio en España.

Confirma lo que acabamos de decir la interesante Res 26/6/12 relativa a una herencia de un australiano con Testamento de su país, y que era originario de uno de los seis Estados federados: Nueva Gales del Sur, que tiene un sistema muy "inglés". Esta Res nos recuerda que la prueba del Dº extranjero se tiene que hacer del "contenido y vigencia" y que no basta declaraciones genéricas de que se "conoce", admitiendo el informe de notario, registrador o Cónsul español o extranjero, o 2 jurisprudencias, o una Institución solvente. No obstante, GARDEAZABAL DEL RÍO (71) ha puesto de relieve que por Sentencias del Juzgado núm. 32 de Madrid de 25/3/13 y Audiencia de Madrid de 16/10/12, se ha corregido esta doctrina del Centro Directivo en el sentido de que es suficiente para inscripción la afirmación notarial de que se conoce suficientemente el Dº extranjero sin que sea necesario el que exponga las razones por las que ha llegado a esa conclusión.

Pero lo más interesante de esta Res es que no admite la recepción directa aquí del Testamento australiano:

"... que el «Grant of Legal Probate» es el documento legal emitido por la división correspondiente del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur «el cual confiere al albacea testamentario la capacidad para recibir las propiedades del caudal hereditario, abonar deudas y distribuir los bienes del mismo a los beneficiarios de acuerdo con las disposiciones del Testamento»... Ni siquiera tras referirse al «Grant of Probate» explicita por qué no puede obtenerse en el presente caso..."

(71) GARDEAZABAL DEL RÍO, Francisco Javier: "La acreditación del derecho extranjero", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 54, marzo-abril 2014, p. 168-174.

Es decir, que da por supuesto que el Tto australiano no puede tener aquí más efectos que en su país y que se deberá de obtener la correspondiente "Probate" australiana.

Acabamos. RODRÍGUEZ ADRADOS (72) ante las dificultades para explicar la naturaleza del documento electrónico llegó a utilizar como símil la "*doctrina de la transmigración de las almas*"; por nuestra parte consideramos que si a un Testamento inglés que en origen no es título sucesorio, le diéramos aquí el mismo tratamiento que a un Testamento español o italiano que sí que lo son, se habría transformado en algo distinto sin explicación lógica, cosa que sólo ocurre con el "*milagro de la transubstanciación*" que explica la Iglesia Católica como dogma de fe para sus creyentes...

... huelga decir que la ciencia jurídica no es una religión, y que en ella no hay milagros ni dogmas de fe, pues las afirmaciones hay que explicarlas y argumentarlas y aquí no podemos hacer otra cosa que limitarnos a aceptar los efectos que ya traían de origen los negocios y documentos extranjeros siempre que no contradigan nuestro orden público...

VII.2. El principio de universalidad de la herencia para la determinación de la ley hereditaria sustantiva

Para llegar a explicar lo que pretendemos lo primero sería descomponer el proceso sucesorio (como implícitamente hicieron la Res SN 18/1/05 y la Res 24/10/07) en estas tres fases: 1.^a) determinación de la ley sucesoria sustantiva que ha de regir la herencia; 2.^a) concreción del título sucesorio (Tto, DH, contrato sucesorio...); y 3.^a) formalización de la partición.

Comenzando por la primera fase diremos que tradicionalmente se consideraba que el principio del que hablamos operaba en ella, y en su virtud todos los aspectos de una sucesión han de quedar regidos por la misma ley. España (y otros muchos países como Alemania, no así Inglaterra, Francia, Bélgica...) siguen este principio que constituye pilar fundamental de todo el proceso hereditario, hasta el punto de que tras el estudio de las STS y Res sobre la materia se puede afirmar que forma parte de nuestro orden público interno.

(72) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Firma electrónica y documento electrónico", *Colegios Notariales de España*, Madrid, 2004, p. 17.

No obstante, en nuestra opinión, este principio también debe de operar en la segunda fase del proceso hereditario, y en su virtud la concreción del título sucesorio, ha de estar regida también por una misma ley. De esta manera el valor y efectos de los Testamentos, DH y documentos equivalentes ("Probate" y asimilados) serán los que determinen la ley del país de origen y no los de la ley del país de recepción que se limitará a aceptarlos una vez comprobado que son compatibles y no atentan a su orden público.

Así pues, será necesario desviarnos un tanto del propósito inicial de este artículo para explicar en este apartado la universalidad de la herencia desde un punto de vista sustantivo para terminar en sus aspectos más procedimentales que veremos en el próximo.

Pues bien, la determinación de la ley sucesoria sustantiva (73) desde un punto de vista internacional, la resuelve nuestro Cc de manera clara y precisa en el art. 9.8:

"8. La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en Testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes".

Por otro lado, como internamente en España también coexisten ordenamientos jurídico/civiles distintos, nuestro CC resuelve la determinación de la ley sucesoria a este nivel en el art. 16.1 con las particularidades del núm. 2:

"1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se

(73) Dejamos aparte el Reglamento Europeo de Sucesiones 650/12 que empezará a regir el 17 de agosto de 2015.

resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV con las siguientes particularidades:

1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2.ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.

2. El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria.

El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.

El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte”.

Parece pues que la determinación de la ley que ha de regir la sucesión no plantea particulares problemas: si el causante es extranjero será la ley de su nacionalidad, y si es español la de su vecindad civil... pero... Desgraciadamente esta aparente sencillez ya se ve comprometida en los mismos arts. 9.8 y 16 CC, pues de entrada los derechos del cónyuge viudo no están vinculados a la ley sucesoria sino a la que rige los efectos del matrimonio (o a la del régimen matrimonial en la viudedad aragonesa) que puede ser otra, ya que la sucesoria puede cambiar mientras que la del matrimonio es inmutable, con lo que puede que una misma ley no rija todas las cuestiones hereditarias. Recordemos que la ley que rige el matrimonio la determina el art. 9.2 CC:

“2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio...”

Además, cuando el causante es extranjero (no respecto de los españoles) puede ocurrir que la ley hereditaria de su nacionalidad a su vez reenvíe a la de otro país. Nuestro art. 12.2 CC admite el reenvío pero sólo a la ley española:

"2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española".

Hasta donde conocemos la ley inglesa, resulta que para la herencia de inmuebles reenvía a la ley sucesoria del país de su lugar de situación y para los muebles reenvía a la ley sucesoria correspondiente al domicilio del causante. Si tenemos en cuenta que en Inglaterra no hay legítimas, saltan a la vista los problemas y choques que se pueden producir en el caso de que se presentaran en España los padres, hijos o cónyuge del causante reclamando parte de la herencia frente a un heredero que –al igual que el causante– confiaba en la tradicional libertad británica de testar sin límite.

Con la ley belga y francesa ocurre algo parecido, pero es menos dramático ya que a diferencia de la inglesa, en estos países sí que hay legítimas del cónyuge e hijos y en la Escritura de partición deberán intervenir todos, con lo que los problemas se pueden detectar antes de que se enquisten.

En definitiva, por una u otra razón cabe que una parte de las herencias se pretenda regular por una ley distinta que la que rige el resto. A esta posibilidad es a la que se opone el principio de "universalidad de la herencia" consagrado en la jurisprudencia de nuestro TS y en las Res de la DGRN.

El TS aplicando el susodicho principio en sus sentencias de 15/11/96 y 21/5/99 se negó a admitir el reenvío pues ello hubiera supuesto un fraccionamiento de la herencia al aplicar a los inmuebles la ley española con sus legítimas, mientras que los muebles se regían por otra ley sucesoria. Es cierto que en la STS de 23/9/02 [criticada por ORTIZ DE LA TORRE (74)] llegó a admitir el reenvío a la ley española con aplicación de sus legítimas, pero era un caso muy especial en el que se daba por supuesto que era una herencia de cau-

(74) ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás: "¿Anular por reenvío la voluntad del Testador?", *Diario La Ley*, núm. 5845, de 9/9/03.

sante inglés que sólo tenía inmuebles en España y que era residente y domiciliado en España desde hacía muchos años, con lo que “toda” la herencia quedaba sujeta a la ley española. No había infracción al principio de universalidad de la herencia... Así lo sostuvimos en su momento (75) llegando a la conclusión de que el notario y registrador español no pueden aplicar “extrajudicialmente” el reenvío, ya que la doctrina del TS en su Sentencia 23/9/02 (que es en la única en la que lo admitió) lo hace depender de unas cuestiones de puro hecho que no se pueden acreditar en el procedimiento notarial o registral, pues todo estriba en que se pruebe el domicilio del causante y que no tenga ningún inmueble en ninguna parte del mundo fuera de España. Nuestra conclusión es clara: siempre hemos de aplicar la ley sucesoria de la nacionalidad del causante y si hay algún hijo, padre o cónyuge que pide su legítima por el reenvío a la ley española deberá acudir al juzgado a probar esas cuestiones de hecho.

Esta conclusión está basada en que lo que no se puede es paralizar una herencia hasta que haya certeza absoluta mediante una Sentencia del TS firme que acredite quienes son los herederos y sus derechos. Nótese que es lo mismo que ocurre en cualquier herencia de un español, pues siempre cabe la posibilidad de que aparezca algún hijo del que nadie había oído hablar y no por eso se paraliza el proceso. Hasta tal punto el legislador español es consciente de esta posibilidad, que en el art. 28 LH impone a las adquisiciones hereditarias una suspensión de la fe pública registral por dos años, pero el procedimiento sucesorio continúa con esa prevención.

Por su parte la DGRN en la Res SN 18/1/05 y en la Res 24/10/07 hace una aplicación muy precisa de este principio de universalidad diciendo en ambas exactamente lo mismo y hasta utilizando las mismas palabras:

“Sin embargo, ese reenvío de primer grado no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte, si con ello provoca un «fraccionamiento legal de la sucesión», que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el artículo 9.8 del Código Civil está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquélla (Vid. En este sentido las STS de 15 de noviembre de 1.996, 21 de mayo de 1.999 y 23 de septiembre de 2002)”.

(75) RIVAS ANDRÉS, Rafael: *op. cit.*, “Aplicación de las legítimas...”

Confirma nuestro rechazo a la aplicación extrajudicial del reenvío la Res 26/6/12, que interpreta la STS 23/9/02 de la misma manera que acabamos de explicar, es decir, que en ese supuesto no se infringía la "universalidad de la herencia" porque:

*"En efecto, si bien no hay un sistema «australiano» de Derecho Internacional Privado y cada Estado tiene sus propias normas de conflicto, se puede afirmar con carácter general que en materia de sucesiones se aplica a la sucesión mobiliaria la ley del «domicile» del causante en el momento de su fallecimiento, y a la sucesión inmobiliaria la del lugar de situación de los inmuebles. De aquí se deduce que si en la sucesión existen bienes inmuebles radicados en España, hay un reenvío al ordenamiento español; reenvío que debe ser resuelto de acuerdo con el artículo 12.2 del Código Civil tal como ha sido interpretado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre 2002. En definitiva, que, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, **la sucesión podría acabar rigiéndose por el Derecho español; por ejemplo, si la sucesión se refiere exclusivamente a bienes inmuebles sitos en España (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002)**".*

Es decir, que para aplicar el reenvío "el domicile" del causante debe ser en España y sólo deberían de quedar en la herencia inmuebles españoles, todo lo cual no se puede apreciar extrajudicialmente por notario o registrador español: sólo lo pueden hacer los jueces en el procedimiento oportuno con la correspondiente fase probatoria. Apuntamos por último que también GARDEAZÁBAL DEL RÍO (76) mantiene la opinión de que hoy por hoy no cabe la aplicación extrajudicial del reenvío en nuestro país.

Por otra parte, aun sin reenvío, los problemas de determinación de la ley sucesoria a nivel interno español también existen, pues podría ocurrir que los derechos legales del cónyuge viudo queden bajo ley distinta que la que rija la herencia. Pues bien, la DGRN ha

(76) GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier: "La acreditación del derecho extranjero", trabajo pendiente de publicar que tenemos por cortesía del autor.

solucionado este problema aplicando también la “universalidad de la herencia” en las Res 11/3/03 y 18/6/03. En estas dos Res se resuelve el mismo caso de un catalán casado en gananciales cuyos derechos como cónyuge viudo ex art. 9.8 CC (el art. 16.2 CC hace una aplicación particular de este sistema a la viudedad aragonesa) se rigen por la ley del matrimonio, y por eso serían de 1/3 de usufructo por el CC, mientras que la herencia sería catalana. La solución: para no fragmentar la herencia se aplica a todo la ley sucesoria catalana, de manera que en la Declaración de Herederos abintestato la viuda tiene el usufructo universal catalán

VII.3. El principio de universalidad de la herencia para la concreción del título sucesorio

Acabamos de ver que la universalidad de la herencia en su versión sustantiva es un mecanismo de coordinación de leyes sucesorias distintas, pues si fueran iguales o equivalentes no habría conflicto de leyes que solucionar. Pensemos que si la ley sucesoria inglesa fuera idéntica a la española daría exactamente igual que a los muebles se aplicara la primera y a los inmuebles la segunda: la solución sería la misma en las dos hipótesis y el principio de universalidad desaparecería, no tendría sentido.

Igualmente acabamos de ver el concepto tan amplio que tiene la DGRN de la universalidad de la herencia pues lo aplica para solucionar los conflictos de leyes sucesorias tanto en el ámbito internacional como en el interno. Esta amplitud es la que nos lleva a propugnar que se aplique también a esta fase de concreción del título sucesorio.

En efecto, todos los sistemas jurídicos (por supuesto todos los sistemas familiar/sucesorios) son un conjunto de contrapesos que pretenden salvaguardar los principios y valores jurídicos sobre los que se asientan, de suerte que si se extraen de ellos piezas sueltas y se insertan en otro distinto, la estabilidad del conjunto peligraría y la solución obtenida desde luego que no sería la prevista por el legislador que alumbra esas piezas.

La universalidad de la herencia consciente de esos peligros atiende precisamente a lograr la coherencia de las soluciones jurídicas imponiendo la aplicación a todo el proceso de la misma ley. Esto explicaría que si una persona elige hacer un Testamento inglés (o de

país con sistema equivalente) deberá seguir esa misma ley a la que se ha acogido hasta el final, hasta la obtención del título sucesorio bajo la forma de "Probate".

VII.4. Las normas de circulación internacional de documentos notariales

No nos engañemos: el problema de la recepción directa en España de Testamentos ingleses, australianos y similares sin "Probate", no es "documental" sino "negocial"; no es un problema del "documento testamentario" sino del "negocio testamentario" que en su país de origen no tienen el mismo valor y efectos (son "Testamentos/NO títulos sucesorios") que sus equivalentes en España en el que son "Testamentos/títulos sucesorios", lo que causa una incompatibilidad insalvable entre sistemas.

Ahora bien, como "externamente" esos Testamentos se nos presentan con una apariencia muy similar a los Testamentos españoles e italianos, se produce la "ilusión", el "espejismo", de considerarlos iguales y, por tanto, con los mismos efectos.

Para desbaratar esta "tentación documental" habría que decir que ni siquiera desde este punto de vista existe la más mínima posibilidad de su recepción directa aquí, pues al igual que desde el punto de vista "negocial", se produciría una incompatibilidad de sistemas documentales que infringiría nuestro orden público y el principio general internacional de que **ningún documento puede tener más efectos que los que produce en su país de origen, ni más efectos que los documentos del país de recepción** (nadie tiene competencia legislativa para otra cosa salvo Tratado, Convenio o Norma supranacional).

Ningún país puede legislar para imponer los efectos que vayan a tener sus documentos en otro. Así lo dice (77):

— El Considerando M de la Resolución del Parlamento UE de 18/12/08 sobre "Documento Público Europeo" "...el reconocimiento de la

(77) Todas las referencias al Convenio Hispano-Alemán, a la STS 5/6/00, al Convenio de Bruselas de 1968, a Jennard/Möller, a los RgtoE Bruselas I y II y a la Directiva Bolkenstein, están tomadas del clarificador estudio de Ignacio Gomá Lanzón *La Escritura otorgada ante notario extranjero*, que es una conferencia que impartió en el Colegio Notarial de Madrid y que está recogida en los AAMN núm. XLV y XLVI.

fuerza probatoria no implica que el documento público extranjero goce... de una fuerza superior a la de los documentos públicos nacionales...”

— El Convenio Hispano-Francés de 28/5/69 (BOE 14/3/70) sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, arbitrales y actas auténticas en materia civil-mercantil, que reconoce fuerza ejecutiva a un documento notarial en otro país mediante un exequátur, pero siempre que ya fuera ejecutivo en el país de origen (art. 14. 1.º).

— El Convenio Hispano-Alemán de 14/11/83, (ratificado el 18/1/88) sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que para reconocer fuerza ejecutiva a un documento notarial en otro país exige un exequátur y que ya tuviera ese efecto ejecutivo en el país de origen.

— El Convenio de Bruselas de 27/9/68 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial, que para reconocer fuerza ejecutiva a un documento notarial en otro país exigió un exequátur y que ya tuviera ese efecto ejecutivo en el país de origen (art. 50).

— El informe JENNARD/MÖLLER que acompañaba al Convenio de Lugano de 16/9/88 de reconocimiento de decisiones entre ciertos países, ya exigía para que un documento notarial fuera ejecutivo en otro Estado que lo fuera en el país de origen (art. 50).

— La Directiva 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles exige para reconocer en otro país fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación, que ya la tenga en origen, según dice el Considerando 20 y sobre todo el art. 6 que se expresa así *"El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que... la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo"*.

— El Reglamento Europeo (RgtoE) 44/01 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial (BRUSELAS I), que exige para reconocer efecto ejecutivo a los documentos públicos de otro país que se cumpla un certificado y que ya fuera ejecutivo en origen (art. 57).

— El RgtoE 2201/03 de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, (BRUSELAS II Bis) que reconoce fuerza ejecutiva a los documentos públicos de otro país siempre que ya fueran ejecutivos en origen (art. 46).

— El RgtoE 805/04 sobre Título Ejecutivo Europeo que atribuye fuerza ejecutiva al documento extranjero pero sólo a los que (art. 25) *"sean ejecutivos en un Estado miembro"*. Así tiene que constar en el certificado del Anexo III.

— El RgtoE 650/12-15 sobre Sucesiones atribuye (art. 59.1) efecto probatorio a *"Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen..."*. Y efecto ejecutivo (art. 60.1) a *"1. Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen..."*.

— El RgtoE 1215/12-15 sobre sentencias civiles y mercantiles da efecto ejecutivo en el Art 58.1 pero sólo a *"Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen..."*. Y así tiene que constar en el certificado del Anexo II.

— Nótese que este sistema es el mismo que se sigue respecto de las sentencias y transacciones judiciales en muchas normas como el RgtoE 804/05 (arts. 6. 1. a y art. 24), el RgtoE 650/12-15 (arts. 43 y 61. 1), y el RgtoE 1215/12-15 (art. 39, 54. 1 y 59).

— Esta regla se ratifica en nuestro país en el Art 323.2 LEC *"... 1º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio"*. Si en origen no tiene el documento el efecto *"prueba plena"*, aquí tampoco.

— También el art. 27.1 de la Ley española de de 6/7/12 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sólo reconoce ejecutividad al acuerdo de mediación de otro país *"que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado"*.

En definitiva, tampoco los “documentos testamentarios ingleses y similares” pueden pretender tener fuera de su país unos efectos que su sistema les niega en origen.

NOTAS SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL POR LA LEY 8/2013, DE REHABILITACIÓN Y SU REPERCUSIÓN EN LA PRÁCTICA NOTARIAL

Francisco José Aranguren Urriza
Notario de Sevilla

SUMARIO

- I. EL CAMBIO DE PARADIGMA: CULTURA DE REHABILITACIÓN
- II. LA REFORMA LPH, CONSIDERADA DESDE EL NUEVO PARADIGMA
- III. PRECEPTOS REFORMADOS EN LA LPH
- IV. DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS
- V. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 10 LPH
 - 1. Obras obligatorias sin necesidad de acuerdo previo
 - 1.1. Trabajos y obras comprendidos en las letras a) y b) del art. 10.1 LPH
 - 1.2. Ocupación de elementos comunes durante las obras
 - 1.3. Obras comprendidas en la letra d) del artículo 10.1 LPH
 - 1.4. Alcance del acuerdo de Junta
 - 2. Obras no obligatorias que afecten a cuotas de participación
 - 3. Obras no requeridas para la conservación y accesibilidad
- VI. AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA
- VII. MAYORÍAS PARA LA ADOPCION DE ACUERDOS
- CONCLUSIÓN

Resumen: La Ley de Rehabilitación (Ley 8/2013), que ha reformado, entre otras, la Ley de Propiedad Horizontal, pretende establecer una nueva cultura rehabilitadora, eliminando obstáculos legales que en dicha Ley dificultaban la realización obras de rehabilitación. A tal fin se dota a las Comunidades de un alto grado de personalización, admitiendo la posibilidad de obras de importancia sin acuerdo de la Junta de Propietarios, con posibilidad de modificación del título constitutivo por el órgano representativo de la Comunidad, incluso aunque dicha modificación afecte a las cuotas de los copropietarios.

Palabras clave: Rehabilitación, Modificación de las cuotas de copropiedad, deber de conservación, obras obligatorias sin acuerdo de la Junta de Propietarios, autorización administrativa

Abstract: The Rehabilitation Act (law 8/2013), which has reformed, among other things, the Horizontal property law, aims to establish a new culture of rehabilitation, eliminating legal obstacles that hindered the realization works of rehabilitation of that law. For this purpose it gives communities a high degree of customization, admitting the possibility of works of importance without agreement of the Board of proprietors, with the possibility of modification of the title of establishing by the representative of the Community body, even if such modification affect the quotas of the co-owners.

Key words: Rehabilitation, modification of quotas of co-ownership, duty of conservation, works of importance without agreement of the Board of proprietors, administrative authorization

I. EL CAMBIO DE PARADIGMA: CULTURA DE REHABILITACIÓN

La Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas [en adelante, *Ley de Rehabilitación* (1)] ha reformado, entre otras normas, la Ley de Propiedad Horizontal de

(1) La *rehabilitación* define legalmente obras en situación de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones; mientras que *la regeneración y la renovación* urbanas definen obras que afecten tanto a edificios como a tejidos urbanos, pudiendo incluir obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos.

21 de julio de 1960 y la Ley del Suelo, texto refundido aprobado por RD Legislativo 8/2008, de 20 de junio (ya modificado parcialmente por el RD Legislativo 8/2011, de 1 de julio).

La ley 8/2013, en su proyección sobre diversos ámbitos del Derecho inmobiliario, es una ley con *vocación fundacional*, por cuando comporta y define un cambio de paradigma, tanto en Derecho urbanístico como en materia de Propiedad Horizontal (2).

El legislador no sólo lleva a cabo una reforma importante de la LPH de 1960 (en la Disposición Final Primera de la Ley), sino que revela en la Exposición de Motivos un proyecto de envergadura: **promover la "cultura de la rehabilitación"** y a tal fin, **remover los obstáculos legales** que han impedido acometer la renovación del parque de viviendas español, muy envejecido (5 millones de viviendas construidas antes de 1980 y otras tantas con más de 50 años de antigüedad). Algunos de estos obstáculos tienen que ver con el régimen de adopción de acuerdos en las Juntas de Propietarios de las Comunidades de casas por pisos y, en concreto, con la consideración de las cuotas de participación en elementos comunes desde la perspectiva del derecho de propiedad, actuando como límite al sistema de mayorías.

Se entiende superada la cultura de **transformación de suelos** para construcción de vivienda nueva, la cultura de crecimiento de la ciudad. Y mediante el fomento de las tres R (rehabilitación, regeneración y renovación urbana) se pretende una auténtica **reconversión del sector de la construcción** e inmobiliario, tradicional locomotora de la economía y la creación de empleo (3).

(2) Son antecedentes de este cambio de mentalidad, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, en cuya exposición de motivos se introduce el concepto de *desarrollo sostenible*, frente a la historia *desarrollista* del urbanismo español contemporáneo, volcado en la creación de nueva ciudad; y el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en el que el concepto de "economía sostenible" se traduce ya en medidas encaminadas a favorecer la rehabilitación y conservación de viviendas.

(3) Se trata de un cambio impuesto, no sólo por la situación de crisis económica, sino por exigencias europeas e internacionales. El fomento de la calidad, sostenibilidad y competitividad corresponde a objetivos europeos de eficiencia, ahorro energético y lucha contra la pobreza energética (Directiva 2019/31, sobre eficiencia energética de los edificios; Marco Europeo de Referencia para la Ciudad Sostenible y Declaración de Toledo de 22 de junio de 2010, en la que se propone la consecución de la máxima *ecoeficiencia* posible en los tejidos urbanos de la ciudad ya consolidada).

El empeño es valiente y razonable pero, por su propio alcance, difícil de conseguir. Por una parte, como decimos es una ley ambiciosa, pero utiliza una **deficiente técnica legislativa**, la de las reformas parciales, normas muy diversas, con remisiones y derogaciones parciales y mezclando el asunto principal con otras cuestiones que nada tienen que ver con él. El resultado es de una **gran complejidad interpretativa**, de lo que da cuenta, de manera ejemplar, el nuevo artículo 10 de la LPH.

La ley puede triunfar, pero también corre el peligro de fracasar, si no se aplica. Y hay que recalcar que de lo que se trata es de promover un cambio de perspectiva, un cambio de mentalidad, por parte de las Administraciones y los agentes jurídicos que la han de aplicar, cambio mental que es con frecuencia muy difícil. Por ello mismo importa mucho deducir de ese **carácter programático** que está en la ratio de la ley, unos principios informadores, que como **criterios hermenéuticos** permitan solventar las dudas interpretativas que su implantación plantee, en un canon hermenéutico totalizador.

II. LA REFORMA LPH, CONSIDERADA DESDE EL NUEVO PARADIGMA

La reforma de la LPH hay que enmarcarla en el contexto de la Ley 8/2013 y por tanto en el impulso a la rehabilitación, como un elemento facilitador del cambio de paradigma que dicha Ley pretende, fundamentalmente en dos aspectos: el primero, como consecuencia de la necesidad de reducción del gasto público y la restricción de las subvenciones a la rehabilitación de los edificios, se proclama que la conservación y mantenimiento de los edificios es una obligación de la Comunidad de propietarios; el segundo, la Comunidad de propietarios cuando venga obligada a la realización de obras de rehabilitación para el cumplimiento de esa obligación, podrá llevarla a cabo sin necesidad de acuerdo unánime e incluso sin necesidad de acuerdo previo de la Junta de propietarios, respecto de la que adquiere una cierta independencia funcional, aproximándose a la personalidad jurídica propia.

La labor interpretativa de la reforma LPH corresponderá a la jurisprudencia, pero esto sentado, no creemos que quepa aislar los preceptos reformados del resto de la Ley 8/2013, abordando una

interpretación ajena a los principios que podrían definir esa “**nueva cultura pro-rehabilitadora**” que se quiere implantar. Esos principios deben ser tenidos en cuenta, y pueden extraerse de la Exposición de Motivos y de la consideración de la ley, en una visión de conjunto.

1. En primer lugar, la finalidad de la reforma llevaría a adoptar un criterio interpretativo **a favor de posibilitar la rehabilitación**. La ley trata de remover obstáculos legales y favorecer la rehabilitación (entendemos en lo sucesivo por rehabilitación, en sentido amplio, rehabilitación, regeneración y renovación urbana).

2. Por lo mismo, habría que adoptar un principio de **no presunción del carácter voluntario** de las obras de rehabilitación que decida el órgano de representación en las Comunidades de Propietarios. Hay que partir de la obligatoriedad de las obras, dada la amplitud del deber de conservación en el artículo 10 LPH, sin perjuicio de que puede ponerse de manifiesto discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar, que habrá de resolver la Junta (artículo 17.10 LPH). La ley tiene una clara voluntad de ampliar el ámbito del **deber de conservación** que recae, no solo sobre los propietarios, sino directamente sobre las Comunidades de Propietarios, comprendiendo dentro de este deber no sólo la estanqueidad o el sostenimiento del edificio, sino ampliándolo a conceptos de gran amplitud, como “mantenimiento”, “conservación”, incluso “ornato”, y el nuevo concepto de “accesibilidad universal”. En este sentido, y en relación con las obras rehabilitadoras, la obligatoriedad de las mismas determina, conforme al reformado artículo 10 LPH, **la no necesidad de acuerdo previo de la Junta de Propietarios**. Cuando se trata de obras de rehabilitación que la Comunidad debe afrontar de modo obligado, imperativo e inexcusable, el Presidente de la Comunidad tiene competencia para llevarlas a cabo.

3. En relación con la adopción de acuerdos, la reforma trata de remover el obstáculo que suponía la necesidad de acuerdo unánime de la Comunidad de Propietarios para la modificación del título constitutivo, por afectarse al núcleo esencial del derecho de propiedad. A tal fin, se deroga el artículo 8 LPH y se incluye en el artículo 10 LPH un elenco de obras obligatorias, que comprende la mayoría de

las que pueden acometer habitualmente las Comunidades de Propietarios. En consecuencia, partiendo de la interpretación amplia de la obligatoriedad, cabría deducir un criterio interpretativo **a favor de la no necesidad unanimidad**, sin perjuicio de la norma de cierre del artículo 17.6 LPH, que somete a unanimidad los acuerdos que modifiquen el título constitutivo o estatutos y no estén específicamente contemplados en el catálogo de obras obligatorias del artículo 10, y de los supuestos en que se requiere legalmente el consentimiento de los propietarios afectados (art. 10.3.b LPH).

4. La Ley de Rehabilitación no atribuye formalmente personalidad jurídica a las Comunidades de Propietarios, pero profundiza y avanza en la personificación de las mismas (4), atribuyéndoles en el ámbito de las actuaciones de rehabilitación, junto a la titularidad de obligaciones y deberes, **competencias y facultades** (artículo 15.2, Ley 8/2013), pudiendo actuar, como tal o constituida en asociación administrativa, en la ejecución de obras consecuencia de la inclusión del edificio en el ámbito de una actuación de rehabilitación, y por tanto como promotor y constructor, constituyéndose en un auténtico "Agente Urbanizador" (en palabras del magistrado CARRERAS MARAÑA). Se trata, además, de facultades conferidas para el cumplimiento de obligaciones que recaen sobre la Comunidad (de conservación y rehabilitación), por lo que su ejercicio resulta obligatorio. Así, las Comunidades *pueden y deben* tomar la iniciativa para la realización de obras de rehabilitación, regeneración y renovación urbana. *Pueden y deben* llevarlas a cabo, cuando vengan impuestas, sin necesidad de acuerdo de la Junta de Propietarios y debiendo ser sufragadas por todos los propietarios. En el ámbito de estas obras las Comunidades de Propietarios pueden actuar con **plena capacidad jurídica** en el tráfico inmobiliario. *Pueden*

(4) Sobre el alcance de la personificación de las Comunidades de propietarios, véanse las Resoluciones DGRN de 2 de septiembre y 4 octubre de 2013. En ésta última no se discute la posibilidad de que el representante de la Comunidad (facultado por acuerdo) adquiera un inmueble "para todos y cada uno de los propietarios de la Comunidad", si bien se requiere para ello que el derecho adquirido quede suficientemente determinado en su configuración y régimen jurídico (beneficio común, titularidad de cada propietario en proporción a su cuota en elementos privativos y conexión *ob rem* e inseparabilidad de dicha propiedad).

y *deben*, obtener financiación y son destinatarias de los beneficios que se obtengan. *Pueden y deben*, finalmente, otorgar escrituras públicas de modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal y modificación de cuotas, que reflejen los resultados de las obras realizadas.

Siendo así que al Presidente de la Comunidad corresponde la representación de la Comunidad (artículo 13.3 LPH), de todo cuanto antecede cabría derivar un criterio interpretativo favorable a la **legitimación de la Comunidad de propietarios, por medio de su Presidente**, para todos los actos y contratos que exija el cumplimiento de sus obligaciones y ejercicio de sus competencias y funciones en el ámbito de la rehabilitación.

5. En línea con esta mayor personificación de las Comunidades de Propietarios, habría que destacar la **relativización de la concepción patrimonialista de las cuotas de participación** en elementos comunes inherentes a la propiedad exclusiva de pisos y locales. Tras la derogación del artículo 8 LPH, en relación con el nuevo artículo 10 de la misma, las cuotas podrán verse afectadas por un acuerdo mayoritario y ser objeto de modificación por parte de la Comunidad, como resultado de obras de carácter obligatorio, sin necesidad de consentimiento individual del propietario. Ya no podrá oponerse que tal modificación afecte al núcleo esencial del derecho de propiedad. La consideración del *interés general* de la Comunidad como superior, determina el sometiendo de dichas cuotas al principio mayoritario que rige en las sociedades, admitiéndose en determinados casos incluso la posibilidad de disposición la Comunidad sobre los inmuebles privativos. Por otra parte, el *interés público y social* que comporta la sostenibilidad, accesibilidad y eco-eficiencia de los edificios, justifica incluso la superación del principio mayoritario, imponiendo sin necesidad de previo acuerdo actuaciones que pueden determinar modificaciones del título constitutivo.

En conclusión, el éxito de la nueva Ley dependerá en gran medida de la **implantación de la nueva cultura** que aquí queda enunciada y de que se extraiga toda la potencialidad de la reforma de la LPH, en su aplicación por los Tribunales. Pero también de los criterios que se apliquen al interpretar en la práctica notarial y registral unos preceptos innecesariamente confusos y sus remisiones y encaje con la Legislación del Suelo.

También dependerá el éxito de la Ley de **la financiación**, en el contexto de la morosidad, gran problema actual de las Comunidades de Propietarios (los bancos son los grandes morosos), dependerá del fomento y ayudas públicas y de la colaboración entre las distintas Administraciones. No se puede imponer a las Comunidades de Propietarios llevar a cabo obras de gran envergadura y a costa de todos los propietarios en un estado de quiebra financiera de las mismas. Lo contrario sería hacer un brindis al sol y la ley quedaría como letra muerta.

Hay que añadir, finalmente, una línea adicional, de carácter administrativo, implícita en el texto de muchos preceptos, de los que se podría derivar un criterio interpretativo favorable al **ahorro de gasto público y la financiación privada** de la rehabilitación, regeneración y renovación urbana. La Ley hace recaer los gastos sobre los propietarios. Pero no sólo eso. La ley parece fomentar la constitución de **Complejos Inmobiliarios Privados**, tanto en supuestos de comunidades entre distintos edificios, como en los supuestos de superposición de planos de propiedad (optando por este sistema en sustitución del sistema de concesión administrativa), como instrumento jurídico útil con el fin de **integrar espacios públicos en estos Complejos**, de manera que mediante la cesión de la propiedad, sin perjuicio del uso público de los mismos, asuman las Comunidades el mantenimiento y conservación de dichos espacios. Pensemos en viales o plazas públicas, o en zonas verdes bajo las cuales se construyen aparcamientos (5).

III. PRECEPTOS REFORMADOS EN LA LPH

La razón de la reforma de la LPH se halla en la necesidad de facilitar las obras en edificios de titularidad colectiva, lo que exige

(5) Podemos señalar en este punto una cierta incoherencia digamos “ideológica” del legislador: por una parte, se quieren privatizar espacios públicos para trasladar a los ciudadanos el gasto de conservación de los mismos; pero, a la vez, se socializa la propiedad en las casas por pisos, sustrayendo al propietario parte de su poder dispositivo en relación con las cuotas en los elementos comunes y gastos, para trasvasar ese poder a las Comunidades de Propietarios, que van a gestionar e incluso disponer dichas cuotas de participación actuando en el tráfico con plena capacidad jurídica.

coordinar las reformas de la Ley del Suelo con reformas en el Derecho civil de propiedad, para evitar que los regímenes de mayorías puedan impedir la realización de las actuaciones previstas en la Ley, aún en el caso de que tales actuaciones afecten al título constitutivo o a los Estatutos. La Ley 8/2013 deja claro que corresponde a la Administración en todo caso, incluso en el de modificación del título constitutivo, no sólo la autorización de las obras sino también su **imposición** a las Comunidades de Propietarios.

La Ley 8/2013 es especialmente importante en cuanto a **los artículos que deroga**, que hay que tener muy en cuenta en la interpretación de aquellos a los que da nueva redacción. Deroga los artículos 8 (división, segregación y agrupación de elementos privativos), que pasa al artículo 10.3; deroga el artículo 11 (sobre nuevas instalaciones, servicios y mejoras), que pasa al 17.4; y el 12 (construcción de nuevas plantas y alteración de la estructura y o fábrica del edificio, que implica modificación de cuotas), que pasa al 10.3.b).

Además la Ley modifica los artículos 2 (incluyendo como modalidades de propiedad sometidas a la LPH, las subcomunidades –no exclusivamente garajes sino también otras comunidades de usuarios (6)– y las entidades urbanísticas de colaboración); el art. 3 (requisitos para la variación de la cuota de participación, que ahora puede modificarse sin necesidad de acuerdo unánime, en los supuestos de los artículos 10.3 y 17.4); el art. 9 (deberes de los propietarios y responsabilidad por deudas frente a la comunidad); art. 10 (obras obligatorias) y art. 17 (régimen de adopción de acuerdos, en cuyo precepto se unifican y sistematizan las normas sobre quóruns, que en las sucesivas reformas de la LPH, habían quedado dispersas en los artículos 8, 11, 12 y 17). También se modifica la disposición adicional LPH (sobre la constitución del fondo de reserva).

Se aprovecha, finalmente, para mejorar la redacción y sistemática de los preceptos reformados por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006).

(6) Sobre posibilidad de constitución de hecho de comunidades sobre determinadas instalaciones, en concreto una piscina, véase la Resolución DGRN 15 marzo de 2012.

IV. DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS

La Ley 8/2013 incide sobre el derecho de propiedad, en relación con la cuota inseparable en los elementos comunes, en la medida en que se admite su modificación en los supuestos del artículo 10 y 17, pero, además, incide sobre la propiedad recayente los departamentos privativos, en varios puntos:

— Por una parte, en la Disposición Final Primera Tres, se modifica la letra c) del artículo 9, estableciendo la obligación del propietario de soportar **limitaciones del dominio** afectantes a su elemento privativo que deriven del régimen de propiedad horizontal, pero ya no circunscritas a *las reparaciones exigidas por el servicio del inmueble o **servidumbres imprescindibles para la creación de servicios comunes de interés general***, sino a todas las imprescindibles para la realización de **obras, actuaciones o creación de servicios comunes**, llevadas a cabo o acordadas conforme a la LPH. Es decir, también las del artículo 10 (construcción de nuevas plantas, división, segregación, agregación y en general las realizadas en elementos privativos), así como las del artículo 17 (eficiencia energética, mejora del envolvente, supresión de servicios e instalaciones comunes, recarga de vehículo, obras de accesibilidad...).

— Por otra parte, en relación con la **accesibilidad universal**, la ley admite unas **cargas que considera proporcionadas** y pueden imponerse, incluso con expropiación de parte de la propiedad privativa (entendiendo por tales las que impongan una repercusión anual inferior o igual a doce mensualidades de cuota de gastos), que deberán ser soportadas por los propietarios; y distingue de estas, otras **cargas, que considera desproporcionadas** y excluye por contrarias a la buena fe (cuando el coste de la obra repercutido anualmente y descontadas las ayudas públicas exceda de esas doce mensualidades ordinarias de gastos comunes). Todo ello sin perjuicio del carácter obligatorio del acuerdo.

— También se incrementa la **afección real** de los departamentos privativos, y a tal fin se modifica la letra e) del artículo 9,

extendiendo la preferencia de la Comunidad por créditos contra los propietarios a la anualidad en curso y tres anualidades anteriores y extendiendo también la responsabilidad del adquirente.

— Finalmente, se modifica el apartado 1 del art. 9 estableciendo la obligación de **contribuir a la constitución del fondo de reserva**, pero ya no sólo para obras de conservación y reparación sino también para obras de rehabilitación.

V. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 10 LPH

1. Obras obligatorias sin necesidad de acuerdo previo

El artículo 10.1 LPH, comienza con la siguiente declaración: *Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengan impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones.*

El precepto, pieza clave de la reforma, en su número 1, contiene un catálogo de obras obligatorias, que por serlo **no requerirán acuerdo de la Junta de Propietarios del edificio**, a pesar de lo cual su coste será de cuenta de todos los propietarios (artículo 10, número 2, letra b), LPH).

La obligatoriedad de las obras de rehabilitación, regeneración y renovación, en cualquiera de los supuestos contenidos en el citado precepto, **puede venir desencadenada por imposición de la Administración o por solicitud de los propietarios**, titulares del deber/derecho de conservación, que les impone el derecho/deber de iniciativa (artículos 12 y 15 de la Ley 8/2013).

El catálogo que sigue de obras obligatorias comprende algunas, como construcción de nuevas plantas o división, segregación o agregación que implican la modificación del título constitutivo, en relación con las cuotas de participación. Ello supone, en una primera lectura, que cuando sean obligatorias, dichas obras pueden llevarse a cabo y modificarse la cuota de participación atribuida a uno o varios departamentos privativos no sólo sin el consentimiento del propietario cuya cuota resulte modificada, sino sin ni siquiera

acuerdo previo de la Junta de Propietarios. Parece, por tanto, que la competencia y responsabilidad sobre dichas obras recaerá en estos supuestos de obras obligatorias, sobre el Presidente de la Comunidad [en este sentido MARQUÉS MOSQUERA (7)].

Cierto es que aunque no sea necesario "acuerdo previo", **sí será necesario un acuerdo de la Junta de propietarios**, aún en los supuestos calificados como obras obligatorias para la comunidad. En concreto, será necesario un acuerdo para, entre otras cosas, decidir el presupuesto más favorable, o la forma de distribuir los costes (derramas) o establecer los términos del pago de las derramas que se acuerden (artículo 10.2.a, LPH). En los supuestos en que, conforme al artículo 10.3.b LPH sea necesaria autorización administrativa, será requisito antecedente a la votación la obtención de dicha autorización, que deberá aportarse por los comuneros que soliciten la realización de la obra correspondiente (8).

Sin perjuicio de lo anterior, si hubiere discrepancia sobre el carácter obligatorio de la obra, deberá someterse este punto a aprobación, requiriéndose una mayoría de tres quintas partes de los propietarios que representen al menos tres quintas partes de las cuotas de copropiedad. Se prevé además la posibilidad de solicitar los interesados arbitraje o dictamen técnico en los términos legales (artículo 17.10 LPH). La posibilidad de dictamen para determinar la naturaleza de la obra a desarrollar es aplicable a las del artículo 10 LPH, resultando recomendable por razones de prudencia que el representante de la Comunidad lo comunique a los propietarios, con la convocatoria de la Junta a fin de que puedan valorar su oposición al carácter obligatorio de la obra (MAGRO SERVET). La referencia al ar-

(7) MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: "La reforma de la ley de propiedad horizontal", en *Notario del Siglo XXI*, número 51, pp. 72 y ss.

(8) En este sentido, MAGRO SERVET, Vicente. En "El régimen de acuerdos del art. 10.3.b LPH tras la Ley 8/2013 de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas", publicado en la "Revista Derecho Inmobiliario", el 1 de noviembre de 2013. Señala este autor que "para que sea viable el sometimiento a votación de cualquiera de los puntos de la letra b) del artículo 10.3 LPH será requisito indispensable la aportación por el solicitante de la debida autorización administrativa que recoge el art. 17.6 Ley del Suelo". Interpreta en este sentido la remisión del 10.3.b) LPH a los requisitos del artículo 17.6 LS, siendo el requisito único que establece dicho precepto la autorización administrativa previa.

bitraje no excluye la posibilidad de mediación en el ámbito de la Propiedad Horizontal, si bien se echa de menos una mención expresa.

También será necesario acuerdo si hubiere que fijar las nuevas cuotas o el importe o naturaleza de las indemnizaciones que tengan que recibir los propietarios afectados, como en el caso de ocupación de parte de la superficie de pisos o locales (artículo 10.3, c, último párrafo).

Se excluye, en todo caso la unanimidad, facilitándose por otra parte la obtención de mayorías mediante la extensión a toda clase de acuerdos de la posibilidad de apreciar aceptación tácita por parte de los propietarios ausentes debidamente citados, mediante notificación del acuerdo, en los términos del artículo 9 LPH, si en el plazo de 30 días naturales no manifiestan su discrepancia mediante comunicación al que ejerza las funciones de Secretario de la Comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción (artículo 17.8 LPH) (9).

Caso de que tales acuerdos no se alcancen (y salvo arbitraje o mediación) habrá que acudir a los Tribunales, en el correspondiente juicio declarativo, lo que podrá suponer que se retrase la realización efectiva de la obra (entre uno y dos años), sin perjuicio de la responsabilidad individual de los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de órdenes dictadas por la autoridad competente, por las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa (artículo 10.2,b). Podrá acudirse, no obstante, al *juicio de equidad*, en los supuestos en que la mayoría no pudiera obtenerse por el procedimiento legal, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a la segunda Junta, decidiendo el Juez en el término de veinte días, previa audiencia a los contradictores previamente citados, con pronunciamiento sobre el pago de costas (artículo 17.7, párrafo 2.º).

(9) En este sentido cabe interpretar el artículo 17.8 LPH, que sólo hace la salvedad de “los supuestos expresamente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la Junta a favor del acuerdo, o en los casos en los que la modificación o reforma se haga para aprovechamiento privativo”. Sin embargo, MAGRO SERVET entiende que el voto presunto del 17.8 LPH sólo será aplicable a los casos establecidos en el artículo 17 LPH y no por tanto a los recogidos en el 10.3.b LPH, considerando que ello es consecuencia del grave error del legislador por no haber ubicado el régimen de aprobación de dichas obras en el artículo 17 LPH.

En definitiva, la reforma de la LPH subraya el carácter obligatorio para la Comunidad de determinados trabajos y obras, sin perjuicio de que la efectividad de tal obligación pueda demorarse por oposición de los disidentes, asumiendo éstos la responsabilidad que pudiera derivarse de ello, tanto para ellos, directamente, como para la Comunidad, la cual podrá repercutirles a su vez.

1.1. Trabajos y obras comprendidos en las letras a) y b)
del art. 10.1 LPH

En la letra a) del artículo 10.1 LPH se califican como obligatorios para la Comunidad de Propietarios (y los propietarios mismos), *los trabajos y las obras que resulten necesarias para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, así como las condiciones de ornato y cualesquiera otras derivadas de la imposición, por parte de la Administración, del deber legal de conservación.*

Cabe, por tanto, identificar los siguientes supuestos de trabajos y obras obligatorios y realizables sin necesidad de acuerdo:

- Todos los trabajos y obras que resulten necesarios para el adecuado **mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación** del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes.
- *En todo caso* –dice el precepto– las obras necesarias para satisfacer los **requisitos básicos** de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal.
- Las necesarias para satisfacer las condiciones de **ornato**.
- Cualesquiera otras derivadas de **la imposición por parte de la Administración** del deber legal de conservación.

Podemos referirnos en concreto a dos principios fundamentales, el del deber de mantenimiento y conservación del edificio y el de accesibilidad universal. El instrumento para la evaluación del edificio en relación con los requisitos básicos en estos parámetros es el Informe de Evaluación de Edificios, nueva figura que se crea en la Ley.

a) Mantenimiento y deber de conservación

Respecto de la ley anterior ya no se habla de “sostenimiento” del edificio sino de “**mantenimiento**”, lo que implica un matiz de menor inmediatez, por urgencia o gravedad, de la intervención y, por el contrario, la necesidad de una previsión y programación, que se traducirá en una mayor frecuencia y periodicidad de intervenciones parciales.

En cuanto a la conservación, un aspecto esencial de la reforma consiste en sistematizar y desarrollar el “**deber de conservación**”, mediante la reforma del artículo 9 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en su Disposición Final 12.^a, que lo establece. Y lo sistematiza de forma ampliadora, estableciendo tres niveles:

- un nivel básico, que comprende la garantía de la seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato en los términos exigidos por el Código Técnico de Edificación (10);
- un segundo nivel, también obligatorio que comprende las obras y trabajos necesarios para adaptar las edificaciones e instalaciones a los nuevos requerimientos legales;
- y un tercer nivel, solo obligatorio si la Administración lo impone de forma motivada, por razón de la mejora de la calidad del edificio, sea por motivos turísticos o culturales o de mejora y sostenibilidad del medio urbano.

b) Accesibilidad universal

La garantía de la **accesibilidad universal** es consecuencia de la normativa sobre no discriminación por razón de discapacidad. La Ley establece la obligatoriedad sin acuerdo de Junta de Propietarios, cuando la obra venga impuesta por la Administración o a solicitud del interesado,

Conforme a la letra b) del artículo 10, también serán obligatorias y **no requerirán acuerdo de la Junta de Propietarios, las obras**

(10) Aprobado por R. D. 314/2006, de 17 de marzo. También se comprende en este nivel básico el cumplimiento de los requisitos básicos de la edificación, conforme al art. 3.1 de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación.

y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes.

Resultan así obligatorios y no requieren previo acuerdo:

— Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los **ajustes razonables** en materia de accesibilidad universal.

— Y **aunque no respondan al criterio de ajuste razonable**, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios personas con discapacidad o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes cuando el importe repercutido no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes (11).

— Como novedad, se establece a ahora que no eliminará el carácter obligatorio de la obra el hecho de que el resto del coste, más allá de las 12 mensualidades, sea **asumido** por quienes las hayan requerido, siendo en tal caso obligatorias para todos y sin acuerdo de la Junta.

(11) El carácter "razonable" de los ajustes, se matiza con el "en todo caso", considerando obligatorias las obras del no superen el límite de las doce mensualidades, para prescindir del previo acuerdo en tal caso. Propiamente no se refiere en la Ley al coste de la obra, sino "*al importe repercutido anualmente*", por lo que podría ser suficiente que se acuerde una derrama anual inferior a doce mensualidades.

El artículo 17 LPH apartado 2, al regular las mayorías para acuerdos de Juntas de Propietarios señala una serie de supuestos de obras obligatorias:

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.1 b), la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con discapacidad y, en todo caso, el establecimiento de los servicios de ascensor, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación.

Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos, aun cuando su importe repercutido anualmente exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes.

La referencia al artículo 10.1.b LPH, a pesar de la defectuosa técnica legislativa que implica, parece referible a aquellos supuestos en que la obra comporte una **carga desproporcionada**, sin que asuma el sobrecoste quien hubiere propuesto la obra.

El carácter proporcionado de la carga no hace referencia al coste de la obra, propiamente, sino al importe de la **repercusión anual**. Cada propietario no estará obligado a pagar más del doble de la cuota mensual ordinaria, para entendernos. ¿Qué sucederá si se pide un préstamo para financiar la obra, de forma que el importe mensual por cada propietario no exceda de la repercusión máxima considerada proporcionada? ¿O si la propia empresa que realiza la obra da financiación para su pago en plazos a la Comunidad en los mismos términos? En tales casos, al referirse la ley a “repercusión anual”, como límite, podría interpretarse, y sería una interpretación pro-rehabilitadora, que la carga impuesta es proporcionada y la obra obligatoria, sin necesidad de acuerdo previo, si el aplazamiento respeta la limitación anual indicada.

Si la repercusión anual excede de doce mensualidades de gastos ordinarios y ningún propietario asume el exceso, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la *supresión de barreras arquitectónicas* que dificulten

el acceso o movilidad de personas con discapacidad **y, en todo caso, el establecimiento de los servicios de ascensor, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos**, requerirá el voto favorable de *la mayoría de los propietarios, que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación*, conforme al artículo 17.2 LPH.

Hay que señalar la dificultad de coordinar el artículo 17.2 LPH –relativo a quórums– con los supuestos de obras *obligatorias* –que no necesitan acuerdo de Junta de Propietarios y por tanto se contienen en el artículo 10 LPH– cuando las obras sean necesarias para cumplir los requisitos básicos de accesibilidad universal y vengan impuesta por la Administración, directamente o a solicitud de un propietario. Entendemos que no cabría presumir la voluntariedad de la obra, sin perjuicio de la posibilidad de oposición, que habría de resolverse por la propia Junta (artículo 17.10 LPH).

La instalación de un montacargas o una rampa, normalmente no excederá de doce mensualidades de gastos comunes y deberá llevarse a cabo incluso sin acuerdo de la comunidad.

En cuanto al **ascensor**, tradicionalmente se planteaba el problema cuanto para su instalación de las mayorías requeridas. La reforma de 2011 facilitó la posibilidad de instalar el ascensor, al permitir el acuerdo por mayoría, sin posibilidad de vetos o minorías de bloqueo (pensemos en los locales) siendo obligatorio el acuerdo para toda la comunidad, aunque el coste de la obra exceda de doce mensualidad de gastos comunes. Pero el gran obstáculo en la jurisprudencia se producía en los supuestos en que para instalar el ascensor *había que ocupar una parte, aunque fuese mínima, del espacio privativo de un piso o local, o de las zonas comunes* (12). Tras la reforma, cuando la instalación del ascensor fuere obligatoria, conforme al artículo 10.1 LPH, se habrá de llevar a cabo, sin que a ello pueda oponerse la necesidad de modificar el título constitutivo, o alterar las cuotas de uno o varios departamentos (posibilidad expresamente contemplada en el artículo 15 Ley 8/2013).

(12) El TS ha establecido como doctrina jurisprudencial la posibilidad de constituir una servidumbre forzosa, con resarcimiento de daños y perjuicios, aunque se ocupe parte del espacio privativo (SS 10 octubre 2011 y 17 octubre 2013).

c) Informe de Evaluación de los Edificios

El instrumento para valorar el estado de conservación del edificio y de cumplimiento de las condiciones básicas de accesibilidad universal, determinando si el edificio es susceptible o no de realizar ajustes razonables, es el Informe de Evaluación de Edificios, que se regula en el Título I de la Ley 8/2013 y deberá ser cumplimentado y suscrito por técnico competente al menos cada diez años (o en los plazos menores que establezcan la normativa autonómica o local) (13). Sin perjuicio de ello, conforme al artículo 4 de la Ley, la Administración puede requerir a los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial que acrediten la situación en que se encuentran aquellos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal y grado de eficiencia energética.

Los efectos del IEE comprenden no sólo la constatación del estado de conservación y de los ajustes razonables de que el edificio sea susceptible para garantizar la accesibilidad universal, sino también la posible exigencia de subsanación de deficiencias observadas, así como la realización de las obras por la Administración en sustitución y a costa de los obligados, sin perjuicio de la aplicación de sanciones que correspondan por la infracción urbanística cometida (14).

1.2. Ocupación de elementos comunes durante las obras

Conforme a la letra c) del artículo 10.1 tendrá carácter obligatorio y no requerirá acuerdo previo de la junta *la ocupación de elementos comunes del edificio o del complejo inmobiliario privado, durante el tiempo que duren las obras a las que se refieren las letras anteriores.*

(13) La Disposición Transitoria 1.^a establece, por su parte, un calendario para la realización del IEE: en el plazo máximo de cinco años los edificios que tengan antigüedad superior a 50 años; los edificios cuyos titulares soliciten ayudas para obras de conservación, accesibilidad universal o eficiencia energética, antes de formalizar la petición; y el resto de edificios cuando lo determine la normativa autonómica o municipal.

(14) Si la normativa autonómica o local establecen un Informe de Inspección Técnica que permita evaluar el estado de conservación y las condiciones de accesibilidad universal, dicho Informe unido a la certificación de eficiencia energética producirá los mismos efectos del IEE.

1.3. Obras comprendidas en la letra d) del artículo 10.1 LPH

Conforme a la letra d) del artículo 10 LPH, tienen carácter obligatorio y no requieren acuerdo de la Junta de Propietarios, *la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes, así como la constitución de un complejo inmobiliario, tal y como prevé el artículo 17.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que resulten preceptivos a consecuencia de la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbana.*

a) Construcción de nuevas plantas

La ley 8/2013 deroga el art. 12 LPH referido a la construcción de nuevas plantas y otras alteraciones de la estructura o fábrica del edificio, y que sometía estas obras al régimen de modificación del título constitutivo, esto es, unanimidad.

La elevación de nuevas plantas (o derecho de levante, del artículo 16 RH), comprendiendo la profundización bajo el subsuelo, así como la constitución de un complejo inmobiliario (los CIPs del artículo 24 LPH), son obras obligatorias en el contexto de una delimitación administrativa de determinado ámbito de rehabilitación, regeneración o renovación urbana. La inclusión del edificio en este ámbito *no es suficiente* para la obligatoriedad de la obra que permita prescindir del acuerdo previo: se requiere que resulten **preceptivas**, esto es, impuestas por el plan como consecuencia de dicha inclusión, ya sea la construcción de nuevas plantas o la constitución del Complejo.

La elevación de nuevas plantas puede imponerla el Ayuntamiento, por ejemplo, por motivos de alineación. Hasta ahora la pretensión de elevar nuevas plantas solía chocar administrativamente con el agotamiento de la edificabilidad. Ahora puede flexibilizarse este problema.

Hasta ahora, por otra parte, la aplicación del régimen de unanimidad para la modificación del título constitutivo imponía en la práctica la previsión de reservarse la facultad de elevación el Promotor en la escritura de constitución de la PH. Entendemos que, ahora con mayor razón, será posible la reserva. Pero, como novedad, podrá la

Comunidad promover por sí (constituida en asociación administrativa, conforme al art. 15 de la Ley 8/2013) o acordar con el promotor, *sin acuerdo de la Junta*, la construcción de las nuevas plantas que resulte necesaria en el contexto de un proceso de rehabilitador, en cumplimiento de la obligación de conservación en los términos amplios que le atribuye la Ley 8/2013.

Si las nuevas plantas se mantienen como **elementos comunes**, no sería preciso modificar el título constitutivo, perteneciendo por cuotas a todos los propietarios en proporción a su participación en la Comunidad. Se trataría de un supuesto de vinculación ob rem, con inseparabilidad entre la propiedad de la cuota de participación en las nuevas plantas y la propiedad exclusiva de los elementos privativos. En caso contrario, el artículo 15 de la Ley 8/2013 atribuye a la Comunidad de Propietarios, a través de sus órganos, facultades para **otorgar escrituras públicas de modificación del título constitutivo**, tanto lo relativo a elementos comunes como incluso a las fincas de uso privativo, para acomodar el régimen a los resultados de las obras en cuya gestión participen o que directamente lleven a cabo.

¿Habría que acordar **la desafectación** de las nuevas plantas como elemento común si se quisiera transmitir su uso a terceros? Parece que no es necesario este acuerdo, cuando se trate de obtener una rentabilidad de las nuevas plantas para financiar el coste de su construcción. Así, el artículo 17 Ley 8/2013 reconoce capacidad a la Comunidad de Propietarios para financiar las obras mediante arrendamiento o cesión de uso de viviendas o locales. La Comunidad puede actuar como autopromotor y constructor, e incluso vender los departamentos resultantes, pues tiene plena capacidad jurídica en el ámbito inmobiliario y crediticio (artículo 15 Ley 8/2013).

b) Constitución o modificación de Complejos Inmobiliarios Privados

En cuanto a los Complejos Inmobiliarios Privados, la letra d) del artículo 10.1 al supuesto del artículo 17.4 del TRLS que dice:

Quando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público se constituirá un

complejo inmobiliario en el que aquéllas y ésta tendrán el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público. Tales fincas podrán estar constituidas, tanto por edificaciones ya realizadas, como por suelos no edificados, siempre que su configuración física se ajuste al sistema parcelario previsto en el instrumento de ordenación.

Se puede ver tras la reforma, una generalización del sistema de Propiedad Horizontal por planos, frente al de concesión administrativa, como instrumento jurídico para solventar estos supuestos de superposición de usos públicos y privados, permitiendo reducir los gastos municipales en el mantenimiento de elementos urbanos como plazas o viales. Varios edificios independientes pueden haberse construido dejando una plaza en cesión obligatoria. Ahora el Ayuntamiento podrá imponer la constitución entre esos edificios de un Complejo Inmobiliario que comprenderá la plaza de propiedad municipal, o que quedará como propiedad privada, sin perjuicio de su uso público, que no se podrá impedir. El Ayuntamiento aportará los elementos de urbanización, mobiliario urbano y demás que se requieran, pero el gasto de mantenimiento y conservación, iluminación, limpieza, etc., pasarán a ser de cargo de la Comunidad o Agrupación de Comunidades. Se trata de algo parecido a lo que sucede en las Urbanizaciones, en las que se obliga a crear una Entidad Urbanística de Conservación para que los particulares mantengan elementos que son de uso público.

La constitución de Complejos Inmobiliarios Privados, en el ámbito de conservación y mantenimiento de edificaciones en zonas degradadas, podría ser útil para regularizar las Urbanizaciones y conjuntos de edificios resultantes de una *parcelación ilegal*. En realidad se trata de hecho de complejos inmobiliarios, a los que se aplica la LPH. En aquellas urbanizaciones pendientes de urbanizar, el Ayuntamiento podría imponer la constitución de un Complejo Inmobiliario que integre a las distintas viviendas, para el mantenimiento de los elementos de urbanización comunes a todas ellas y sin poder impedir el uso público.

La constitución voluntaria de un Complejo Inmobiliario Privado no está comprendida en el supuesto legal, por lo que requerirá acuerdo de los copropietarios, conforme a las normas generales de la LPH.

Cabría plantear la posibilidad de constituir un Complejo Inmobiliario por los propietarios de edificaciones en terreno rústico, sobre fincas vendidas por participaciones indivisas, mediante declaración de obra nueva de los edificios, por antigüedad edificatoria (para lo que sería suficiente certificación de técnico competente acreditativa de la antigüedad), y quedando como elementos comunes los viales e instalaciones de uso común (15). Se podría otorgar la escritura por el Presidente de la Comunidad de Propietarios, con descripción de los edificios existentes y la propiedad respectiva de los mismos, accediendo a la cuota de cada propietario en el suelo común, la propiedad exclusiva de su edificación, mediante la técnica de la *accesión modalizada*, y conservando inseparablemente la cuota de participación en los elementos comunes del Complejo.

c) División, segregación y agregación.

La letra e) del número 1 del artículo 10 LPH, establece que son obligatorios y se podrán llevar a efecto **sin acuerdo de la Junta** de Propietarios: *Los actos de división material de pisos o locales y sus anejos para formar otros más reducidos e independientes, el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o su disminución por segregación de alguna parte, realizados por voluntad y a instancia de sus propietarios, cuando tales actuaciones sean posibles a consecuencia de la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas.*

De la lectura de este párrafo, se seguiría que si el edificio está incluido en un ámbito de actuación de rehabilitación, basta que sea posible dentro de dicho ámbito la obra, teniendo en tal caso carácter obligatorio para la Comunidad, a solicitud de los propietarios afectados, y sin necesidad de acuerdo previo. En los demás casos, al no ser obligatoria y comportar modificación de cuotas, la divi-

(15) Al estar construidas las viviendas en muchos casos en terrenos en copropiedad e indivisibles, la declaración de obra nueva individual no puede tener acceso al Registro de la Propiedad por más que se consiga la declaración de AFO (y ello a cambio de acceder al pago de una licencia de obra, por más que esté prescrita la infracción urbanística).

sión, segregación o agregación (16) requerirán un previo acuerdo de Junta.

1.4. Alcance del acuerdo de Junta

Establece el art. 10.2, letra a), para las obras de carácter necesario u obligatorio, comprendidas en las letras a) a d) del art. 10.1, que *serán costeadas por los propietarios de la correspondiente comunidad o agrupación de comunidades, limitándose el acuerdo de la Junta a la distribución de la derrama pertinente y a la determinación de los términos de su abono*. Por tanto, no se requiere acuerdo de la Junta para abordar estas obras y trabajos necesarios, pero sí se requiere un acuerdo sobre estos extremos. *Los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente, responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa* (art. 10.2, letra b), sin perjuicio de la afección al pago de los pisos o locales, por razón de dichos gastos, en los mismos términos que los establecidos en el art. 9 para los gastos generales (art. 10.2, letra c).

No se incluye en el precepto el supuesto de división, segregación o agregación, de la letra d), por cuanto, a pesar de su carácter obligatorio o necesario, caso de ser posible como consecuencia de la inclusión del edificio en un ámbito de rehabilitación, el coste, lógicamente, será sufragado por el propietario o propietarios que realicen la obra.

2. Obras no obligatorias que afecten a cuotas de participación

La Ley regula las mayorías para adopción de acuerdos en el artículo 17 LPH, pero en relación con las obras que afectan a los elementos privativos (cuotas de participación) se refiere a ellas en el párrafo 3 del artículo 10, uno de los más confusos y de difícil interpretación de los introducidos por la Ley 8/2013, a propósito de la necesidad de autorización administrativa para tales obras.

(16) En el contexto de la Ley debe entenderse utilizado el término agregación en un sentido amplio o genérico, comprensivo de la agrupación y sin los límites cuantitativos que precisa la operación registral de agregación en sentido técnico del art. 48 del Reglamento Hipotecario.

Requerirán autorización administrativa, en todo caso, dice el precepto;

...

b) *Cuando así se haya solicitado, previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurren los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.*

El precepto, como vemos, se ocupa de la necesidad de autorización administrativa para estas obras y refiere los supuestos de autorización a que se den "los requisitos a que alude el artículo 17.6 TRLS". De nuevo una remisión, en este caso a la Ley del Suelo, provocando una dificultad interpretativa innecesaria.

Debemos entender que la división, segregación o agregación y la construcción de nuevas plantas requieren mayoría cualificada de tres quintas partes de los propietarios que representen tres quintos de las cuotas de copropiedad.

La remisión al artículo 17.6 TRLS, debe entenderse referida a la necesidad de autorización y no a las mayorías.

Como señala GONZÁLEZ CARRASCO (17), habría sido el empeño del legislador por regular de forma separada los acuerdos afectantes a elementos comunes y los afectantes a elementos privativos, lo que habría llevado a no incluir los quórum para la segregación, agregación y división o construcción de nuevas plantas en el artículo 17 LPH, en el que se ha unificado toda la materia de quórum y mayorías, llevándolo de forma anómala al artículo 10.3 LPH.

(17) GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen: "Modificación de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas". Publicado en www.uclm.es/centro/cesco.

Hasta la reforma la segregación, agrupación o división, reguladas en el artículo 8, requerían el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, pero dicho precepto se consideraba dispositivo, admitiéndose en la práctica y accediendo al Registro de la Propiedad la cláusula estatutaria de reserva de la facultad de segregar, agrupar o dividir, sea a favor del promotor, e incluso a favor de los propietarios presentes y futuros de los pisos y locales. En este sentido, cabe recordar que bajo la vigencia del derogado artículo 8 LPH, el artículo 5 LPH (18) había venido siendo utilizado para admitir la posibilidad de establecer en los Estatutos la autorización de dichos actos a los propietarios sin necesidad de acuerdo, con la condición de redistribuir las cuotas de los departamentos entre los resultantes (entre otras, SS 30 septiembre 2010 y 25 febrero de 2013). En el mismo sentido, se admite tal posibilidad por la DGRN en R. 26 febrero 1988 y 17 de abril de 2012.

Tras la reforma se plantea la duda de si podrá dispensarse la necesidad de acuerdo en lo sucesivo y de la eficacia que tendrán a partir de ahora las cláusulas inscritas. Entendemos -a la espera de la jurisprudencia que se vaya generando- que hay que inclinarse por respetar la posibilidad de acuerdo estatutario sobre el particular, no sólo en cuanto a los estatutos inscritos, a los que el adquirente presta un consentimiento en el momento de adquisición por su carácter público, sino también en el futuro, aplicando con amplitud el artículo 5 LPH. (19)

(18) Conforme al párrafo 3º del art. 5 LPH, *"el título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad."*

(19) La Resolución DGRN de 20 de marzo de 2014, bajo la vigencia de la Ley 8/2013, no entró en la validez de una cláusula estatutaria inscrita que permitía la segregación sin necesidad de autorización de la junta, al no ser calificado negativamente por el Registrador este punto. En la de 3 de octubre de 2013, se admite la validez de la reserva de facultades a favor del promotor, si bien como facultad personalísima e intransmisible (sin que la inscripción de los estatutos le atribuya naturaleza real) y vinculada al mantenimiento de la condición de copropietario, extinguiéndose al vender la totalidad de los inmuebles.

En contra de esta interpretación se ha apuntado que tras la reforma, la posibilidad de modificar por mayoría las cuotas de participación de pisos y locales hace decaer el fundamento de aquella jurisprudencia favorable al carácter dispositivo de la norma y que no era otro que evitar el efecto antieconómico y potencialmente abusivo que pudiera tener la exigencia de unanimidad para modificar las cuotas. Sin embargo, este argumento resulta paradójico, pues dificulta una serie de obras que únicamente afectan a la cuota de los propietarios afectados, cuando la *ratio legis* de la reforma es precisamente potenciar y facilitar la actividad constructiva y económica. Tampoco entendemos que de la mayor personificación de las Comunidades tras la reforma y el acercamiento de su régimen al de las asociaciones y sociedades pueda seguirse que no pueden los propietarios disponer de las mayorías y quórumos establecidos legalmente como mínimos (20), en la medida en que el artículo 5LPH no ha sufrido modificación en su redacción.

3. Obras no requeridas para la conservación y accesibilidad

El art.17.4 LPH regula la mayoría para obras para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble cuyo coste exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes: *"Ningún propietario podrá exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características."*

No obstante, cuando por el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, se adopten válidamente acuerdos, para realizar innovaciones, nuevas instalaciones,

(20) Argumento defendido por MERINO ESCARTÍN, en el resumen de la norma publicado en la página web notariosyregistradores.com. Para este registrador de la Propiedad, debe ser de interpretación "al menos estricta", tras la reforma, la posibilidad de acuerdo que abata el régimen legal previsto de toma de decisiones, por la proximidad de la propiedad horizontal a la personalidad jurídica y su asimilación en muchos aspectos (embargos, NIF), si bien respecto de los estatutos ya inscritos se inclina por aceptar su eficacia, en aplicación de la disposición transitoria primera del Código civil y la protección del Registro a los derechos inscritos .

servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, no exigibles y cuya cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja. Si el disidente desea, en cualquier tiempo, participar de las ventajas de la innovación, habrá de abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados mediante la aplicación del correspondiente interés legal.

No podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso”.

VI. AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El número 3, letra a) del artículo 10 LPH somete a previa autorización administrativa, en todo caso, *la constitución y modificación del complejo inmobiliario al que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.*

En la letra b) por su parte, impone la autorización administrativa para la **división, segregación y agregación** de pisos o locales, así como **la construcción de nuevas plantas o la alteración de la estructura o fábrica del edificio** (incluido cerramiento de terrazas y mejora de la eficiencia energética del edificio), *previo acuerdo* de la Junta de Propietarios, acuerdo que requiere una mayoría, como vimos, de tres quintas partes de los propietarios que representen tres quintas partes de las cuotas (salvo autorización estatutaria, en su caso).

Se trataría de sujetar a licencia actos que, en el ámbito de las viviendas ya venían siendo sometidos a licencia por la normativa autonómica y local, no así en relación con los **locales de negocio**, en los que la práctica consistía en formar una única finca registral en la división horizontal, para luego irlos segregando y vendiendo a demanda (21).

(21) MARQUÉS MOSQUERA, *op. cit.*

Sin embargo, provoca una innecesaria confusión la remisión contenida en el precepto, cuando se limita a exigir la autorización *cuan-do concurren **los requisitos** a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo.*

Dicho precepto a su vez ha sido objeto de reforma en la Ley 8/2013 y se refiere a la autorización **para la constitución o modificación “de los complejos inmobiliarios”**, exigiendo que la escritura pública se acompañe la autorización correspondiente o testimonio notarial de la misma(22). Y la reforma ahora lo que hace es precisamente introducir en el artículo 17.6 TRLS, **dos excepciones** a la necesidad de autorización administrativa que el precepto contenía en su redacción hasta ahora vigente, es decir, tiene un enfoque *liberalizador*:

No será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes:

a) Cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel.

b) Cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos.

Leído el artículo 10.3 LPH en relación con el precepto remitido, cabría entender que lo que se hace ahora es *ampliar a los complejos inmobiliarios* el criterio del artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio (NCRHU), en el sentido de referir la necesidad de autorización a los términos de la licencia, y concretamente al número de elementos privativos que integran el edificio (23). No se dero-

(22) *La constitución y modificación del complejo inmobiliario deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma.*

(23) *Artículo 53. Requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal. Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas:*

a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia con-

garía, por tanto, el artículo 53 NCRHU en cuanto a las propiedades horizontales sencillas, por lo que seguiría vigente la excepción de la necesidad de nueva licencia a los locales y aparcamientos, a menos que en la licencia constase el número de los mismos como condición para su concesión.

Sin embargo, frente a esta interpretación, se alza el concepto de “complejo inmobiliario” del artículo 17.6 TRLS. Tras la reforma, este precepto incorpora un **concepto especialísimo** de complejo inmobiliario, un concepto que podemos calificar de *impropio*, por contraposición al complejo inmobiliario en sentido propio que define el artículo 24 LPH. Se trata de un concepto aplicable *únicamente* a los efectos del artículo 17.6 TRLS, esto es, en orden a apreciar la necesidad de autorización administrativa en la constitución o modificación de Complejos Inmobiliarios.

A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos.

La extensa y compleja Resolución DGRN de 21 de enero de 2014 se enfrenta al concepto de “Complejo inmobiliario”, tras la reforma introducida por la Ley 8/2013. En un supuesto configurado por el notario como “Propiedad horizontal tumbada”, se plantea la necesidad o no de autorización administrativa del artículo 17.6 TRLS. Parte la DG de la necesidad de distinguir como instituciones distintas, el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal. La regulación de los primeros se contiene en el artículo 24 LPH. Por su parte, la Ley 8/2013 define en su artículo 2.5.1 los conceptos de complejo inmobiliario privado (del artículo 17.6 TRLS) y complejo inmobiliario urbanístico (del artículo 17.4 TRLS). La auténtica “propiedad ho-

cedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión.

horizontal tumbada” tiene el suelo como elemento común, mientras que en ocasiones se cobijan indebidamente bajo esa denominación, supuestos en que se crean nuevos espacios de suelo objeto de propiedad separada, por lo que constituyen en realidad complejos inmobiliarios y, siendo la finca rústica, parcelación requerida de una licencia distinta de la regulada en el artículo 17.6 TRLS (por ser ésta exigida con carácter de legislación básica, mientras que la de parcelación corresponde a la legislación autonómica específica). De la lectura de esta Resolución, parece seguirse, por lo tanto, que tras la reforma no cabe derivar un concepto de complejo inmobiliario tan amplio que englobe o absorba al de propiedad horizontal, sino por el contrario, debe mantenerse la distinción entre ambas instituciones, distinción que se centra en la unidad física y funcional del suelo y vuelo como elementos comunes en la propiedad horizontal (incluso tumbada).

De hecho, la reforma del 17.6 TRLS cabalmente encuentra su sentido en relación con los complejos inmobiliarios *en sentido propio*, esto es, los del artículo 24 LPH y, especialmente, el del 17.4 TRLS, **complejo inmobiliario mixto**, es decir, de suelo y vuelo público y subsuelo privado, técnica utilizada para la construcción de aparcamientos bajo suelo público. Como señala RUEDA PÉREZ (24), el propósito claro del legislador, en este punto, es abandonar el sistema tradicional de la concesión administrativa a favor de un particular para legitimar el uso privado del subsuelo y *sustituirlo en todos los casos por la nueva modalidad del complejo inmobiliario*, con la consecuencia de privatización permanente del subsuelo manteniendo el dominio público del suelo y el vuelo (en los términos recogidos en la R. DGRN de 5 de abril de 2002).

Como consecuencia de las excepciones introducidas en la reforma del 17.6 TRLS, la exigencia de autorización del artículo 10.3 LPH se referirían más bien a los supuestos de concesión **licencias genéricas para todo el Complejo** que después se irían completando con licencias específicas de **cada núcleo de edificación**, especialmente en los casos de *construcción por fases*. Para este supuesto, la excepción a la necesidad de licencia salvo que se modifiquen el número de elementos inicialmente previstos, permitiría precisamen-

(24) RUEDA PÉREZ, Miguel Ángel: "Reforma de la Ley del Suelo", en *Notario del siglo XXI*, número 51, p. 66 y ss.

te aligerar la tramitación administrativa previa al otorgamiento del documento notarial, resultando útil en la línea liberalizadora que inspira en general la reforma.

Sin embargo, literalmente interpretado, el artículo 10.3 letra b) LPH, habida cuenta la amplitud del concepto impropio de Complejo inmobiliario en el artículo 17.6 TRLS, que abarcaría dentro de sí las Propiedades Horizontales sencillas, somete a autorización administrativa *toda segregación, división y agregación, tanto de viviendas o como de locales*, incluso en las Propiedades horizontales sencillas, derogando así la excepción contenido para los locales y aparcamientos en el artículo 53 NCRHU. Sólo se exceptuarán de licencia las modificaciones hipotecarias cuando no den lugar como consecuencia a un **incremento del número de elementos privativos**, o a un número *distinto* del contenido en la licencia.

Esta es la interpretación que prevalece en la Resolución DGRN de 20 de marzo de 2014, que impone con carácter previo a la segregación de un local la correspondiente autorización administrativa por aplicación del artículo 10.3. b) LPH, por entender incluida la segregación en el supuesto de “división material de pisos y locales” de dicho precepto, siempre que –por remisión al artículo 17.6 TRLS- de la misma se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación, autorización (o testimonio de la misma) que deberá acompañarse a la escritura como requisito indispensable para la inscripción. No entra la Resolución en la coordinación del precepto con el artículo 53. a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, al que sin embargo hace referencia como “antecedente legislativo” de la actual exigencia de autorización administrativa.

Según esta interpretación literal la licencia requerida no sería la licencia de obras menores de tabiquerías, sino una **licencia urbanística específica**, con el contenido específico de autorizar la configuración nuevos elementos privativos como fincas independientes susceptibles de tráfico jurídico inmobiliario (aumentando los parámetros de densidad de construcción y usos autorizados por el planeamiento). Si admitimos esta interpretación, en la escritura correspondiente habría que incluir la **licencia municipal** específica para la creación de un nuevo departamento.

Sin embargo, en una interpretación más amplia, podría considerarse suficiente a efectos de entender concedida esa licencia urba-

nística, la **licencia de actividad** (de apertura del local), por cuanto su concesión conlleva la valoración de la conformidad en cuanto a uso y configuración jurídica del local a que se refiere.

VII. MAYORÍAS PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS

La ley 8/2013 en su artículo 8, establece a cargo de los propietarios y titulares de derechos de uso y de las comunidades de propietarios la obligación de llevar a cabo las actuaciones rehabilitadoras en medio urbano (sin perjuicio del deber de contribuir a los gastos los propietarios de fincas o elementos de uso privativo). Es por tanto sobre la Comunidad sobre la que recae la obligación directamente. Esta obligación comprende, conforme al artículo 9 el deber de iniciativa frente a la Administración Pública, que deberá, según dice el artículo 11, facilitar los medios para la correcta ejecución de las actuaciones propuestas, pudiendo utilizarse para el desarrollo de dicha actividad de ejecución todas las modalidades de gestión directa e indirecta admitidas por la legislación vigente (incluida la expropiación) y la ejecución subsidiaria, con cargo a los titulares (artículo 13).

Las Comunidades de propietarios pueden participar, conforme al artículo 15 de la Ley 8/2013 en la ejecución de las actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, reconociéndoles dicho precepto en su apartado 3 una serie de facultades "de acuerdo con su propia naturaleza":

a) Actuar en el mercado inmobiliario con plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, relacionadas con el cumplimiento del deber de conservación, así como con la participación en la ejecución de actuaciones de rehabilitación y en las de regeneración y renovación urbanas que correspondan. A tal efecto podrán elaborar, por propia iniciativa o por encargo del responsable de la gestión de la actuación de que se trate, los correspondientes planes o proyectos de gestión correspondientes a la actuación.

b) Constituirse en asociaciones administrativas para participar en los concursos públicos que la Administración convoque a los efectos de adjudicar la ejecución de las obras correspondientes, como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre los elementos comu-

nes del correspondiente edificio o complejo inmobiliario y las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en sus correspondientes estatutos.

c) Asumir, por sí mismos o en asociación con otros sujetos, públicos o privados, intervinientes, la gestión de las obras.

d) Constituir un fondo de conservación y de rehabilitación, que se nutrirá con aportaciones específicas de los propietarios a tal fin y con el que podrán cubrirse impagos de las cuotas de contribución a las obras correspondientes.

e) Ser beneficiarios directos de cualesquiera medidas de fomento establecidas por los poderes públicos, así como perceptoras y gestoras de las ayudas otorgadas a los propietarios de fincas.

f) Otorgar escrituras públicas de modificación del régimen de propiedad horizontal, tanto en lo relativo a los elementos comunes como a las fincas de uso privativo, a fin de acomodar este régimen a los resultados de las obras de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas en cuya gestión participen o que directamente lleven a cabo.

g) Ser beneficiarios de la expropiación de aquellas partes de pisos o locales de edificios, destinados predominantemente a uso de vivienda y constituidos en régimen de propiedad horizontal, que sean indispensables para instalar los servicios comunes que haya previsto la Administración en planes, delimitación de ámbitos y órdenes de ejecución, por resultar inviable, técnica o económicamente cualquier otra solución y siempre que quede garantizado el respeto de la superficie mínima y los estándares exigidos para locales, viviendas y espacios comunes de los edificios.

h) Solicitar créditos con el objeto de obtener financiación para las obras de conservación y las actuaciones reguladas por esta Ley.

Estas competencias y facultades se confieren para el cumplimiento del deber legal de conservación. Se trata por tanto, en términos técnicos, de **potestades**, es decir de facultades que se dan para

el cumplimiento de deberes, y cuyo ejercicio está justificado por el desarrollo de una **función**. Son, en definitiva, facultades y competencias **de ejercicio obligatorio** para las Comunidades de Propietarios.

Las Comunidades de propietarios pueden, como se ha dicho, constituirse en *asociaciones administrativas*, las cuales, conforme al artículo 16 de la Ley tienen personalidad jurídica propia y naturaleza administrativa, regida por sus estatutos cuya aprobación compete a la Administración urbanística actuante. Bajo su dependencia podrá adjudicárseles la ejecución de la actuación, en cuyo caso, como fiduciaria, la Comunidad podría disponer no sólo de los elementos comunes, sino de los inmuebles privativos, conforme a dichos estatutos. No se especifica en la Ley su forma de constitución.

En cuanto a la financiación de las actuaciones, el artículo 17 de la Ley prevé la posibilidad de *convenios* entre las Administraciones Públicas y las Comunidades de propietarios (25), pudiendo acordarse la *explotación conjunta* del inmueble o parte del mismo. También podrán celebrarse *contratos de colaboración*, entre los que se citan como posibles los siguientes:

a) Contrato de cesión, con facultad de arrendamiento u otorgamiento de derecho de explotación a terceros, de fincas urbanas o de elementos de éstas por tiempo determinado a cambio del pago aplazado de la parte del coste que corresponda abonar a los propietarios de las fincas.

b) Contrato de permuta o cesión de terrenos o de parte de la edificación sujeta a rehabilitación por determinada edificación futura.

c) Contrato de arrendamiento o cesión de uso de local, vivienda o cualquier otro elemento de un edificio por plazo determinado a cambio de pago por el arrendatario o cesionario del pago de todos o de alguno de los siguientes conceptos: impuestos, tasas, cuotas a la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios o de la cooperativa, gastos de conservación y obras de rehabilitación y regeneración y renovación urbanas.

(25) Por su parte, el artículo 18 establece un sistema de colaboración y cooperación económica de la Administración del Estado.

Se plantea, por tanto, en la actuación notarial, la cuestión de la legitimación de las Comunidades de propietarios, por medio de su órgano de representación para la formalización de actos y contratos en escritura pública, ya sea como tales, ya constituidas en asociaciones administrativas.

Por otra parte, y relacionada con la anterior, la cuestión del alcance de la valoración por parte del notario de los quórum legales impuestos para los distintos actos.

En cuanto a lo primero, hay que partir de la plena capacidad en el tráfico que se reconoce a las Comunidades de Propietarios, a través de sus órganos representativos, en orden al cumplimiento de su obligación de conservación, en el ámbito de la rehabilitación, regeneración y renovación urbana. Ante el notario comparecerá el Presidente de la Comunidad (o el Administrador con poder), acreditando su cargo mediante exhibición del libro de actas debidamente diligenciado y certificación del acuerdo, en el supuesto de que sea necesario. En la certificación bastará consignar que asistió la mayoría requerida legalmente según el tipo de acuerdo, sin necesidad de expresar la identidad de los propietarios presentes ni de los ausentes a los que se notificó el acuerdo (Resolución 4 de marzo de 2004). Deberá hacerse constar, en su caso, la notificación en los términos del artículo 9 LPH y el transcurso del plazo previsto en dicho precepto, al efecto de presumir el voto favorable.

En cuanto a lo segundo, tiene especial importancia el control del acuerdo conforme régimen de mayorías de la Junta de Propietarios, teniendo en cuenta la legitimación para otorgar escrituras de modificación del título constitutivo y estatutos, según éstas sean resultado de actuaciones de rehabilitación, regeneración o renovación urbanas (artículo 15 Ley 8/2013), distinguiendo las que pueden realizarse sin previo acuerdo de la junta, pero que requerirán acuerdo en los términos del artículo 10.2.a LPH, de las del artículo 10.3.b), que requerirán autorización administrativa (salvas las excepciones del artículo 17.6 TRLS) y acuerdo por mayoría de tres quintas partes de los propietarios que representen las tres quintas partes de las cuotas (salvo reserva de la facultad en estatutos inscritos en el Registro de la Propiedad, en los que se recoja la forma de distribuir las cuotas entre los elementos resultantes).

El cambio de uso del elemento privativo (de local a vivienda, como supuesto más frecuente) no requiere acuerdo de junta por

ser derecho del propietario de todo piso o local usarlos del modo que considere más adecuado, salvo expresa exigencia de acuerdo en los estatutos, tal como tiene proclamado el TS, Sala Primera, en Sentencia de 12 de septiembre de 2013.

Conforme al artículo 3 LPH (en su redacción dada por la Disp. Final Primera Dos de la Ley 8/2013), la cuota sólo puede variarse de acuerdo a lo establecido en los artículos 10 y 17.

Señala el artículo 10 LPH que *no se requiere acuerdo previo* para **la construcción de nuevas plantas** (elevación o profundización), ni para la alteración de los elementos comunes, siempre que resulten *preceptivos* por la inclusión del inmueble en una actuación urbanística, es decir, en un plan de rehabilitación, regeneración o renovación urbana. Es el propio plan el que ha de imponer esa actuación. Y en tal caso, el acuerdo de Junta de Propietarios no afectaría a la legitimación de la Comunidad para otorgar la escritura, pues se refiere al ámbito interno de las relaciones entre propietarios (artículo 10.2.a: derramas y términos del abono de las mismas), salvo que en el supuesto que haya que modificar las cuotas o determinar la indemnización de daños y perjuicios, lo cual requerirá acuerdo por mayoría de tres quintas partes de los propietarios que representen las tres quintas partes de las cuotas. Será necesario acuerdo previo por la misma doble mayoría cualificada, en el caso de que la construcción de nuevas plantas no venga impuesta por un plan de rehabilitación. Además, será necesario en todo caso el consentimiento de los titulares afectados (art.10.3.b, párrafo 2). Con carácter previo, en los supuestos del artículo 10.3.b) LPH será necesaria la obtención de la correspondiente autorización administrativa (por la Comunidad o los propietarios que soliciten la obra). También será conveniente la aportación con la convocatoria de junta del dictamen pericial que acredite la naturaleza (obligatoria) de la obra a acometer, para que los propietarios puedan valorar su oposición a dicho carácter, oposición que habría de resolverse con carácter previo por mayoría cualificada de 3/5.

Acreditado tal acuerdo por mayoría cualificada mediante la correspondiente certificación no será necesario nada más, por tanto, sea la elevación (o profundización) del edificio impuesta por la Administración o solicitada a instancia de los propietarios, debiéndose aportar con el título la licencia correspondiente, salvo en los casos exceptuados en el artículo 17.6 TRLS.

El supuesto de división, segregación o agregación (de pisos o locales y sus anejos) es diferente. En este caso, conforme al artículo 10.1.e, bastará que tales actuaciones sean posibles en el marco de la normativa urbanística. Si el inmueble está incluido en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbana *que no excluye esta posibilidad*, serán obligatorias y no necesitarán acuerdo previo de la comunidad, pudiendo llevarse a cabo por voluntad y a instancia de los propietarios afectados, que tendrían por tanto la iniciativa, siendo necesario en todo caso su consentimiento. En este caso, bastaría la inclusión del edificio en el ámbito de la actuación para determinar el carácter obligatorio de la obra, a instancia del propietario o propietarios afectados, sin perjuicio de la fijación de nuevas cuotas. Se ha planteado la posibilidad de que la redistribución de cuotas pueda implicar modificación de las cuotas de participación de propietarios no afectados *que deba llevarse a cabo por acuerdo de Junta* (art. 10.3.b, párrafo último LPH), en la medida en que, por ejemplo, la división o segregación, formando un mayor número de departamentos privativos, da como resultado un uso más intensivo de los elementos comunes, que podría justificar una modificación de cuotas de los restantes inmuebles correspondiente a ese incremento. En principio, entendemos que la mera división o segregación, cuando resulte obligatoria, no requerirá acuerdo sobre fijación de cuotas sino entre los propietarios afectados.

En cuanto a la posibilidad de llevarse a cabo la división, segregación o agrupación prescindiendo del acuerdo de Junta de Propietarios, por vía de **previsión estatutaria**, cuando la hubiere, y ante las dudas interpretativas planteadas, entendemos que excede del control de legalidad del notario establecer la nulidad de las cláusulas de reserva de facultades de segregación, agrupación o división, al menos en tanto no se pronuncie la DGRN, debiendo seguirse la línea permisiva del Centro Directivo, como antes quedo expuesto, en orden al mantenimiento de su validez y oponibilidad de las cláusulas de reservas ya inscritas. En este sentido, en Resolución de 1 de febrero de 2014 recuerda la DGRN el carácter excepcional con el que el Centro Directivo ha admitido la segregación o división material de elementos independientes o sus anejos sin necesidad de autorización de la junta, en el supuesto de que tal facultad se haya atribuido anticipadamente mediante previsión al efecto en los estatutos. En

el supuesto de hecho de la Resolución el título constitutivo contenía una reserva unilateral de la facultad de dividir o agrupar, a la que la inscripción registral atribuyó eficacia erga omnes, vinculando a quienes han accedido a la propiedad horizontal con posterioridad (RR. 16 de mayo de 2002 y 18 de marzo de 2003).

El artículo 17.6 LPH exige unanimidad para los acuerdos no regulados expresamente en dicho artículo que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos (unanimidad de los propietarios que a su vez representen el total de cuotas de participación). No será por tanto aplicable a las obras obligatorias recogidas en el artículo 10 LPH. Tampoco a la agrupación, segregación y división, tanto de pisos y locales, como de sus anejos y cualquier alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluso construcción de nuevas plantas, respecto de cuyas obras se regula expresamente la mayoría necesaria en el artículo 10.3.b) LPH, siendo ésta de tres quintas partes de los propietarios que representen además las tres quintas partes de las cuotas, debiendo consentir los titulares afectados y fijarse las nuevas cuotas de participación por igual mayoría (artículo 3 LPH. en relación al 18, párrafo 2º in fine de la misma ley); así lo reconoce, tras la reforma, la Resolución DGRN de 1 de febrero de 2014.

Respecto de la **desvinculación de fincas vinculadas** en el título constitutivo, como es el caso de tener vinculado un piso una participación en otra finca destinada a zonas comunes, no puede identificarse esta operación con una segregación o división, y por tanto, al comportar modificación del título constitutivo, por aplicación de la norma de cierre del 17.6 LPH, al no contenerse entre los supuestos del artículo 10.3.b) LPH, sería exigible unanimidad (salvo que en los estatutos inscritos se identifiquen las fincas vinculadas y se permita la desvinculación) (26). En estos supuestos, la Resolución DGRN de 16 de enero de 2006 ha reconocido que la hipoteca se extiende a la participación de finca vinculada, sin necesidad de distribución de responsabilidad, aunque sí de descripción del anejo vinculado.

Finalmente, hay que referirse a los supuestos de **afectación y desafectación de elementos privativos y comunes**, en los ca-

(26) En este sentido MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos, en "La modificación del título constitutivo en la propiedad horizontal tras la Ley 8/2013, de 26 de junio", en Revista de Derecho UNED, número 13 (2013).

sos en que sea posible. En la práctica tiene particular interés la desafectación de vivienda de portero para su venta o alquiler. No estando expresamente contemplado un régimen de mayoría para este tipo de acuerdo, por aplicación de la norma de cierre del 17.6 LPH, al comportar una modificación del título constitutivo, el acuerdo requeriría unanimidad (27). Sin embargo, entendemos que la desafectación es consecuencia inmediata de la supresión del servicio de portería, por lo que podrá acogerse a la mayoría cualificada de tres quintas partes de los propietarios y cuotas que establece para tal caso el artículo 17.3 LPH. Si la vivienda no figura como departamento independiente en la escritura de división horizontal, será necesaria ampliación de la declaración de obra nueva (con su respectiva licencia), conforme al artículo 53.a del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Si ya constase como departamento independiente, el acuerdo de desafectación supondrá una modificación de las cuotas de participación en el título constitutivo que deberá someterse al régimen del artículo 10 o el 17 LPH (artículo 3 LPH). Entendemos que una interpretación amplia del artículo 17.3 LPH, debe permitir eludir la unanimidad impuesta con carácter general por el artículo 17.6 LPH. Esta interpretación es acorde con el criterio pro-rehabilitador que inspira la reforma (28).

CONCLUSIÓN

Queda esperar que la jurisprudencia resuelva las dudas interpretativas planteadas tras la reforma de la LPH. Sin perjuicio de ello esta reforma debe entenderse a la luz del contenido normativo de la Ley 8/2013, y por tanto, en el contexto de una política legislativa

(27) Así MARTÍNEZ ORTEGA, *op. cit.*, si bien entiende que será aplicable el voto presunto del artículo 17.8 LPH.

(28) En la escritura no podrá adjudicarse la propiedad de la vivienda a la Comunidad de Propietarios, por carecer de personalidad jurídica, salvo la figura de la titularidad fiduciaria recogida en el artículo 15.3 de la Ley 8/2013. La atribución será directamente al comprador, si se formaliza la desafectación en la misma escritura de compraventa, o a los propietarios de los pisos y locales en proporción a su cuota y con vinculación ob rem entre su titularidad privativa y la participación en el departamento desafectado (R. 4 de octubre de 2013).

favorable a una cultura de la rehabilitación, ampliando el contenido del deber de mantenimiento y conservación de los edificios y dotando a las Comunidades de Propietarios de las competencias necesarias para ello. Descontextualizar la lectura de la reforma respecto del resto de la Ley 8/2013, haría perder al artículo 10 LP gran parte de su potencialidad. Los notarios y registradores en nuestra práctica diaria determinaremos en parte la realización o no de ese cambio de paradigma que la Ley de Rehabilitación propone.

En esta línea, hay que criticar al legislador por la innecesaria complejidad que comporta el sistema de remisiones entre la LPH y el TRLS, confundiendo las esferas respectivas de lo urbanístico y lo civil, sobre todo en orden a la definición de los complejos inmobiliarios privados y urbanísticos y su diferenciación de la propiedad horizontal. Igualmente, es criticable el hecho de no haber recogido en el artículo 17 LPH la totalidad del régimen de mayorías, desplazando determinados acuerdos al artículo 10.3.b) LPH, y sobre todo el mantenimiento con carácter general del régimen de unanimidad para la modificación del título constitutivo (artículo 17.6 LPH), norma que parece contradictoria con la amplitud del artículo 10 LPH y la ratio legis de la reforma expresada en la Exposición de Motivos.

“LA DESHEREDACIÓN, ALIVIO DE LEGITIMARIOS INGRATOS”

Alberto Sáenz de Santa María Vierna
Notario

*En sus 125 años de vigencia, al Código civil.
Y a Federico De Castro, uno de sus
más egregios defensores.*

Resumen: La realidad de los Despachos notariales prueba que el sistema legitimario establecido por el Código civil recibe un respaldo amplísimo de los testadores, superior incluso al 90 %.

Eso significa –a juicio del autor– que no tiene sentido establecer un sistema de completa y absoluta libertad de testar, sino que sólo hay que dar cauce a ese pequeño porcentaje que entra en colisión con el actual sistema legitimario. Es decir: manteniendo nuestro sistema legitimario, hay que “darle aire y oxígeno” para que pueda acoger al pequeño porcentaje de testadores que chocan con él.

Y en esa tarea de dar aire a las legítimas, entiendo que la “desheredación” es la pieza fundamental, con la única condición de que la interpretación persiga desvelar la verdadera voluntad del testador, sin interpretaciones restrictivas.

SUMARIO

- I. DERECHO VIVO DE TESTAMENTOS BAJO EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL
- II. LA DESHERE-DACIÓN "DE MODELO ÚNICO"
- III. SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
- IV. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA
 - 1.º Jurisprudencia del Tribunal Supremo
 - 2.º Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales
 - 3.º Contradicciones
 - 4.º Conclusión del análisis
- V. LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA DESHEREDACIÓN
- VI. LA CONFIRMACIÓN DE NUESTRO CRITERIO
- VII. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA DESHEREDACIÓN
 - a) Injuria grave de palabra
 - b) Maltrato de obra
 - c) En particular, el "SAP"
- VIII. CONCLUSIÓN

I. "DERECHO VIVO" DE TESTAMENTOS BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

Creo que un jurista como yo (Notario), debe arrancar su exposición hablando de aquello que tanto le gustaba tener presente a D. Joaquín GARRIGUES: el Derecho vivo, ese Derecho que de verdad es el Derecho que se cumple en la realidad social, no el que se anquilosa en el BOE.

Nadie puede decirlo mejor que el Maestro de maestros de los mercantilistas españoles (él hablaba así respecto de las Sociedades

anónimas, pero con igual o mayor motivo es predicable respecto de los Testamentos):

“... un tema que pertenece a lo que yo llamé hace muchos años el Derecho vivo de las Sociedades Anónimas, en oposición al Derecho literalizado, petrificado en las leyes y los códigos. Pensé que, al fin, los artífices de este Derecho vivo son los Notarios, llamados a colmar las lagunas de las Leyes a impulso de las exigencias de esa realidad viva ...” (1)

Siguiendo ese consejo de GARRIGUES, yo voy a arrancar del Derecho vivo. Y para ello, he analizado, clasificado y sistematizado todos los Testamentos por mí autorizados durante los años 2009 y 2010 (los dos últimos años completos).

Lo primero que he encontrado es una semejanza total entre ambos años; hasta el punto de que salvo decimales –de los que ahora podemos prescindir– las cifras de la estadística coinciden completamente. Lo que me permite –además– hacer una exposición única y no repetida, concretada ya sólo al año 2.010. En esta exposición he clasificado a los testadores en razón de las circunstancias que influyen en cada uno de ellos en cuanto a las Legítimas que están obligados a respetar. El cuadro estadístico es el siguiente (2):

(1) Joaquín GARRIGUES: “Sindicatos de accionistas”, *Temas de Derecho vivo*, Editorial tecnos, Madrid, 1978, p. 16 (reproducido también en RDM, número 55, enero-marzo, 1955).

(2) Hay que añadir un caso “sui generis”, que es el de un testador que expresa y decididamente quiso otorgar un testamento puramente revocatorio (y que representa el 0,5 % que falta, del total de testadores).

Y una advertencia: los porcentajes de que hablaré en el trabajo siempre son totales, sobre el total universo estadístico tomado en consideración. Atender a porcentajes y sub-porcentajes dentro de cada grupo haría que el lector perdiera la línea argumental.

AÑO 2.010

TESTADORES: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES	Número	%
Personas casadas, con hijos	105	53 %
Viudos/viudas, con hijos	28	14 %
Divorciados/Separados, con hijos	14	7 %
Personas solteras, con hijos	3	1,5 %
2.ª Nupcias (o 2.ª parejas), con hijos	3	1,5 %
Matrimonios (o parejas), sin hijos	15	7,5 %
Personas sin herederos forzosos	30	15 %

¿Qué conclusiones se pueden extraer del análisis de la Estadística de Testamentos?

Primero:

Del gran grupo constituido por los testadores casados y con hijos (53 %), la inmensa mayoría de ellos (un 52 %), instituyó herederos a todos sus hijos por partes iguales.

Ello es así en términos apabullantes, al margen de que dejen o no el usufructo universal a su cónyuge; al margen de que testen conjunta o separadamente.

O lo que es lo mismo: teniendo obligación de dejar 2/3 de su herencia, la inmensa mayoría de los casados con hijos les deja todo: 3/3.

Es decir, las legítimas NO han coartado en absoluto su libertad de testar, pues estando obligados a menos, han dejado a sus legitimarios incluso más que lo que el Código civil les imponía.

Sólo un 1 % dejó legítima estricta a uno y la herencia a los demás hijos. Este UNO POR CIENTO (1 %) es el que sí se puede decir que "se ha visto constreñido" por el sistema de legítimas, pues si hubiera podido, parece evidente que nada habría dejado al hijo que sólo recibe la legítima estricta, dejando todo a los demás (sean legitimarios o no).

Segundo:

Del grupo formado por las personas viudas y con hijos (14 %), una mayoría de ellos (11 %) instituyó herederos también a todos sus hijos por partes iguales.

Pero un 3 % del total se lo dejan todo a uno, y sólo la legítima estricta a los demás. Es decir: en este grupo, se puede decir que un

TRES POR CIENTO (3 %) SÍ “se ha visto constreñido” o limitado por el sistema de legítimas.

Tercero:

Del siguiente grupo de Divorciados y Separados con hijos (7 %) –siguiendo el mismo criterio anterior–, un DOS POR CIENTO (2%) “se ha visto limitado” por el sistema de legítimas.

Cuarto:

No tienen, sin embargo, conflicto legitimario de ningún tipo ni el grupo de Solteros con hijos (1,5 %) ni el de Matrimonios sin hijos (7,5 %): en los dos grupos, instituyen herederos en el todo a los legitimarios (sea éste el cónyuge, sean éstos los hijos).

Quinto:

El grupo de Segundos matrimonios o Segundas parejas con hijos es, finalmente, el grupo de conflicto más patente. En este grupo, todos los testadores disponen de 2/3 de sus bienes a favor de los hijos y 1/3 de sus bienes es para su segundo cónyuge o segunda pareja.

No es difícil deducir que, si no estuvieran frenados por la legítima, su testamento habría sido muy otro. Aquí SÍ puede afirmarse sin temor a equivocaciones que el 100 % de este grupo está constreñido por el sistema legitimario del Código civil. Aunque este 100 % del grupo supone tan sólo un UNO COMA CINCO POR CIENTO (1,5 %) del total de testadores.

Acumulando todas estas cifras, podemos afirmar –insisto una vez más: la estadística se limita a mi Despacho– que un SIETE con CINCO POR CIENTO (7,5 %) de las personas que han hecho testamento se han visto coartadas, limitadas o frenadas en el ejercicio de su libertad de testar por el sistema de legítimas.

Para estas personas, el sistema del Código supone un corsé limitativo de su voluntad, en contra de sus deseos.

No se puede negar que –visto desde el ángulo contrario– esto significa que un NOVENTA Y DOS COMA CINCO POR CIENTO (92,5 %) de los testadores no se han visto en modo alguno limitados ni coartados por el sistema legitimario contenido en nuestro Código civil.

Si se tratara de juzgar el acierto de una determinada regulación, la bondad de un contrato, el éxito de una empresa, el acierto de una Ley, la justicia de un sistema o el funcionamiento de una institución,

afirmar que se goza del 92,5 % del total apoyo posible significa un éxito literalmente arrollador.

Eso mismo hay que afirmar de nuestro sistema legitimario, que –a juicio de quien esto escribe–. SÍ constituye cauce adecuado a las necesidades de los testadores en territorios de Derecho común.

Mucho más –además– si tenemos en cuenta que en el último grupo (el de Personas sin herederos forzosos, que son nada menos que el 15 %), la gran mayoría de ellos –hasta un 12,5 %– instituye herederos a parientes (hermanos, primos hermanos o sobrinos) que aunque no son herederos forzosos obviamente, sí son parientes más lejanos y que podrían ser –en su caso– herederos abintestato, es decir: personas que están en el siguiente “anillo de parientes cercanos”.

Y en casi todas las ocasiones, a todos los parientes que están en ese grado, sin distinguir unos hermanos, primos hermanos o sobrinos de otros, sino a todos los situados en igual parentesco por partes iguales.

Por tanto, defender la absoluta libertad de testar como pauta general y generalizable no parece digno de apoyo, vistos estos datos.

Ahora bien, como juristas debemos aspirar siempre a que el sistema permita la satisfacción del total, del 100 %. Mejor dicho: que el sistema mismo dé cauce y solución a todos los casos, sean los generales, los especiales o los excepcionales.

Porque como siempre dice Juan VALLET DE GOYTISOLO, el Derecho consiste en “la determinación de aquello «quod iustum est» en el caso concreto”. Y, por tanto, en todo caso concreto.

Luego hay que dar cauce y satisfacción también a ese 7,5 % que antes hemos extraído de nuestra estadística testamentaria. Y ahí es donde entra en juego todo lo que quiero decir a continuación en elogio de la desheredación. Desheredación que –no se olvide nunca– forma parte de nuestro “Sistema de Legítimas”. No es algo extraño al sistema, sino parte de él.

II. LA DESHEREDACIÓN “DE MODELO ÚNICO”

Suelen tratar los autores la desheredación (tanto en manuales como en monografías) afirmando de ella una serie de características que se repiten una y otra vez, hasta el punto de que bien podría ha-

blarse de una “desheredación de modelo único” o “de tipo fijo” (3). Estas características son las siguientes:

- 1.º Debe ordenarse en testamento.
- 2.º Debe ser expresa.
- 3.º Debe ser nominativa.
- 4.º Debe fundarse en una causa.
- 5.º Debe ser una de las fijadas legalmente.
- 6.º Debe interpretarse restrictivamente.

De esta exposición estándar o de pensamiento único debo decir que estoy de acuerdo con todas ellas ... salvo con la última: la afirmación de que las causas de desheredación deben interpretarse restrictivamente.

Pues bien, esta visión restrictiva de las causas de desheredación y de la desheredación misma no me parece defendible desde ningún punto de vista. Es más: me parece perniciosa. De ninguna manera se puede compartir.

¿Por qué?

Primer argumento:

Porque de ningún precepto del Código civil resulta tal criterio. Únicamente existe el término “solo” del art. 848, que ha dado pábulos a ello. Pero ni el artículo dice eso ni en absoluto permite basar en él semejante interpretación.

Este artículo dice literalmente:

“La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley.”

Como se ve, lo que dice el precepto es que el testador sólo puede fundarse en una de las razones taxativamente fijadas en la Ley. Es decir: tipicidad legal; es decir, casos contados; es decir, enumeración exhaustiva; es decir, “numerus clausus”.

(3) Sin ánimo exhaustivo, pueden ser citados aquí LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, Díez PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, RIVAS MARTÍNEZ, ALGABA ROS, JORDANO FRAGA, ORDANO FRAGA, RIVERA FERNÁNDEZ, CASADO CASADO, MENA-BERNAL ESCOBAR, PASCUAL QUINTANA, ...

Pero no dice nada más. Ni de este sólo puede deducirse ningún criterio restrictivo

Que este "sólo" significa eso y nada más que eso nos lo confirma el siguiente artículo 849 del mismo Código civil, de muy semejante redacción:

"La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde".

Como se ve, utiliza también la misma expresión "solo". Eso supone que no puede hacerse sino en testamento. Y, por tanto, por interpretación indiscutible, en cualquier tipo de testamento: notarial (abierto o cerrado), ológrafo, en testamento militar, marítimo, en inminente peligro de muerte, etc., ...

¿Podría defenderse que se hiciera una interpretación restrictiva para –por ejemplo– entender que sólo pudiera desheredarse en "testamento notarial"? Evidentemente, No. El Código no dice eso. Dice testamento y por tanto, debe entenderse en sus propios términos literales y sin interpretación restrictiva ninguna: todo testamento es válido para desheredar.

Luego... lo mismo sucede con el art. 848: dice sólomente esas causas y no otras. Pero esas causas legales no tienen por qué interpretarse restrictivamente.

Segundo argumento:

En los partidarios de la interpretación restrictiva hay un "juicio de valor" acerca de conductas humanas derivado de un mal entendimiento del adagio "odiosa sunt restringenda".

Para sus partidarios, que un hijo desherede a un padre (o a la inversa) constituye un hecho en sí mismo odioso y que por eso mismo debe interpretarse restrictivamente.

Pero ¿qué es lo que es odioso?

¿Es odioso que un padre desherede a un hijo? ¿O lo que es odioso en verdad es que un hijo fuerce a un padre anciano a hacer testamento en un determinado sentido?

¿Es odioso que un hijo desherede a su padre? ¿O lo que es odioso en verdad es que un padre niegue alimentos a un hijo poniendo en peligro incluso su propia subsistencia y su vida?

¿Es odioso que un padre desherede a un hijo? ¿O será más bien

que lo que es odioso de verdad es que un hijo acuse en falso a su padre de haber cometido delitos?

Para mí está clara la respuesta en los 3 casos. Lo odioso no es la desheredación sino la conducta que está en su origen.

Dicho en términos generales: ¿Es la desheredación en sí misma desagradable y odiosa?

No, no lo es en absoluto. Lo que es desagradable son los actos humanos que están en su base, pero la desheredación en sí misma es una institución de Derecho Civil que debe analizarse sin ningún prejuicio ni enemistad. Exactamente igual que:

- El préstamo usurario.
- La privación de la patria potestad.
- El divorcio por conducta vejatoria.
- La revocación de donaciones por ingratitud.

Y nadie ha propugnado nunca una interpretación restrictiva de todas estas instituciones jurídicas.

Tercer argumento:

Se defiende una interpretación restrictiva de la desheredación porque "... sino, se podría dar al traste con todo el sistema legitimario" y la intangibilidad de la legítima es un Principio de nuestro Derecho".

Este argumento resulta particularmente desacertado, ya que incurre en un error de perspectiva: la desheredación forma parte del sistema de legítimas (igual que la protección de las legítimas, la preterición o la mejora). Sería inaceptable entender que la legítima "a todo evento" es un derecho absoluto, innegable, derivado de la pura generación biológica y en el que ni cabe la graduación y ponderación ni influyen las circunstancias de las personas y de las conductas de sus protagonistas.

Cualquier estudioso del Derecho de Sucesiones debe posicionarse en el ángulo correcto para una adecuada interpretación. Lo que constituye Principio general de nuestro Derecho no es la intangibilidad de la legítima, sino que el auténtico principio es que "la voluntad del testador es ley de la sucesión". Ese sí es el Principio.

Y Principio general de los del artículo 1 del Código civil. Con el Principio de que la voluntad del testador es ley de la sucesión y con las Legítimas sucede lo mismo que con el oxígeno y la comida:

“Alimentarse es fundamental; pero lo primero y vital es respirar”.

Es decir: respetar las Legítimas es importante, pero lo fundamental es el Principio de que la herencia se rige por la voluntad del testador.

La Legítima es sólo un freno, una reglamentación predominantemente negativa, puramente limitativa –como las reservas– del verdadero Principio: que la sucesión debe regirse por la voluntad del testador. Otra vez la cita de VALLET DE GOYTISOLO resulta inevitable (4).

Todavía puede darse una “vuelta de tuerca” más a este razonamiento: Si lo que constituye un Principio general en nuestro Derecho es la voluntad del testador como ley de la sucesión, y las legítimas son una excepción a esa voluntad del testador, la Desheredación (que es una “excepción” a la legítima) constituye una excepción a la excepción. Y, por tanto, se desenvuelve en la misma línea y dirección del Principio general de que la sucesión ha de regirse por la voluntad del testador.

Lo que constituye una excepción o restricción a ese principio son precisamente, las legítimas. Que son, posiblemente, las que deban ser objeto de una interpretación restrictiva.

III. SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Que nosotros sepamos, pocas son las sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo para admitir o rechazar causas de desheredación.

Sin miedo a equivocarme creo que puedo afirmar que no pasan de doce o catorce. Y eso, en 125 años de vigencia del Código civil, es en verdad muy poco.

(4) Véase su monumental monografía VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, dos tomos, 1.324 páginas (y que constituye el volumen LVIII dedicado a las LIMITACIONES DE DERECHO SUCESORIO A LA LIBERTAD DE DISPONER, dentro del “TRATADO PRACTICO Y CRITICO DE DERECHO CIVIL” dirigido por Federico DE CASTRO).

El examen de la Jurisprudencia que se realiza en este apartado persigue “desvelar” la verdadera sustancia de cada conflicto objeto de contradicción, una vez que se le ha despojado de todo lo prescindible y superfluo.

Las más señeras sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre la justicia de la causa para desheredar son las siguientes:

1. STS 4 de noviembre de 1904:

Un padre deshereda a uno de sus hijos “por haberle injuriado de palabra, gravemente y en actos repetidos”. Un tercero que había prestado dinero al hijo desheredado (que debía ser lo que en la época se llamaba un auténtico “calavera”) impugna la desheredación (5).

Para el TS, los hechos alegados constituyen “injurias graves” y por tanto confirma la desheredación. Y hace dos precisiones importantes: 1. no hay ningún precepto que obligue al testador a determinar el hecho constitutivo de la injuria; 2. para que las injurias graves constituyan causa de desheredación no es necesario que se haya seguido un procedimiento penal, ni que exista sentencia condenatoria.

2. STS 23 de enero de 1959:

Una de las hijas es desheredada por el padre por “haber injuriado gravemente de palabra al testador” (6).

Planteada la reclamación por la hija desheredada, el TS mantiene que al no ser probada la causa alegada se estima nula la cláusula conteniendo la desheredación. Pero, sobre todo, afirma que los derechos de la desheredada se limitan a la legítima, entendida como legítima corta y no como legítima larga, es decir: sin comprender la mejora. Razonando además que “los hijos no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de éstos, que a la legítima estricta”.

(5) Un comentario excelente de la sentencia puede consultarse en Díez PICAZO: “*Estudios sobre la Jurisprudencia civil*”, volumen segundo, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, p. 542-545.

(6) Nuevamente hay que mencionar el excelente comentario a la sentencia de Díez PICAZO: “*Estudios sobre la Jurisprudencia civil*”, volumen segundo, Editorial tecnos, Madrid, 1969, p. 545-548.

3. STS 30 de septiembre de 1975: (Ponente: RODRÍGUEZ SOLANO Y ESPÍN)

Esta Sentencia afronta una relación conflictiva entre padre e hijos, reflejada y materializada en dos juicios de faltas cruzados entre el primero y los segundos (y también inserta en una mala y conflictiva separación entre el padre y la madre).

En esa situación, el Tribunal resuelve "la no existencia de malos tratos de obra e injurias graves" al ser precisa "la prueba de tales hechos por quienes pretendan obtener la declaración de su eficacia, cosa que no se ha realizado en el presente caso".

4. STS 20 de febrero de 1981: (Ponente: SEIJAS MARTÍNEZ)

En este caso, la testadora dispuso en su testamento directamente "nada lego a mi hijo Teodoro, por haberle dado mucho más de lo que por legítima acreditaría".

El TS niega que exista desheredación en una tal cláusula, ya que estima que "el heredero forzoso a quien en vida haya hecho alguna donación su causante, no puede considerarse desheredado y sólo puede reclamar que se complete su legítima".

5. STS 16 de julio de 1990: (Ponente: GONZÁLEZ-ALEGRE Y BERNARDO)

El hecho básico a que alude la sentencia es que dos hijos fueron desheredados por el padre en su testamento en base a que éstos declararon como testigos en el procedimiento eclesiástico de separación del padre, llamándole "hijo de perra cabrón", "cabrón hijo de ..." e "hijo de perra".

Para el TS, estos hechos constituyen "injurias graves" y dejan a las claras que los hijos no guardaron el debido comportamiento con su padre ni el respeto que el art. 155 del Código civil previene "...y dejándolo en el olvido, sin mantener durante mucho tiempo y hasta su muerte, relación alguna".

6. STS 28 de junio de 1993: (Ponente: BURGOS PÉREZ DE ANDRADE)

El hecho básico de este caso es que una hija declara en el procedimiento de divorcio de su padre, dirigiéndose a la pareja de éste, que "... esa señorita es la amante de mi padre".

Para el TS, esa afirmación no constituye una injuria grave de palabra a los efectos del art. 853, 2.º del Código civil, ya que falta el "animus iniuriandi" indispensable en estos casos.

Y añade –también en el mismo sentido negativo– que “... la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por la hija en relación con los problemas del padre, ...” son circunstancias que corresponden al campo de la moral, pero que escapan a la apreciación y valoración jurídica”.

7. STS 4 de noviembre de 1997: (Ponente: Marina MARTÍNEZ-PARDO)

El hecho básico a que alude la sentencia es que dos hijos (desheredados por el padre en su testamento) “... no convivieron con él, no mantuvieron relación con él, le privaron de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias mortales y ni siquiera acudieron al entierro”.

Para el TS, estos hechos no son subsumibles ni en la “negativa a prestar alimentos sin motivo legítimo” ni en los “malos tratos de obra”.

8) STS 25 de septiembre de 2003: (Ponente: VILLAGÓMEZ RODIL)

En esta sentencia, un marido deshereda a su segunda esposa por “incumplimiento de los deberes conyugales”. El hecho básico es que esta esposa volvió a España dejando a su marido en Venezuela, con un diagnóstico de cáncer maligno y con varias operaciones, que hubo de afrontar en soledad. El testador acabó volviendo sólo a España, donde falleció en casa de sus hijos (hijos del primer matrimonio).

Para el TS, estos hechos son causa de desheredación porque la esposa no prestó en tan graves momentos la asistencia cumplida –moral, física, apoyo, comprensión y demás– a que estaba obligada por el Código civil, que impone a los cónyuges “ayudarse mutuamente” (art. 67) y “socorrerse mutuamente” (art. 68).

IV. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Siendo así todo lo anterior y dado que el Código civil no impone el criterio restrictivo y las sentencias recién resumidas tampoco (en la parte que afecta a la apretada síntesis hecha), la pregunta es inevitable: ¿de donde ha surgido esta interpretación restrictiva?

1.º Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sin duda, el origen de esta interpretación es jurisprudencial. Y para quien esto escribe, el problema nace con una concreta Sentencia de la Sala 1.ª de nuestro Tribunal Supremo: la de 30-septiembre-1975.

A) STS 30 de septiembre de 1.975

Como ya hemos dicho, esta Sentencia (de la que fue ponente D. Federico RODRÍGUEZ SOLANO Y ESPÍN) afronta una relación conflictiva entre padre e hijos, con dos juicios de faltas, e inserta en una mala y conflictiva separación entre el padre y la madre (7).

El Tribunal resolvió “la no existencia de malos tratos de obra e injurias graves” al ser precisa “la prueba de tales hechos por quienes pretendan obtener la declaración de su eficacia, cosa que no se ha realizado en el presente caso”.

Hasta aquí no puede ser más correcta la doctrina de la Sentencia. El problema surge cuando, una vez negada la causa de desheredación por no haber sido probada –cosa que resolvía la litis con perfecto ajuste al Código civil y a la doctrina hasta entonces mantenida siempre por nuestro Tribunal Supremo– añade con absoluta innecesariedad:

“... sobre todo cuando estas causas deben interpretarse restrictivamente por aplicación del Principio General de Derecho “odiosa sunt restringenda” y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos por los arts. 806, 807 y 808 de la Ley civil sustantiva”.

B) Crítica de la STS 30-septiembre-1975

A mi humilde y personal juicio, esta sentencia resulta particularmente desacertada. En lugar de ocuparse de lo que constituye su objeto primero e indudable, que es “decidir sobre el objeto de la litis

(7) Esta resolución judicial bien podría ser llamada “la sentencia de los Federicos”, ya que Federico se llamaba el desheredante y Federico se llamaba el desheredado. Pero no termina todo ahí: el Ponente también se llamaba Federico.

y la razón inmediata de su decisión, en estrecha vinculación con el caso concreto”, trata de dogmatizar y crea una regla de análisis que no está en el Código civil, haciendo afirmaciones literalmente extravagantes y, por ello, desacertadas.

En su caso concreto, debería haber dejado sentado que no se probaron los “malos tratos” o las “injurias graves” alegadas en el caso concreto y que, por tanto, no concurría causa legal de desheredación.

Sin embargo, resuelta la litis por falta de pruebas, introduce un discurso extra-litigio y extravagante (“porque vagaba fuera de la litis”) en ese párrafo crucial –antes transcrito– alegando como único fundamento el principio “odiosa sunt restringenda”.

La Sentencia parecía encajar en la doctrina legal del TS con perfecto ajuste. Claramente se inserta en la corriente jurisprudencial de exigir la “prueba de los hechos alegados” y de que tales hechos sean “causa legal de desheredación”.

Pero inserta en esta corriente jurisprudencial totalmente ajustada al Código, de pronto abre una vía de razonamiento en la que se aparta por completo de la corriente legal, hasta el punto de abandonarla. Y esto es lo que sucede cuando afirma tajantemente que las causas de desheredación “deben interpretarse restrictivamente”.

Además –y esto es lo más grave–, sin que inicial y aparentemente se note demasiado el cambio. Parece que la sentencia sigue la dirección correcta y, sin embargo, se ha desviado. Ha tomado una dirección totalmente distinta. Podría decirse que el tren –que iba en la dirección correcta– de pronto ha efectuado un “cambio de agujas” que hace que se desvíe en errónea dirección, apartándose del Código civil y de la previa Jurisprudencia.

C) Otras sentencias posteriores

A partir de esta pionera sentencia del 75, los saltos en el vacío los van dando cada una de las sucesivas sentencias que acogen ese párrafo generalizado y que, generalizándolo cada vez más, lo van repitiendo –ya sin razonamiento, por puro mimetismo repetitivo– una y otra vez.

Es lo que hacen otras dos sentencias posteriores, también del Tribunal Supremo, como son las de 28-junio-1993 y 4-noviembre-1997.

A) STS 28 de Junio de 1.993:

“ ... pues las alusiones genéricas que aducen los herederos, referidas a otras injurias o insultos, no pueden tenerse en cuenta dada su falta de justificación suficiente; y mucho más cuando ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el artículo 848 del texto legal, sino también la abundante Jurisprudencia orientada en la defensa de la sucesión legitimaria; no admitiéndose; ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*”.

B) STS 4 de Noviembre de 1.997:

“ ... porque los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado (negativa a prestar alimentos sin motivo legítimo, malos tratos de obra o injurias graves de palabra), la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley ...”

2.º Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales

A estas sentencias del TS siguen (ya sin mayor análisis ni esfuerzo y dando por supuesto lo certero del criterio “extravagante” ideado por la STS de 1975) abundantes Sentencias de varias Audiencias que ya ni discuten intelectualmente la bondad del criterio de interpretación restrictiva, que dan por bueno.

Este grupo de sentencias –siguiendo el camino de la “descarriada” sentencia de 1975– mantienen una “interpretación restrictiva de la desheredación” que prácticamente suprime la figura, destruyéndola de nuestro Derecho sucesorio. Como si la pura relación biológica “paterno-filial” o “filio-paternal” fuera toda la razón y única razón de la legítima.

Son de citar aquí:

- AP León 16-octubre-1998
- AP Mallorca 28-febrero-2000
- AP Jaén 27-junio-2003
- AP Salamanca 1-marzo-2004
- AP Palencia 28-abril-2005

Ejemplos de esta corriente restrictiva:

— Hay sentencias (SAP Palencia 28-abril-2005 y SAP Valencia 12-febrero-2002) que no consideran probado un mal trato de obra porque sólo un testigo declaró –en el primer caso- que “los hijos habían arrojado al padre por las escaleras” y –en el segundo caso- que “se tenía que haber muerto como un perro”;

— Hay sentencias (como SAP León 16-octubre-1998) que consideran que no es causa de desheredación que “el testador fuera expulsado del hogar familiar, en el que vivían sus dos hijas y su esposa, teniendo que ir a casa de un familiar, sin ropa”.

3.º Contradicciones de la Jurisprudencia de las Audiencias

Como efecto secundario de esta interpretación restrictiva, se ha producido una cierta “desorientación” en algunas sentencias de Audiencias.

Así:

— Hay sentencias que afirman que ejercer acciones judiciales penales contra el padre (dos juicios de faltas) no constituye causa legal de desheredación (STS 30-septiembre-1975).

Y sin embargo, otras (como la SAP Palencia de 20-abril-2.001) estiman que ejercer una acción judicial civil contra la madre sí es causa de desheredación, pues provocó a la madre un “quebrando psicológico” que constituye un “maltrato psíquico” y un “maltrato de obra”.

— Hay sentencias que niegan que llamar “hijo de puta” al padre sea causa de desheredación (SAP Burgos 22-septiembre-2004 y SAP Madrid 7-marzo-2000;

Y sin embargo, la STS de 16-julio-1990 había estimado que sí es causa de desheredación llamarle “hijo de perra cabrón”, “cabrón hijo de puta” e “hijo de perra”.

4.º Conclusión del análisis

A mi humilde juicio, la sentencia del 75 y la corriente jurisprudencial que la ha seguido encajan perfectamente en esta perspicaz y

agudísima crítica que Díez Pícazo hizo hace ya muchos años, en 1966 (incluso antes de dictarse la tal sentencia):

“... Lo normal es ... recoger de la sentencia una afirmación cualquiera y, abstrayéndola, por una parte del caso dentro del cual había nacido ..., y por otra parte separándola del resto de la sentencia, GENERALIZARLA, de manera tal que es a esta pequeña máxima o afirmación así abstraída y generalizada a lo que usualmente denominamos “jurisprudencia”. Un modo de proceder semejante es totalmente arbitrario”.

“Es curiosísimo este peculiar modo de proceder de nuestra jurisprudencia en la utilización de sus propios precedentes, mediante este aislamiento, abstracción y generalización de una máxima o de una afirmación que, desvinculada del caso en que nació y al cual servía, adquiere por decirlo así, vida propia y va dando saltos en el vacío conduciendo a resultados que no dejan de producir sorpresa”.

“El precedente no es nunca una anterior afirmación escueta. El verdadero precedente judicial es siempre un caso decidido”. (8).

Perfecto.

Nada se puede añadir.

Si acaso, sólo, la patente necesidad de una reorientación de nuestra Jurisprudencia en este punto, que debe –a mi juicio– acometer el Tribunal Supremo mediante una futura rectificación de su doctrina legal.

V. LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA DESHEREDACIÓN

¿Cuál debe ser entonces la interpretación correcta de la Desheredación y de las Causas de desheredación?

Sin duda, la que impone el Código civil.

Que lo hace en uno de esos preceptos de importancia capital

(8) Díez Pícazo: *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, volumen primero, Editorial Tecnos, Madrid, 1.966, p. 35 y 37 del Prólogo.

en los que se contiene todo, aunque aparentemente no se vea. Me refiero, claro, a la única norma general que fija conforme a qué criterios debe interpretarse todo testamento y cada una de sus cláusulas: el artículo 675 del Código civil:

“Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.

En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento”.

Como es sabido, este precepto impone el criterio llamado de búsqueda de la “voluntas spectanda” como Principio rector en la interpretación del testamento, es decir, el de descifrar la verdadera intención del testador, lo que de verdad quiso el causante (9).

Eso supone que no pueden prevalecer:

- ni voluntades “verdaderas” que resultan de afirmaciones orales presuntamente hechas por el testador en vida a personas de su entorno y que no se han volcado a un testamento.

- ni voluntades “verdaderas” que no tienen posibilidad de enlace, apoyo o conexión –ni siquiera remoto- con los términos utilizados en el testamento válido.

- ni voluntades que choquen con los términos literales del testamento.

Por tanto, la interpretación de un testamento debe atenerse a los términos concretos utilizados. Pero con la referencia principal de buscar la verdadera voluntad, “más allá de las palabras, pero por el camino que marcan las palabras usadas”.

Aplicado a nuestro tema de las Causas de desheredación, ello supone buscar siempre la “voluntad de desheredar” del causante, indagando en esa voluntad para saber si la base literal de las palabras usadas es conciliable con el propósito básico del testador: excluir a uno de sus herederos forzosos de todo derecho en su herencia.

(9) Véase por completo: JORDANO BAREA: *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958, 148 páginas.

Sinceramente, en todos los casos de testamento con cláusula de desheredación que me he encontrado, esa voluntad excluyente es siempre manifiesta, patente, incluso a veces “salta a la vista y grita al oído” de clara que es en el documento.

Por tanto, nada de interpretación restrictiva y, por el contrario, interpretación a la búsqueda de si la voluntad de excluir a un legitimario es verdadera y tiene apoyo en el tenor literal de la cláusula. Hay que interpretar para que la desheredación –igual que los demás institutos del Derecho sucesorio– despliegue su eficacia jurídica práctica querida, si se ha hecho en la forma que ordena el Código civil.

Este criterio del art. 675 y su pauta interpretativa debe sólo ser modalizado o afinado –aún más– con el criterio general de interpretación “conforme a la realidad social de nuestros días” que impone el Código civil en su Título Preliminar. No es necesario recordar aquí el valor “cuasi constitucional” que tiene nuestro Título preliminar.

Dice nuestro Título Preliminar en su art. 3,1:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Esta atención a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” resulta un factor de interpretación muy enriquecedor, que da una vuelta más de tuerca, una profundización en el criterio que impone el artículo 675 del Código.

Porque cuando éste dice que hay que buscar la “verdadera voluntad del testador” atendiendo a las “palabras literales usadas en el testamento”, está claramente pensando sólo en el mundo propio y personal del otorgante; pero, por mandato del art. 3,1, ese mundo personal del testador puede ya hoy ser interpretado tomando en consideración el mundo exterior de la “realidad social de hoy”.

Estarán pensando los lectores que me estoy desviando del tema de mi exposición. Pero no es así: estoy señalando los criterios atendibles para la interpretación, pensando siempre en las causas de desheredación. Y, en particular, estoy planteando estos criterios con los que se deben interpretar todas las causas de desheredación que el Código prevé.

Pensando (especialmente pero no exclusivamente) en las dos únicas "causas generales" de desheredación: el "maltrato de obra" y la "injuria grave de palabra" que consagra el artículo 853, 2º del Código civil. Estas son las dos únicas causas que tienen potencia y fuerza de concepto general, porque llevan dentro de sí conceptos generales indeterminados, que son los que se rellenan en mayor medida de un contenido cambiante, siempre adaptado a la realidad social de cada momento.

VI. LA CONFIRMACIÓN DE NUESTRO CRITERIO

Las líneas directrices utilizadas en el presente trabajo fueron ya trazadas en la Conferencia que –dentro de las "II JORNADAS del COLEGIO NOTARIAL de EXTREMADURA"– tuve el honor de exponer el día 1 de Abril de 2.011.

Allí se encontraba en esencia todo lo que hoy defiendo por escrito, más extensa y fundadamente en este momento. Pero debo decir que con posterioridad a esa Conferencia, he encontrado un argumento de la más alta autoridad en favor de mi planteamiento, argumento que me ha reafirmado definitivamente en él.

Me refiero al breve comentario de jurisprudencia publicado en el segundo volumen del año 1976 del "ANUARIO DE DERECHO CIVIL" bajo la firma de "CB" (10). Creo no atentar contra ninguna norma de propiedad intelectual, ni tampoco desvelo nada que no supieran muchos de los colaboradores y lectores del "Anuario", si digo que bajo ese pseudónimo se encontraba nada menos que Don Federico. Es decir, Federico DE CASTRO Y BRAVO, fundador, director y alma del Anuario de Derecho Civil.

Y digo esto, porque la crítica de Federico De Castro a esta Sentencia de 30-septiembre-1975 es literalmente inapelable (por supuesto, de mucha más altura jurídica que la que yo he realizado en los párrafos anteriores).

(10) "*Desheredación.-Declaración unilateral de voluntad-Repudiación del desheredado*", por CB, ADC, tomo XXIX, fascículo II, abril-junio 1976, p. 557-578.

Y para comprobarlo –sin perjuicio de remitir a una lectura completa del comentario jurisprudencial–, basta con destacar los siguientes párrafos de su trabajo (los subrayados son míos):

1) Respecto a la interpretación restrictiva de las causas de desheredación:

“Este criterio interpretativo (se refiere al criterio restrictivo) creo que bien merece ser estudiado con despacio dada la importancia práctica que puede tener su aceptación en virtud de la autoridad, bien ganada, de todo lo dicho por nuestro Más Alto Tribunal.

La frase antes citada, no más leída, plantea esta duda: ¿tiene naturaleza de principio general de Derecho el dicho “odiosa sunt restringenda”?

Pero ni su antigüedad ni su carácter, en apariencia equitativo, la convierten en un principio general del derecho.

La doctrina antigua nos ha dejado un cuidado y minucioso estudio de la regla “odiosa”. De ella se saca la consecuencia de que en el fondo, como tantas otras reglas sobre interpretación, es un cascarón vacío; y más que criterio o principio para orientar la práctica, un adorno retórico, utilizable a discreción” (página 562).

“En tal respecto, habría de tenerse en cuenta que las enumeraciones establecidas en las leyes con carácter exhaustivo y que por ello no permiten su ampliación por analogía, no suponen que haya de interpretarse restrictivamente el alcance de cada uno de los supuestos enumerados.

Y será este número cerrado de las causas de desheredación lo que explica que Gregorio LÓPEZ considere “odiosa” en general la desheredación. Consideración restrictiva que no se extiende a la interpretación de cada una de las causas de desheredación establecidas” (página 563).

“... se establece así el número cerrado de causas de desheredación (artículo 848). Mas ni en el texto del Código ni en sus antecedentes se encuentra motivo alguno para inclinarse por la interpretación restrictiva de cada una de las causas de desheredación.

El Tribunal Supremo (sentencia de 3 de diciembre de 1946), aunque respecto de otra causa de desheredación, ha creído deber rechazar la aplicación de un criterio restrictivo y, por el contrario, salirse de la letra de la ley para buscar su finalidad” (páginas 565 y 566).

2) Respecto al encaje legítimas-desheredación:

"... si bien la legítima puede considerarse derivada de los deberes de los padres hacia los hijos, habrá también que tener en cuenta las obligaciones de los hijos respecto de los padres y que las causas de desheredación se establecen por la ingratitud del hijo" (página 564).

"No parece en cambio que ocasione dificultades la desheredación. Admitidas las legítimas, parecía natural poner como contrapeso a dicha restricción del poder paterno, unas posibilidades de sancionar las violaciones más escandalosas de los principales deberes familiares" (página 565).

3) Respecto a la justicia intrínseca de la desheredación:

"La desheredación como correctora de la imposición de las legítimas, la explica GARCÍA GOYENA así: el número de los hijos ingratos es mucho mayor que el de los padres injustos, cuyo corazón está siempre abierto al perdón del hijo arrepentido y lleva muchas veces hasta la tumba el silencio sobre el extravío del incorregible".

"No hay, pues, que temer el abuso de esta facultad, restringida por otra parte a casos gravísimos, y cuya certeza o inexistencia tiene que probar el heredero.

El legislador se ha encontrado frente a dos principios respetables de piedad familiar, el de la protección del futuro del hijo y el del debido respeto a los padres; ante su posible choque, ha buscado una fórmula equilibrada, que palíe la obligatoriedad de la legítima con la facultad de desheredar. No parece, por ello, adecuado calificar de odiosa a esa limitación impuesta por la legítima al poder del padre de disponer libremente de sus propios bienes; por la misma razón, no resulta apropiado para la desheredación adjetivarla de odiosa" (página 568).

El comentario del maestro Federico DE CASTRO a esta sentencia de 30-septiembre-1975 no puede ser más certero, profundo y penetrante. Es un juicio magistral y sin recurso posible.

Y para quien esto escribe, es la demostración más completa de que lo que primero fue en mi mente intuición y luego exposición pública merecía ser publicado (además de un motivo de orgullo personal, por mantener sin saberlo un plan-teamiento totalmente

concordante con uno de los más grandes juristas españoles del siglo xx).

Además de lo ya expuesto, creo que este trabajo merece ser destacado desde otro punto de vista. En efecto, es sabido que la más relevante aportación de Federico DE CASTRO se realizó dentro de lo que doctrinal y sistemáticamente llamamos la "Parte General" del Derecho Civil.

De ello son prueba irrefutable sus obras mayores: el "Derecho Civil de España" y "El Negocio jurídico". Pero también sus trabajos monográficos se desenvuelven básicamente en esta llamada Parte general, centrándose en la persona y los bienes de la personalidad en la persona jurídica, en sus posibles abusos, ... Y cuando publicó fuera de esta Parte general, fue para expandir su magisterio en el campo del Derecho de la contratación (condiciones generales, límites intrínsecos de la autonomía de la voluntad, ...)

Pero no se ocupó específica y monográficamente de ninguna cuestión propia del Derecho de sucesiones. Sólo lo hizo en "El Negocio Jurídico" al tratar –breve pero como siempre, magistralmente– de la interpretación del testamento (p. 85-87), el error del testador (p. 127-131) o la forma en el testamento (p. 280-281).

Por lo cual, se puede afirmar que este trabajo publicado en el Anuario en 1.976 es el trabajo más importante de DE CASTRO en materia sucesoria, todavía más incluso que el artículo –también publicado en el mismo Anuario– sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares.

VII. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA DESHEREDACIÓN

Aquí termina mi exposición más doctrinal sobre la Desheredación. Pero volviendo de nuevo a las palabras del Maestro Joaquín GARRIGUES (nunca suficientemente destacadas), voy a proyectar y aplicar estas ideas sobre casos de la "vida real" –cada vez más viva y más real en este campo– como demostración de que nosotros los Notarios somos y debemos ser artífices del "Derecho vivo", además de estudiosos del "Derecho teórico".

Por eso, la interpretación a la búsqueda de la "voluntas spec-tanda", hecha conforme a la "realidad social" de hoy, aconseja este criterio de interpretación:

A) "Injuria grave de palabra"

Las injurias graves de palabra han sido interpretadas por alguna sentencia excluyendo las hechas por escrito. Evidentemente, una tal interpretación restrictiva no se sostiene: hay que entender en sentido finalista que también hay injurias graves cuando se hacen por escrito. Incluso mucho más. Y también cuando se efectúan a través de una conversación telefónica, o un mensaje SMS, o un correo electrónico, o a través de un blog o de una red social, etc, ... Es decir: por cualquier medio que canalice una "palabra escrita" o una "palabra hablada", incluso medios que hoy todavía no conozcamos y que el progreso futuro nos vaya poniendo a disposición.

Las injurias graves –además– no necesitan ser repetidas. Basta con que se hayan producido en una ocasión. No es admisible el criterio de la SAP Burgos 22-septiembre-2004, que afirma que llamar una vez "hijo de puta" al padre no es causa de desheredación. En esta línea propugnada por nosotros, contamos con la STS de 16-julio-1990, que estima que sí es causa para desheredar llamar a un legitimario "hijo de perra cabrón", "cabrón, hijo de ..." e "hijo de perra". Y no creo que la razón de la causa de desheredar sea repetir tres veces el epíteto en lugar de una sola.

La "injuria grave" como causa de desheredación –creo– abarca y comprende con mayor motivo "la calumnia". Ya se sabe que injuria y calumnia van de la mano, ambas son figuras tan cercanas, que insensiblemente se pasa de una a otra. No en balde los dos tipos están regulados en nuestro Código penal en un mismo Título (el XI) y los dos tienen un mismo bien jurídico a proteger, pues ambos son "delitos contra el honor". Y no debe olvidarse que "la injuria es el tipo básico de estas infracciones, mientras que la calumnia no es más que un supuesto específico de la injuria" (MUÑOZ CONDE). Aquella en que la injuria proferida integra un tipo delictivo.

"Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación" (art. 208).

"Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (art. 205).

B) "Maltrato de obra"

Para el maltrato de obra debe aplicarse el mismo criterio anterior, es decir: interpretarlo en los términos actuales en los que nuestra sociedad estima que existe "maltrato" o "malos tratos" o "tratos humillantes y vejatorios", tanto al hilo de las causas de separación y divorcio, como de las causas de privación de la patria potestad, como de las causas de indignidad sucesoria. Y en igual medida para hombres que para mujeres. Y lo mismo en la desheredación de ascendientes que en la de descendientes.

El Ordenamiento Jurídico exige una mínima coherencia y sistema, de manera que el mismo criterio de medir malos tratos que –por ejemplo– se utiliza hoy por los Tribunales en los casos de violencia de género, se debe aplicar cuando de causas de desheredación se trata. Esta es la única perspectiva posible.

C) "SAP"

Me voy a referir por último al SAP, siglas que como muchos de Uds. conocerán aluden a un trastorno, a una patología clínica cada día más frecuente y que responde al nombre de "Síndrome de Alienación Parental" (y que en su originaria formulación anglosajona provoca unas siglas inversas: PAS: "Parental Alienation Syndrome").

La descripción del SAP como una Patología clínica es, sin duda, mérito del norteamericano Richard GARDNER, Profesor de Psiquiatría Clínica de la Universidad de Columbia (11).

GARDNER –perito judicial y forense– formuló su análisis en un célebre artículo de 1985 en el que, en el contexto de las disputas entre cónyuges por la guarda y custodia de los hijos al tiempo del divorcio, observó la campaña de difamación que algunos hijos ejercían contra uno de sus progenitores. Y esto es esencial, sin ninguna justificación. Profundizando más, observó cómo esta campaña injustificada de difamación provenía de la influencia perversa del otro progenitor.

(11) GARDNER: *Recent trends in divorce and custody litigation*, Academy Forum, 1.985, 29-2, 3-7. Véase también otro trabajo suyo: *Legal and Psychotherapeutic Approaches to the three types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law join forces*, Court Review, volumen 28, 1991, 1, p. 14-21.

Para acabar describiéndolo como el resultado de la “combinación del lavado de cerebro y sistemático adoctrinamiento de uno de los progenitores sobre el menor, retroalimentado por las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del otro progenitor, objetivo de la campaña de insultos y difamación”.

Pero si fue mérito del norteamericano Richard GARDNER la primera descripción del Síndrome, en España contamos con otro gran profesional que ha sabido exponer, sistematizar y divulgar el SAP. Me refiero, claro está, a José Manuel AGUILAR, Psicólogo clínico y forense en Córdoba y autor, entre otros trabajos, de un magnífico libro cuyo subtítulo es revelador: “Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro” (12).

Tomando expresiones propias del Derecho de la Propiedad Industrial, podríamos afirmar que si a GARDNER le corresponde la “Patente de invención” del SAP, a José Manuel AGUILAR le corresponde la “Patente de introducción” en España.

La capacidad de síntesis de José Manuel AGUILAR al definir el Síndrome nos permite concluir ya este pequeño paréntesis clínico, no jurídico. Lo define así:

“SAP es el proceso de programación de un hijo para que odie, de modo irracional, al otro progenitor, estableciendo un pacto de lealtad y un vínculo afectivo con el progenitor alienador que le vuelve dependiente de sus pensamientos y razones hasta lograr que el propio descendiente contribuya, de modo espontáneo, a la campaña de denigración”.

Hasta aquí, el paréntesis clínico y psicológico. A partir de aquí, volvemos a lo jurídico. Y en este punto, hay que preguntarse ¿qué consecuencias tiene el SAP en términos de estricto Derecho?

Varias y en varios campos. Ad exemplum:

1.º Guarda y custodia de los hijos:

El SAP ha sido expresamente contemplado en este punto con ocasión de divorcios contenciosos. Se puede decir que son ya cen-

(12) AGUILAR CUENCA: *S.A.P. Síndrome de Alienación Parental*, Editorial Almuzara, Córdoba, 2004. Véase también otro libro suyo: *Con papá y con mamá*, Editorial Almuzara, Córdoba, 2006.

tenares las Sentencias dictadas tomando en consideración el SAP y resolviendo en función de él. Fijando Medidas definitivas a la vista de la situación de hijos con este Síndrome, que incluso muchas sentencias mencionan por su nombre o por sus siglas.

2.º En materia penal

El SAP ha sido expresamente contemplado, al menos, en dos sentencias (AP Vizcaya y AP Zamora) que han condenado la conducta del progenitor alienador como delito de "malos tratos habituales en el ámbito familiar" (art. 173,2 C. penal), castigando al que ejerce violencia psíquica sobre su hijo menor de edad.

3.º En la Legislación de menores:

El SAP está siendo tomado en consideración, cada vez con más presencia, en la Legislación protectora y tuitiva del menor. No en balde, su esencia consiste en que un progenitor utiliza al hijo menor como un verdadero dardo envenenado contra el otro progenitor (como un verdadero kamikaze), prescindiendo del daño –casi siempre de difícil superación– que el progenitor malvado está causando en su propio hijo.

4.º A todo lo ya expresado, quiero yo añadir hoy otra consecuencia importante que en materia jurídica tiene el SAP. Me refiero al SAP como "justa causa de desheredación".

Continuando con el símil anterior, aunque el menor es utilizado por el progenitor malvado como dardo, no es sólo un dardo pasivo, porque en su grado severo, el menor también aporta su propia carga de veneno, también pone de su propia cosecha en contra del progenitor víctima. Por eso es un dardo que no sólo recibe carga ajena, sino que también disfruta haciendo diana contra su víctima.

Pues bien, yo me atrevo a afirmar que un SAP, en grado severo (es decir, en su máximo desarrollo y grado) constituye una justa causa de desheredación de un hijo por parte de su progenitor.

Es perfectamente encuadrable –a mi juicio– en los "malos tratos de obra" del artículo 853, 2.ª del Código civil. Y con una peculiaridad: que sólo el progenitor víctima del SAP puede desheredar; el otro progenitor –el llamado "alienador"– no puede hacerlo en nin-

gún caso. Casi podría afirmarse, por el contrario, que es el "autor intelectual" de la conducta del hijo desheredado. Y merecedor de una condena a indemnizar a su propio hijo en el futuro, cuando éste se libere del SAP.

VIII. CONCLUSIÓN

Lo que he pretendido con esta exposición es que, junto con las demás piezas que forman la legítima, la desheredación –que es una más de esas piezas– forme parte de nuestra vida jurídica ordinaria, como una herramienta más dentro del juego de nuestro sistema legitimario. Y no como algo casi enfermizo y anómalo, un acontecimiento excepcional totalmente fuera de la vida del común de los testadores.

Porque la familia era en el pasado (y desde luego en 1889, fecha de nuestro Código civil) una familia cognaticia y patriarcal. Además de que no existía la Seguridad Social –punto en extremo importante–, la familia patriarcal era un factor determinante de las conductas individuales de cada uno de sus miembros.

Hoy ya no.

Hoy ya, la familia es puramente la familia nuclear: progenitores y una generación de hijos. Y con un porcentaje de divorcios que alcanza a 2 de cada 3 matrimonios celebrados, las familias monoparentales (procedentes de separaciones, divorcios, progenitores solos, adopciones unipersonales, ...) son cada vez más frecuentes, hasta el punto de que –quizás– estén ya cerca de la mayoría.

Y además de la importancia de la Seguridad Social, hoy ya la familia no marca determinadamente la vida y derrotero individual de cada uno de sus miembros, que pueden seguir y de hecho siguen trayectorias totalmente diversas, antagónicas y de desmembración e ignorancia recíproca completas. Es decir: hoy sólo existe la familia nuclear, con muchos problemas de convivencia y abundantes casos de desgarramiento irrecuperable.

Hay que dar "aire" a nuestro sistema legitimario para permitir que canalice no sólo los casos de "perfecta e idílica armonía familiar", sino también los casos –cada vez más frecuentes– de complejas relaciones, enfrentamientos personales y enquistadas relaciones malignas o, cuando menos, irresolubles.

Por ello y para ello, hay que permitir a los testadores hacer uso de la desheredación con normalidad y sin restricciones ilógicas, como una faceta más de su libertad de testar en la que pueden diseñar "trajes individuales" para cada uno de sus legitimarios.

Sin que el hecho de pertenecer a un grupo, sea el de "descendientes", sea el de "ascendientes", deba conducir a un igual tratamiento a todos sus integrantes. Porque "casos iguales" piden un trato igual, y "casos desiguales" exigen tratamientos desiguales.

En conclusión:

En el momento presente, la desheredación es el oxígeno, el respiradero que necesita nuestro "Sistema de Legítimas" para dar cabida a las actuales situaciones familiares, en muchos casos extremas. Y para permitir que el testador pueda hacer justo "en cada caso concreto" el sistema legitimario del Código civil.

Porque la desheredación –no se olvide– pertenece al ámbito de la Libertad de testar. No de la libertad de testar arbitraria, sino de la Libertad de testar fundada y justificada.

Aceptado en estos términos el juego de la Desheredación, puede afirmarse que el sistema de nuestro Código civil, más que una Legítima de 2/3 es casi una Legítima de 1/3, incrementable a voluntad del testador, en función de la conducta de cada legitimario.

EI CÓDIGO CIVIL Y SUS CONTRADICCIONES: ¿CUESTIÓN RESUELTA?

(125 Aniversario del Código Civil)

Francisco Javier Monedero San Martín
Notario

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA DONACIÓN Y SU PERFECCIÓN
- III. EI ACRECIMIENTO EN LAS DONACIONES HECHAS
CONJUNTAMENTE A AMBOS CÓNYUGES Y SU POSIBLE
COLISIÓN CON EL RÉGIMEN ESPECÍFICO DEL DERECHO
DE REVERSIÓN
- IV. LA "CONTRADICCIÓN" EN LA SOLUCIÓN LEGAL
A LA TRANSMISIÓN A SUS RESPECTIVOS SUCESTORES,
DE LOS DERECHOS DE HEREDERO O LEGATARIO, CUANDO
ESTÁ PENDIENTE EL CUMPLIMIENTO DE UNA CONDICIÓN
- V. LA POSIBLE CONCILIACIÓN DE LO DISPUESTO EN
LOS ARTÍCULOS 820-1.º Y 2.º Y 887 DEL CÓDICO CIVIL

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado ya quizás demasiados años para volver a replantearse una crítica sobre los aciertos o desaciertos que supuso en su día la publicación de nuestro Código Civil. Por ello, valgan por todos los comentaristas que se ocuparon en su día de esta cuestión, las palabras que al respecto inmortalizó D. Federico DE CASTRO cuando escribió (1): “No es el Código la obra cumbre que correspondía a nuestra gloriosa tradición jurídica; pero dentro de su consciente finalidad modesta; ha sido y sigue siendo útil; sus autores merecen respeto y agradecimiento, porque a pesar de lo desfavorable de los tiempos y circunstancias en que lo redactaron, han sabido conservar la esencia tradicional de nuestro derecho y hacer elegantemente, con los mismos medios, una buena obra española”.

1. La perdurabilidad de la regulación básica contenida en el Código Civil.— Pero si cualquier consideración crítica ha pasado a ser ya por el devenir de los tiempos una cuestión menor, no deja de ser importante el que podamos destacar, que, pese a haber transcurrido ya ciento veinticinco años desde la publicación del Código Civil, la trascendental evolución y profunda transformación de la sociedad española, no ha sido suficiente para condenar al olvido la regulación que éste dedicó a la mayoría de sus instituciones. Y así, dejando a salvo las modificaciones que se fueron paulatinamente introduciendo para la necesaria adaptación de alguna de sus instituciones, a las nuevas realidades sociales, familiares, patrimoniales y financieras, aquellas en gran mayoría, siguen encontrando su básica regulación en la primitiva regulación del Código Civil. De acuerdo con ello, siguen prácticamente vigentes, y con la notable excepción de lo concerniente al régimen económico matrimonial, los contenidos del Libro Segundo relativo a los Bienes, de la Propiedad y sus Modificaciones, los del Libro Tercero concerniente a “los Diferentes modos de Adquirir la Propiedad” y el Libro Cuarto, que se ocupa “de las Obligaciones y Contratos”.

(1) Derecho Civil de España, Parte General, Tomo Primero, Editorial Casa Martín, Valladolid, 1942, p. 174.

2. El Código Civil y sus posibles antinomias.– Es también evidente, que por haber sido mucho ya el tiempo transcurrido desde la fecha de publicación del Código Civil, haya habido multitud de ocasiones en las que frecuentes pronunciamientos judiciales, y agudos comentarios doctrinales, han tenido la oportunidad de destacar y en su caso denunciar, serias contradicciones en el contenido de alguna de sus disposiciones, siendo estas consideradas en algún caso como “antinomias irreductibles”. Y curiosamente estas, pertenecen en exclusiva al entorno de la donación o al marco de la sucesión testamentaria. En el primer caso, en lo que afecta al momento en el que tiene lugar la perfección de la donación, como acto o como contrato, (2) o al ulterior destino de determinados bienes que en su día fueron donados, cuando al fallecer el donatario concurren determinadas circunstancias; y en el segundo, a los efectos que se derivan del juego de determinadas condiciones testamentarias impuestas por el testador en su sucesión, o, al proceso de liquidación de una herencia, cuando la masa repartible es insuficiente para hacer efectivo el pago de todos los legados dispuestos por el causante en su testamento.

3. Casuística.– Constituye pues, el objeto del presente trabajo realizar un nuevo análisis “si cabe” de estas claras o aparentes contradicciones, con el propósito de añadir si posible fuere, algo más de luz sobre tan espinosa cuestión, pero sobre la base, de que lo que se pretende demostrar, es la plena coherencia de unos pronunciamientos legales, que a priori, y al ser interpretados y entendidos de una manera simplemente literal, parecen resultar incompatibles.

Por cuestiones sistemáticas y siguiendo el orden impuesto por el Código Civil para la regulación de las diferentes materias e instituciones, –sistema de GAYO– abordaremos en primer lugar la seria contradicción que resulta de los artículos 623 y 629 en materia de perfección de la donación, al establecerse en ambos consecuencias completamente distintas. A continuación nos detendremos en examinar los efectos aparentemente diferentes que, para una misma cuestión se deducen de lo establecido en los artículos 637-2 y 812

(2) “Cuestión esta de su naturaleza jurídica, que no es baladí, porque como veremos, puede condicionar y ayudar satisfactoriamente a interpretar y resolver adecuadamente la aparente contradicción”.

respecto del destino final de ciertos bienes, cuando habiendo sido donados conjuntamente por el donante a unos cónyuges, falleciera uno de ellos sin descendencia, pues en el primer precepto, el Código Civil se pronuncia por un derecho de acrecer de lo donado a favor del cónyuge supérstite, mientras que en el segundo, por el derecho de reversión a favor del donador.

Seguidamente, examináramos la antinomia que resulta de los diferentes efectos predicables por el Código Civil, en sus artículos 759 y 799 a las condiciones testamentarias establecidas por el testador en su testamento; y por último, la disparidad de criterio legal para resolver un mismo problema, que es el que se plantea, cuando el patrimonio hereditario no tiene consistencia suficiente para liquidar todos los legados ordenados por el testador, bien por tener que hacerse frente primero a la liquidación de las legítimas –artículo 820, bien al ser “per sé” objetivamente insuficiente, –artículo 887–.

II. LA DONACIÓN Y SU PERFECCIÓN

La espinosa cuestión resulta de los dos preceptos anteriormente mencionados, y cuya proximidad sistemática no dejaría de sorprender al intérprete si hubiera sido un simple error material, pues el legislador y por se fácilmente comprobable lo hubiera corregido antes de su inserción en el Código Civil. Y así, el artículo 623, establece que “La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación”, mientras que por su parte el artículo 629 concluye que “La donación no obliga a donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación”.

1. La contradicción en la literalidad legal.– En apretada y definitiva síntesis, mientras el primero de ellos seguiría la teoría del conocimiento para la perfección de la donación, el segundo, seguiría la tesis de la aceptación. Es decir, para el artículo 623, la donación quedaría perfeccionada y por tanto desplegaría su eficacia jurídica para las partes, en el momento en el que el donante tuviera conocimiento de que el donatario ha aceptado la donación. De acuerdo con ello, mientras no concurriera ese requisito, la donación sería ineficaz y no tendría carácter vinculante para el donante. Sin embargo, y para la teoría de la aceptación, que como vemos es la que consagra

el artículo 629, la donación sólo será eficaz a partir del momento en que el donatario la acepta, independiente de que este hecho lo conozca o no el donante. En el terreno práctico, el problema jurídico quedaría planteado, en las donaciones efectuadas entre ausentes, dado que entre presentes, aceptación y conocimiento de la aceptación coinciden, no planteando problema alguno.

2. Soluciones doctrinales excluyentes.– De acuerdo con esta visión estrictamente literal del tema, y al encontrarnos ante pronunciamientos legales contradictorios, la doctrina que podríamos considerar tradicional, se ha inclinado por buscar soluciones excluyentes, bien dando preferencia al artículo 623, bien en su caso al 629. (3)

3. Soluciones conciliadoras.– Sin embargo, la doctrina más moderna y actual, especialmente a partir de los trabajos de SÁNCHEZ BLANCO (4) y LAGUNA DOMÍNGUEZ (5), ha encontrado luz suficiente para demostrar y en base a múltiples y sobresalientes argumentos, que, en realidad ambos preceptos son compatibles al contemplar realidades diferentes.

4. Tesis de LAGUNA.– Para este autor, el artículo 629 se está refiriendo a la perfección del negocio jurídico donación, mientras que el artículo 623, únicamente viene a establecer, y al hilo de su dictado, la consecuencia que podría deducirse si el donante no conoce la aceptación del donatario, y es que aquel no pierde mientras tanto, la facultad de poder revocar la donación. Por tanto la donación produce sus plenos efectos desde que se acepta, pero sigue siendo revocable mientras el donante no ha conocido su aceptación. Es por tanto

(3) En cuanto a los autores partidarios de la primacía excluyente del artículo 623, y por su concordancia con el artículo 1262 del Código Civil, –que en sede de contratos consagró la tesis del conocimiento– destacan MUCIUS SCAEVOLA, CASTÁN, PUIG PEÑA, ESPÍN, y OSSORIO MORALES, mientras que fueron partidarios de la segunda consideración, autores como SÁNCHEZ ROMÁN, PUIG BRUTAU, CALVO SORIANO y GULLÓN BALLESTEROS.

(4) “Sobre la Naturaleza y la forma de la donación”. Información Jurídica, 1952, número 112, pp. 814 y ss.

(5) “Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la Naturaleza de la Donación” en *Revista de Derecho Privado*. Tomo XLVIII. Enero-diciembre 1964, pp. 275 y ss.

con este hecho, como y cuando la donación adquiere una firmeza plena y definitiva. Las consecuencias que se derivan de tan notable construcción, es que perfeccionada la donación por su aceptación, mientras esta sea desconocida en vida por el donante, –con lo cual nos estamos refiriendo sólo a la donación entre ausentes– este, la podrá revocar, siendo esta en todo caso una facultad personalísima e intrasmisible mortis causa. El peso específico de semejante construcción ha hecho que hayan sido numerosísimos los autores que se hayan sumado a la misma (6), y que también tenga su reflejo en la doctrina jurisprudencial. (7)

5. Posición de MARÍN CASTÁN.– (8) Partiendo de considerar a la donación como un acto de disposición, y no un contrato, entiende que el artículo 629 y en contraposición a lo que ocurre con los actos mortis causa exige el conocimiento de la aceptación del donatario como acto de disposición para en vida del donante, radicalmente diferente al testamento como acto de disposición para después de su muerte; y respecto al artículo 629, al estar este encuadrado sistemáticamente entre los artículos relativos a los sujetos de la donación, se está refiriendo a la aceptación del donatario, pero “no a la simplemente manifestada o emitida, sino a la que además es

(6) Entre ellos destacan, ALBADALEJO, “Comentarios del Código Civil”, tomo 1, Ministerio de Justicia 1991, pp. 1587 y ss., O’CALLAGHAN, “Código Civil Comentado y Jurisprudencia”. *La Ley*, 4.ª edición, mayo 2004, p. 621; GONZÁLEZ MENESES GARCÍA VALDECASAS, “Instituciones de Derecho Privado”, Thomson Cívitas 2004, tomo III, volumen 2.ª, pp. 745 y ss.

(7) Así, la Sentencia de 31 de Marzo de 2001, transcrita por O’Callaghan en la obra citada, aporta razones para dar preferencia a la aplicación del artículo 623, fundamentalmente por los Antecedentes históricos plasmados en el Anteproyecto, Proyecto de 1851 y Primera Edición del Código Civil, que establecían que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante, al igual que prevé expresamente la Ley 161 de la Compilación de Navarra; asimismo es de destacar que dicha Sentencia, configura la facultad de revocación como personalísima e intransmisible del donante mientras no haya tenido conocimiento de la aceptación del donatario, y admite que en el caso debatido la donación había quedado configurada jurídicamente como una donación traslativa de la propiedad y no como una donación obligacional.

(8) Comentario del Código Civil. Bosch. Tomo 4. Art. 609 al 857, pp. 174 y ss.

ya conocida por el donante, pues entiende, que de otro modo difícilmente podría sentirse o saberse obligado a nada”.

6. Posición de Díez Pícazo y Gullón.– Consideran que el ámbito de aplicación de ambos preceptos son diferentes, reservando el artículo 623 para la donación de cosa mueble que se hace por escrito o para la de inmuebles si la aceptación no se hace en la misma escritura, y el artículo 629 para la donación de muebles con entrega simultánea y la de inmuebles, con aceptación del donatario en la misma escritura de donación.

7. Nuestra posición.– Partimos de lo que a nuestro juicio es un axioma incuestionable: todo derecho para ser adquirido necesita un pronunciamiento o manifestación favorable por parte de quien vaya a adquirirlo; es decir, resulta imprescindible el concurso de su voluntad, bien exteriorizada de manera expresa, bien deducida tácitamente por la realización de hechos concluyentes por su sujeto adquirente. De acuerdo con ello, y en el marco del acto o negocio jurídico donación, la adquisición del derecho, y el desenvolvimiento estructural de sus efectos, irían en nuestra opinión condicionados por la configuración jurídica de la propia donación. Y en este sentido, entendemos:

A) Donación dispositiva.– Que si la donación es un modo de adquirir, y como tal se configura negocialmente por las partes, estaríamos en presencia como define el Código Civil en su artículo 618, del “acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta”. Con ello, resultaría que acto de disposición y acto de aceptación son consustanciales a este negocio jurídico, de manera que sin el concurso de ambos requisitos, no habría donación. Y esta es la donación que el Código Civil considera con autonomía singular como uno de los diferentes modos diferentes de adquirir la propiedad (9). Es decir un modo

(9) Artículo 609 Código Civil: “La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción”.

independiente que determina la adquisición del dominio, como lo es la ocupación, la sucesión, el contrato o la prescripción adquisitiva o usucapión.

Desde esta perspectiva, “donación-modo autónomo de adquisición de la propiedad” el artículo 629 desplegaría todo su sentido, ya que la concurrencia abstracta del acto de disposición del donante con el acto de aceptación del donatario culminaría su proceso de perfección al configurar ambos actos el negocio dispositivo, y haciendo desplegar todos sus efectos a la donación.

B) Donación obligacional.– Ahora bien, si la donación se estructurase por las partes interesadas, no como un acto dispositivo, sino como un negocio jurídico en el que el donante se obliga a ceder o transmitir gratuitamente una cosa a un tercero, estaríamos incardinando la donación en una sede diferente, concretamente en la esfera contractual. Esta tesis de la doble naturaleza de la donación defendida en su día por SÁNCHEZ BLANCO con sólidos y firmes argumentos (10), encuentra también su fundamento en que con arreglo al artículo 621 del Código Civil, la regulación legal de las donaciones se completa por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos”, ello por tanto, no excluye que el donante, y en base al principio de la autonomía de la voluntad –que en los negocios gratuitos se condensa en la máxima que la voluntad del disponente sea la ley de la disposición–, articule la donación bajo la forma y fórmula de un contrato. Esta línea de opinión, y aún cuando no ha encontrado excesivo reflejo en la doctrina posterior, entendemos que resulta muy acertada, pues no hay razón legal alguna para que no pueda configurarse por tanto la donación, como un negocio jurídico obligacional, y cuya única singularidad respecto a un negocio oneroso, sería la ausencia de equivalencia o reciprocidad contractual.

(10) Obra citada, pp. 809 y ss., y en donde concluye afirmando y respecto a la donación-contrato que “el contrato obligacional de donación se perfecciona por el mero consentimiento de las partes sin que sea precisa la entrega de la cosa; pero no produce inmediatamente el desplazamiento real de la misma sino tan sólo una obligación en el donante y un crédito en el donatario cuyo contenido es una prestación de dar del primero a favor del segundo y que tiene por objeto la cosa donada o el derecho donado. La atribución patrimonial verificada a título o por causa de liberalidad, no es aquí una atribución real, sino obligacional”.

En definitiva, estaríamos en presencia de un contrato gratuito, en el que el donante se obliga a donar, y el donatario adquiriría el derecho de aceptar. En cualquier caso, tanto la donación como acto dispositivo, como la donación como contrato, tendrían en común la necesidad de la aceptación del donatario, pero ambas tendrían un significado o unas consecuencias completamente diferentes.

C) Significado diferente de la aceptación de la donación dispositiva y de la aceptación de la donación obligacional.

En la donación dispositiva, el donante efectivamente dispone, con lo cual este realiza por su exclusiva voluntad un acto de naturaleza unilateral que sólo necesita la aceptación del beneficiario para ingresar la cosa donada en su patrimonio, perfeccionando con ello la donación como negocio jurídico dispositivo. Por ello entendemos que una vez exteriorizada y acreditada la voluntad unilateral de donar, si todavía la aceptación no ha recaído, el donante y en la medida que su acto no ha trascendido más allá de la órbita de su propia voluntad, podrá revocar su acto de disposición; pero siempre como decimos, que dicha revocación sea inocua por no haber recaído todavía la aceptación del donatario. Y ello, porque parece lógico entender, que si el donatario tiene conocimiento de la donación, la revocación por el donante para que le vincule le debería ser notificada, evitando con ello que la misma sea intempestiva o se vulnere la doctrina de los actos propios. En definitiva, y en la donación dispositiva, el donante podrá revocar su donación mientras el donatario no la haya aceptado, con independencia de que aquel tenga o no conocimiento de su aceptación.

De acuerdo con esta perspectiva de la donación, en nuestra opinión no sería aceptable que, si la donación dispositiva es por sí un modo autónomo de transmitir la propiedad ésta quede condicionada a que no se revoque por el donante mientras éste no haya conocido que el donatario la ha aceptado, tesis mayoritariamente seguida a partir de los trabajos de LA LAGUNA, y entre las que también destacan las aportaciones de CASANOVA I MUSSONS en base a un exhaustivo análisis de los antecedentes históricos y legislativos de los preceptos comentados. (11)

(11) Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor D. Luis Díez PICAZO. Thomson Civitas. Tomo II "La dualidad de funciones de la aceptación de la donación: los artículos 623 y 629 del Código Civil". Pp. 1.611 y ss.

En conclusión, en la donación entre ausentes, el que dispone gratuitamente de una cosa a favor de un tercero, entendemos que queda vinculado por su manifestación de voluntad, sin perjuicio de que mientras carezca de trascendencia jurídica respecto del donatario pueda cambiar de opinión revocándola y dejándola sin efecto, ya que como vemos, su aceptación por el donatario es presupuesto de eficacia para perfeccionar la donación haciendo ingresar el objeto donado en su patrimonio. Mientras esto no se produce estaríamos en presencia de un negocio jurídico incompleto, razón por la que se permitiría su revocación, a diferencia de lo que ocurre con las donaciones mortis causa que lo serían incluso después de haber sido aceptadas por participar de la naturaleza de las disposiciones testamentarias y depender su eficacia no de su aceptación, sino del fallecimiento del donante.

Sin embargo en la donación obligacional, y por aplicación de lo establecido en el artículo 623, la perfección de la donación se condiciona a que el donante tenga conocimiento de la aceptación de la oferta por el donatario, lo cual no deja de ser perfectamente armónico con la solución que para los contratos establece el artículo 1262 de nuestro Código Civil. Por tanto entendemos, que mientras la aceptación no ha llegado a su conocimiento, no tiene lugar ese momento, el donante puede retirar o revocar aquello a lo que se ha obligado, y ello, simplemente porque todavía el contrato de donación no le vincula. Son por tanto sus efectos, muy diferentes de los que en nuestra opinión resultan predicables de la donación dispositiva, en los que el simple concurso de la disposición y su aceptación perfeccionan la donación y la hacen esencialmente irrevocable.

D) Consecuencias de la referida interpretación.- En la donación dispositiva, rige lo dispuesto en el artículo 629 del Código Civil, mientras que para la donación obligacional se aplica lo establecido en el artículo 623. En conclusión, la donación dispositiva se perfecciona por el concurso del acto de disposición con el acto de aceptación, siendo desde este momento irrevocable y el contrato de donación surte sus plenos efectos desde que el contratante donante que se obligó a donar, tiene conocimiento de la aceptación del contratante donatario, momento en el que se produce la plena y definitiva vinculación.

III. EL ACRECIMIENTO EN LAS DONACIONES HECHAS CONJUNTAMENTE A AMBOS CÓNYUGES Y SU POSIBLE COLISIÓN CON EL RÉGIMEN ESPECÍFICO DEL DERECHO DE REVERSIÓN

1. Planteamiento.– Como exiguo residuo del principio histórico de la troncalidad en el sistema sucesorio del Código Civil, podríamos hacer referencia al llamado derecho de reversión que aparece formulado en su artículo 812 cuando dispone: “Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieran sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieran vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió”.

Dicha sucesión excepcional y cuyo fundamento no deja de ser justo y evidente, puede resultar sin embargo afectada por lo que dispone el artículo 637, al establecer que “Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiera dispuesto otra cosa. Se exceptúa de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiera dispuesto lo contrario.

2. Examen comparativo de ambos preceptos.– Centrándonos en exclusiva a lo que constituye el objeto del presente estudio, nos interesa combinar los supuestos de hechos de ambas normas, con lo cual podría ocurrir, que salvo que el donante hubiera dispuesto otra cosa, en la donación hecha conjuntamente a ambos cónyuges, si uno fallece sin descendencia, por aplicación del artículo 637-2.º, su parte acrecería al cónyuge sobreviviente, mientras que por la eventual aplicación del artículo 812, tendría lugar la reversión al donante de la parte correspondiente al donatario premuerto.

Sin embargo entendemos que en realidad no se está produciendo colisión de ningún tipo, dado que consideramos que ambos preceptos tienen también diferentes planos de aplicación.

3. Tipología de supuestos en los que tiene lugar el derecho de acrecer.– Para ello hemos de destacar cuales serían los supuestos en los que tendría lugar el derecho de acrecer en las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges; y a tal efecto, y aunque el ámbito típico de aplicación del derecho de acrecer sería y como institución prevista para solucionar las posibles consecuencias que se derivan de los llamamientos solidarios cuando una cuota ha quedado vacante, el de la sucesión mortis causa en sus diferentes manifestaciones testada, legítima como intestada, también resulta extensible al marco de los negocios jurídicos inter-vivos, y en palabras de ALBIEZ DOHRMANN (12) por voluntad expresa de quien dispone de bienes a favor de varias personas, y también en su caso, por voluntad de la ley. Y tratándose de una donación, –que es lo que constituye nuestra materia objeto de estudio– ello tendría eventualmente lugar, en los tres casos típicos: que premuera uno de los colectivamente llamados a su donante sin aceptar la donación, la incapacidad para recibir lo dispuesto a su favor, o la renuncia del donatario.

4. Diferentes planos de actuación.– Desde esta perspectiva, el posible derecho de acrecer en las donaciones conjuntas efectuadas por el donante a favor de ambos cónyuges, opera al margen de la sucesión del donatario receptor de los bienes sujetos a reversión según el artículo 812 del Código Civil, pues se trataría de bienes que no han llegado a ingresar en su patrimonio. En efecto, en el primer caso, el donatario premuere al donante, y en todo caso, antes de su aceptación; en el segundo y en el tercer supuesto, la incapacidad para poder adquirir o aceptar la donación o su renuncia expresa impiden también que el bien donado haya llegado a formar parte de su patrimonio, presupuesto este indispensable para que tuviera lugar la eventual aplicación del artículo 812 del Código Civil como veremos. En consecuencia la donación conjunta que no ha sido aceptada por uno de los cónyuges en vida del donante, por premoriencia, incapacidad o renuncia, impide que la misma se perfeccione a su favor, de modo que, y de manera automática se produce el acrecimiento a favor del otro cónyuge, siempre y cuando éste la hubiera previa-

(12) Comentarios al Código Civil, tomo IV, *Consejo General del Notariado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 4.853.

mente aceptado y, en vida del donante si se trata de inmuebles, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 633 del Código Civil.

En relación al derecho de reversión, toda la doctrina coincide en que son precisos al menos dos requisitos. Y así VALLET DE GOYTISOLO (13), señala 1.º Que un ascendiente haya otorgado alguna donación a un hijo o descendiente suyo.” Y 2.º Que este descendiente haya fallecido sin posteridad.

En el caso previsto en el artículo 637, en realidad la donación y respecto al donatario premuerto no se ha llegado a perfeccionar respecto a él por su falta de aceptación, ex-artículo 629, razón por la que está ausente uno de los presupuestos que también determinan la aplicación del artículo 812 del Código Civil.

5. La posible contradicción entre los artículos 812, 1.321 y 1.406 del Código Civil.– Otros autores se han planteado también la conciliación del artículo 812 con otros preceptos legales, y en particular con el derecho de predetracción previsto en el artículo 1.321(14), o con el artículo 1.406 relativo a la liquidación de los bienes gananciales. (15)

A) Su interrelación con el artículo 1.321.– (16) Respecto del primero, para MARTÍNEZ MARTÍNEZ, no puede prevalecer el artículo 812, aun cuando los bienes que comprenda hubieran sido donados por los ascendientes al descendiente posteriormente fallecido. Aun compartiendo esta opinión, tenemos que distinguir según se traten de bienes que pertenecen a ambos cónyuges por donación por razón de

(13) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XI. Edersa 1982. Dirigidos por Manuel ALBADALEJO. P. 135.

(14) Ruperto Isidoro MARTÍNEZ MARTÍNEZ. “Tratado de Derecho de Sucesiones”. *La Ley*. Junio 2013, p. 967.

(15) “Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber hasta donde alcance: 1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346. 2.º la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo. 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual”.

(16) “Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos, se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber”.

su futuro matrimonio, o se trate de bienes donados a ambos cónyuges durante su matrimonio.

a) Donaciones por razón de matrimonio.– En el primer caso, no podemos dejar de olvidar lo dispuesto en el artículo 1.339 del Código Civil, cuando establece que “los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos pro-indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya establecido otra cosa”. Con la aplicación literal de la norma nos encontraríamos ante una evidente contradicción, puesto que dado que cada cónyuge resultaría propietario en pro-indiviso de un bien donado a los futuros esposos con ocasión de su futuro matrimonio, y que por razón de su destino se cualifica al pasar a la categoría de ajuar familiar, resultaría que por aplicación del artículo 812 del Código Civil, dicha mitad revertiría al donante si el donatario hubiera fallecido sin posteridad, mientras que por aplicación del artículo 1.321, se entregaría al cónyuge sobreviviente, sin computárselo en su haber.

La contradicción literal de los supuestos contemplados en ambos preceptos es evidente, aunque nos inclinamos por pensar, que dado que la causa de la liberalidad que inspira las donaciones por razón de matrimonio, es el propio matrimonio proyectado, es este por tanto, y en consecuencia las disposiciones que lo rigen, las que deben prevalecer sobre la protección y defensa de un derecho estrictamente individual, que sería el que justifica la reversión a favor del propio donante, causa de la donación. En esta línea, se posicionan también RIVAS MARTÍNEZ (17) y MARTÍNEZ SANCHÍS, basándose en que la tendencia del Código Civil, es consolidar este tipo de donaciones como se puede comprobar viendo que en el artículo 1.343, la supervivencia o superveniencia de hijos no es causa de revocación de este tipo de donaciones a diferencia de las donaciones ordinarias.

b) Tratándose de donaciones realizadas durante el matrimonio, traeríamos nuevamente a colación lo dispuesto en el artículo 637 del Código civil, que con independencia de cual sea el régimen económico matrimonial de los donatarios, se inclina por considerar, que esta

(17) Derecho de Sucesiones, Común y Foral, Editorial Dykinson. Madrid 2005. Tomo II, volumen 1.º. Tercera Edición, p. 463.

donación se considera hecha conjuntamente a ambos cónyuges, y con derecho de acrecer entre ellos.

En nuestro caso hemos de tener en cuenta, que desde un punto de vista objetivo, y en lo que se refiere a su naturaleza, el derecho de predetracción se refiere y se aplica en exclusiva y dado su destino, a bienes muebles y demás elementos de naturaleza mobiliaria que por razón de su finalidad, han sido destinados por los cónyuges donatarios a formar parte de su ajuar de casa, y ello, con independencia de cual sea su régimen económico matrimonial. Por tanto, y dada la naturaleza esencialmente mobiliaria de los bienes integrantes de este derecho, la perfección de su donación, ha tenido lugar por la simple toma de la posesión material por los donatarios –ex artículo 634 del Código Civil–, posesión esta que resulta presupuesto inexcusable de la natural afectación que hacen ambos cónyuges de los citados bienes para integrar o formar parte de su ajuar doméstico.

En esta situación, es claro en nuestra opinión que no tiene lugar el derecho de acrecer que señala el párrafo segundo del artículo comentado, puesto que no se dan ninguno de los supuestos previstos en el mandato legal. Y ante tal antinomia y el posible juego del artículo 812 del Código Civil, nos inclinamos también por pensar que el derecho de predetracción resultaría preferente en su aplicación al posible derecho de reversión de una teórica mitad indivisa los bienes donados constitutivos del ajuar familiar, puesto que el interés protegido por el artículo 1.321 del Código Civil, es a todas luces superior al estrictamente individual del propio donante, sin perjuicio también que es la situación matrimonial de presente de los propios donatarios, -al igual que las donaciones propter nupcias- lo que causaliza la propia donación.

B) En cuanto a su posible interrelación con lo señalado en el artículo 1406 del Código Civil, este artículo establece como hemos visto, el derecho de atribución preferente que corresponde a los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales, en la liquidación del citado régimen.

Partimos de la existencia de un bien donado conjuntamente a ambos cónyuges y que tiene naturaleza ganancial por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.353 del Código Civil. (18)

(18) “Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes constante la sociedad, se

La ganancialidad de los donado deriva de tres circunstancias; de un lado que la donación se haya hecho conjuntamente a ambos cónyuges casados en gananciales, segundo, que haya sido aceptada por ambos, y en último lugar, que el donante no hay dispuesto lo contrario.

Al haber sido aceptada por ambos, no nos podemos plantear ya el posible juego de lo dispuesto en el artículo 637 del Código Civil, por lo que excluido el derecho de acrecer, y por aplicación de lo establecido en esta norma, el bien en cuestión se adjudicaría directamente al cónyuge sobreviviente en la liquidación de la sociedad de gananciales sin que hubiera por tanto y en principio, ningún derecho de reversión a favor del donante. Pero esto es así, o ¿prevalece el artículo 812? Veamos las consecuencias que se derivarían de adoptar una u otra solución.

En el caso de aplicar de manera preferente el artículo 1.406, ocurriría que la mitad del valor del bien ganancial imputable al cónyuge premuerto se compensaría al llevar a cabo la integración en su herencia de otros bienes gananciales (o en su caso un crédito) por un valor similar. Si entendiéramos aplicable el derecho de reversión, y por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1.046 del Código Civil (19) la mitad del elemento patrimonial donado revertiría al donante, y por tanto sólo la mitad se adjudicaría con carácter preferente al cónyuge sobreviviente. Ante esta tesitura, entiendo que igual que ocurre en los supuestos de donaciones consumadas y ya anteriormente examinadas, debe prevalecer la singularidad de lo dispuesto en el artículo 1.406 respecto a una eventual aplicación del derecho de reversión, y entre otras razones (como serían las aplicables a todas las donaciones efectuadas conjuntamente a cónyuges y que ya hemos analizado) el hecho de que, y por mandato de lo dispuesto en el artículo comentado dicho bienes no habría llegado a formar parte de una sucesión, –como exigiría el artículo 812 del Código Civil, dado que la adjudicación preferente, lo excluiría “ab initio” de la misma.

Sin embargo, no podemos dejar de tener presente que el derecho de reversión también despliega su campo de aplicación sobre

entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiese dispuesto lo contrario”.

(19) “La dote o donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos”.

las acciones que correspondan al donatario en caso de haber sido los citados bienes enajenados, y por subrogación real, en el precio o en los bienes con que se hayan sustituido si se permutó o cambió.

Por tanto entendemos, que dado el carácter ganancial de lo donado en el supuesto que examinamos, si se trata de cualquier elemento patrimonial que reúna los requisitos que establece el artículo 1.406 del Código Civil, prevalece el derecho de atribución preferente establecido en el artículo 1.406, sin perjuicio de que por aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 812, y por aplicación analógica como decíamos de lo establecido en el artículo 1.046 del mismo, deba ser objeto de reversión el precio o valor de la referida mitad, que quedaría configurada como una deuda con cargo al cónyuge en cuyo favor se produjo la adjudicación preferente prevista en el artículo 1.406 del Código Civil, y sin interferencia alguna respecto a los herederos del cónyuge premuerto.

IV. LA “CONTRADICCIÓN” EN LA SOLUCIÓN LEGAL A LA TRANSMISIÓN A SUS RESPECTIVOS SUCESORES, DE LOS DERECHOS DEL HEREDERO O LEGATARIO, CUANDO ESTÁ PENDIENTE EL CUMPLIMIENTO DE UNA CONDICIÓN

1. Su regulación legal.– Abordan esta cuestión como resulta ya apuntado y es bien conocido, los artículos 759 y 799 del Código Civil. Mientras que el primero textualmente establece que, “El heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos”, el segundo, y cuarenta artículos después, indica precisamente lo contrario, al decir, “La condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aún antes de que se verifique su cumplimiento”.

Como señalábamos, esta patente discrepancia ha sido reiteradamente destacada por la jurisprudencia y la doctrina. Entre los autores, están, quienes como LACRUZ (20) la califica de “preceptos absolutamente contradictorios” LASARTE ÁLVAREZ como “antinomia de

(20) Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones, Librería Bosch 1981, p. 271.

gravedad" y la STS de 28 de febrero de 1959 como artículos anti-nómicos".

Tal situación, nos obliga con carácter previo, a realizar en ambos preceptos, una interpretación sistemática para averiguar el verdadero significado de la palabra condición y de la expresión "disposición de naturaleza condicional", y poder determinar con ello, si las dos disposiciones legales, se están refiriendo en puridad a una misma realidad testamentaria, o a situaciones jurídicas diferentes.

2. El significado o naturaleza del concepto condición.— En cuanto a la primera incógnita, la redacción literal del artículo 799 no da lugar a ninguna duda respecto a la naturaleza de la condición a la se refiere, pues lo es textualmente a una "condición suspensiva". Sin embargo, el artículo 759 habla genéricamente de una condición, sin determinar cual es su naturaleza, suspensiva o resolutoria.

Si traemos a colación en este lugar, la teoría general de las obligaciones condicionales en sede contractual dada la remisión del artículo 791 del Código Civil, —aunque su aplicación haya sido puesta en duda por la doctrina (21) y que se contienen, en síntesis, en los artículos 1.113, 1.114, 1.120, 1.122, 1.123, resulta bastante claro, que una condición tiene naturaleza resolutoria, cuando su cumplimiento extingue la eficacia de la obligación, y que una condición tiene naturaleza suspensiva, cuando hace inexigible la obligación mientras resulte incumplida. Y en este sentido, el artículo 1.114 del Código Civil resulta especialmente revelador de la distinción, al decir que "en las obligaciones condicionales la adquisición de los

(21) Así Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, "Aspectos relevantes de de la institución condicional de heredero" en *Revista Jurídica del Notariado*, número 78, página 334, cuando afirma que "tal aplicación resulta, en realidad, muy dudosa, dado que muy poco tienen que ver las obligaciones condicionales con la institución condicional de heredero". Y en este sentido destaca como en el contrato condicional, son las partes las que establecen la norma que rige las relaciones derivadas de ese contrato, norma aceptada de común acuerdo para conseguir los efectos queridos o, cuando menos, aceptados por ambas. Y, en cambio, cuando hablamos de condiciones impuestas en el testamento, no hay ningún acuerdo de voluntades. El testador impone las condiciones que estime convenientes, para lograr los fines que a él, exclusivamente, interesan, le parezcan bien o mal al heredero o legatario condicional.

derechos, (condiciones suspensivas) así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos (condiciones resolutorias) dependerán del acontecimiento que constituya la condición” Sin embargo no han faltado autores como VALLET DE GOYTISOLO (22) que han rechazado la posibilidad de que el heredero pueda ser nombrado bajo condición resolutoria, ya que en su opinión “el que hereda, no puede dejar de ser heredero de su causante, porque no puede dejar de haberle heredado”, afirmando también, que la titularidad de un derecho, es un estado actual, que por ser actual, puede concluir; pero la cualidad de heredero, como derivada de un hecho que ya ha sido, no puede perderse, porque el hecho que la motivó no puede dejar de haber ocurrido. Para el citado autor, si fuera posible heredar bajo condición resolutoria, ello presupondría la posibilidad de retrotraer el fenómeno sucesorio al difunto, regreso que considera más difícil si cabe que el del parto al claustro materno.

Independientemente de que aceptemos o no la tesis de VALLET y en la que sin duda está presente su inspiración romanista de nuestro Derecho de Sucesiones, a los limitados efectos de nuestro estudio lo único que nos interesa destacar es que el artículo 759 del Código Civil, solamente se puede estar refiriendo a la posición jurídica del heredero o legatario sometido a condición suspensiva, pues si la condición hubiere de ser la resolutoria, su situación jurídica –y de acuerdo con la naturaleza jurídica de este tipo de condición– sería completamente eficaz desde el momento del fallecimiento del causante, y por tanto, transmisible a sus respectivos herederos; todo ello, lógicamente sin perjuicio de los efectos de la resolución, para el caso de que tuviera lugar el cumplimiento de la condición. La solución legal contempla la intransmisibilidad de tales derechos, por lo que su ámbito de aplicación, lo es en exclusiva la del llamado a una herencia o un legado bajo condición suspensiva, y durante el tiempo en el que se encuentra pendiente el cumplimiento de la condición.

3. La consideración sistemática.– Centrada la cuestión pues en ambos preceptos en el antitético juego que la condición suspensiva procura a los herederos del heredero o legatario “pendiente conditio-

(22) Estudios de Derecho Sucesorio, Volumen I, Editorial Montecorvo, Madrid, 1980, p. 214.

ne”, debemos en segundo lugar abordar la presunta contradicción, analizando la ubicación sistemática de ambos preceptos.

A) Ubicación sistemática artículo 759.- Este precepto, forma parte del contenido que integra la Sección 1ª denominada “De la capacidad para suceder por testamento y sin él”, incardinada en el Capítulo II, “De la Herencia”, perteneciente al Capítulo II, “De las sucesiones” del Libro III “ De los diferentes modos de adquirir la propiedad”.

Esta circunstancia es suficientemente significativa para comprender e interpretar adecuadamente en nuestra opinión el alcance del referido precepto. Estamos dentro de la regulación que nuestro Código Civil dedica a la capacidad sucesoria, es decir, el lugar donde se determinan y precisan los presupuestos o requisitos que son necesarios para poder suceder mortis causa, o en su caso los que impiden a un sujeto adquirir determinados derechos hereditarios.

Y así el artículo 745, establece las incapacidades para suceder por causas objetivas, (no reunir los requisitos para ser persona, o tratarse de personas jurídicas ilegales o no permitidas por las Ley), los artículos 752, 753 y 754 establecen causas de incapacidad sucesoria relativas (sacerdote confesor durante la última enfermedad del testador, el tutor en determinados supuestos y el Notario autorizante de su testamento) el 756, causas subjetivas derivadas del concurso de determinadas causas de indignidad en el heredero, el 758, párrafo primero, la incapacidad sucesoria por una causa temporal, derivadas del hecho de la premoriencia del heredero o legatario instituido a la persona de cuya sucesión se trate, y el 758, párrafo tercero, por la misma circunstancia temporal derivada del hecho de que el favorecido premuera al cumplimiento de una determinada condición.

La interpretación sistemática que seguimos permite comprender adecuadamente el alcance legal y consecuencias que se derivan de las diferentes clases de incapacidades sucesorias. Y en este sentido, la regla del artículo 746, que establece que personas jurídicas son capaces de suceder, es desarrollo de lo dispuesto en el artículo 745, párrafo 2.ª, el artículo 757 que se refiere a los supuestos de ineficacia de las causas de indignidad previstas en el 756, y como no puede ser de otra manera el 759, que lo es, del párrafo tercero del artículo 758 anterior. Por ello y sentada la regla general en el

primero de ellos, de que "el heredero o legatario sometido a condición, sólo tendrá capacidad para suceder si sobrevive al cumplimiento de la condición, su consecuencia es la máxima contenida en el artículo siguiente, esto es, que siendo mientras tanto el heredero incapaz de suceder, no transmite derecho alguno a sus herederos". En buena hermenéutica hubiera sido desde luego mucho más deseable que nuestro legislador, hubiera desgajado el párrafo tercero del artículo citado y lo hubiera integrado en el artículo 759, y de esta manera hubiera tratado de manera unitaria la capacidad sucesoria y las consecuencias de la institución hereditaria o del legado sujeto a condición suspensiva.

De las consideraciones que anteceden, podemos concluir, que el llamamiento o designación de un heredero o legatario que se somete a condición suspensiva, determina que mientras que la condición no se cumpla, el heredero o legatario es incapaz de suceder, y dada su situación de incapacidad, nada transmite a sus herederos. Sólo por tanto será heredero o legatario cuando se cumpla la condición a la que el testador ha supeditado su nombramiento; y antes de ese momento, no será titular de ningún derecho, ni de ninguna facultad patrimonial susceptible de cesión o transmisión, a lo más de una simple expectativa carente de entidad y de valoración económica. En todo caso, el pronunciamiento legal previsto en el artículo 759 del Código Civil es completamente lógico, y absolutamente coherente con los efectos naturales que derivan de cualquier disposición condicional de naturaleza suspensiva. (23)

En definitiva, y salvo algunas notables excepciones como la de MORELL Y TERRY (24) tanto la Jurisprudencia de los Tribunales como

(23) En este sentido podemos destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de diciembre de 2000, cuando afirma "los negocios sometidos a condición no tienen efectos y consecuencias jurídicas hasta tanto no se produce el evento, de modo que está en suspenso el nacimiento de los derechos y obligaciones, de suerte que, acaecido el mismo, se cumple la condición, y se producen inmediatamente las consecuencias jurídicas derivadas de dicho negocio si no se produce la condición, el negocio jurídico no nace ni provoca consecuencias jurídicas de ninguna clase.

(24) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Editorial Reus, 1927, tomo segundo, p. 216. Para el citado autor, debe ser preferente la solución prevista en el artículo 799, para lo cual realiza una interpretación deductiva y a "contrario sensu" de lo establecido en los artículos 766, 912-3, trayendo

las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (25) como la doctrina mayoritaria han sostenido de manera reiterada y uniforme que la solución prevista en el artículo 759 del Código Civil, y cualquiera que sea la interpretación que pueda hacerse del artículo 799, es la segura y acertada. (26)

B) Ubicación sistemática artículo 799.- Sentadas las anteriores premisas respecto a la disposición testamentaria condicional a la que se refiere el artículo 759 del Código Civil, nos interesa analizar el juego de la condición a la que alude el artículo 799 del Código Civil también desde un punto de vista sistemático, al establecer literalmente como estamos viendo, una solución diametralmente distinta a la prevista en el precepto anterior.

El artículo 799 del Código Civil forma parte de la Sección 4.^a, que lleva por título “De la institución de heredero y del legado condicional y a término”, dentro del mismo Capítulo, Título y Libro que el artículo 759 del Código Civil. En la referida sección se aglutinan los artículos 790 a 805; y de todos los preceptos integrados en esa sección, sólo hay dos, 804 y 805 –que no utilizan la palabra condición, el primero de ellos, no obstante, para referirse a la administrador de la herencia bajo condición, y el segundo para hacerlo de manera clara y diáfana a la institución hereditaria temporal. Por tanto de la total regulación, sólo hay un precepto, –y que es el último de la sección– el dedicado por el Código Civil a la institución hereditaria o al legado a término, distinguiendo sus efectos según el término sea suspensivo y resolutorio. (27)

también a colación las soluciones legales que derivan en su interpretación de los dispuesto en los artículos 1.006, 784, 801 y 1054 del mismo Cuerpo Legal.

(25) Resolución de 20 de junio de 1956.

(26) En el Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 10/2008 de 10 de julio de su Parlamento, se contiene la regulación de la institución de heredero bajo condición, que sólo puede ser suspensiva, dada la aplicación de la regla romana “semel heres, semper heres”. Y con absoluta claridad al respecto establece el artículo 423-13 del referido Código, que “La institución de heredero bajo condición suspensiva no se defiere si no se cumple la condición o si el heredero muere antes de cumplirse. En este caso, sus herederos no adquieren ningún derecho a la herencia”.

(27) “Será válida la designación de día o de tiempo en que hay de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado. En

Por tanto no podemos más que concluir que desde un punto de vista sistemático, el artículo 799 del Código Civil, se refiere también al juego de la condición suspensiva, si bien, en el supuesto que contempla, no impide y a diferencia de lo que dice el artículo 759, que “el heredero legatario adquiera sus respectivos derechos y los transmita a sus herederos” .

4. La Posición de la Jurisprudencia, y de la Doctrina.– Ante el conflicto planteado, y sin perjuicio de sostener como veremos la posible armonización de ambas soluciones, desde siempre se ha sentido la necesidad de encontrar caminos pacíficos de solución al conflicto.

A) La solución anuladora.– Una primera posición es seguir la línea de interpretación sostenida en su día por CASTÁN, quien conforme con los postulados de PLANIOL, afirmó con rotundidad que las disposiciones contradictorias si son del mismo rango normativo, se anulan recíprocamente, razón por la que deberíamos encontrar la solución al problema como si estuviera carente de regulación, acudiendo a otras fuentes legales, o a la aplicación de los principios o reglas generales a que obedece la institución, o incluso al recurso de la analogía. En esta línea se expresa también D. José BELTRÁN DE HEREDIA (28) quién considera que no tiene fundamento el decir que ante la contradicción de ambos preceptos debe prevalecer cualquiera de ellos, por lo que entiende que se produce una laguna legal para cuya solución hay que acudir a la voluntad del testador.

De esta manera, y siguiendo la línea de razonamiento de CASTÁN, por aplicación de la teoría general de la doctrina de las condiciones y de los términos en cuanto elementos determinantes de la eficacia de los negocios jurídicos, resultaría que, tratándose de una condición suspensiva, el negocio jurídico unilateral testamentario (es decir la institución de heredero o la designación de legatario) sería ineficaz

ambos caso, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluye se entenderá llamado el sucesor legítimo. Más en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido”.

(28) Contestación al Discurso de ingreso de D. Manuel ALBALADEJO en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1983.

mientras la condición no se ha cumplido, mientras que si el negocio jurídico estuviera sujeto a condición resolutoria, el negocio es "ab initio" eficaz, si bien con una eficacia claudicante, en el supuesto de que tuviera lugar el cumplimiento de la condición.

B) La solución conciliadora

a) Posición jurisprudencial.- Una segunda línea de interpretación seguida de manera reiterada por la Jurisprudencia de los Tribunales, es la de sostener que ante la imposibilidad de conjugar y armonizar ambas soluciones legales, el artículo 759, -y de acuerdo con la mejor doctrina en la comprensión de los efectos según cual sea su naturaleza de la condición- se está refiriendo a la institución suspensiva condicional, mientras que el artículo 799 lo hace, a la institución sometida a plazo o término suspensivo. (29)

Así se sostiene que el Código Civil, utiliza en este precepto impropia-mente la expresión condición para referirse al término. De esta manera, y a diferencia de la institución condicional en la que pendiente condición, el heredero o legatario es titular de una simple expectativa carente de virtualidad, en la institución a plazo suspensivo, esto es pendiente del cumplimiento del término, el heredero o legatario es titular de un legítimo derecho, ya nacido aun cuando esté pendiente de efectividad. Por ello, mientras en el primer caso, al no haberse cumplido la condición, el heredero que solo es expectante, nada tiene y por tanto nada transmite en caso de fallecimiento a sus herederos, supuesto del artículo 759, en el segundo, aún no

(29) Entre las numerosísimas Sentencias que categóricamente así lo afirman, podemos destacar las del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1954, RJ/1954/2636, la de 28 de febrero de 1959, RJ/1959/1496, la de 5 de julio de 1966, RJ/1966/3671, la de 22 de enero de 1969, RJ/1969/199, la de 3 de noviembre de 1989 RJ/1989/7847 la de 17 de febrero de 1994, RJ/1994/1623, y las de la Audiencia Provincial de Granada y de Madrid de fechas 15 de septiembre de 1998 y 12 de diciembre de 2000 , AC/1998/1691 y AC/2001/265 respectivamente. De entre ellas, destacamos la STS de 1994, en la que se afirma " en punto al art. 799 del Código Civil, es sabido que con manifiesto error de expresión se refiere a las disposiciones a plazo o término técnicamente diciendo o condición impropia que por ello no es aplicable al caso de autos sino muy especialmente el art.759 del mismo texto legal, relativo a las propias o verdaderas condiciones suspensivas consistentes en un evento que puede o no acontecer cual es el de la existencia de descendencia propia y legítima al fallecimiento del heredero".

habiendo vencido el plazo, el titular, lo es ya del derecho sucesorio, y por tanto, aunque todavía no es efectivo, sí lo transmite a sus herederos, –situación prevista en el artículo 799–.

Esta línea interpretativa sostenida por los Tribunales y que dada su reiteración se erige en auténtica fuente del Derecho, se fundamenta en los Antecedentes Históricos de los preceptos que comentamos y en las soluciones que ofrecía el Derecho Comparado al tiempo de la elaboración del Código Civil. Y en este sentido, y por lo que se refiere a los primeros, ALBALADEJO (30) destaca que el artículo 799 tiene como antecedente inmediato el artículo 886 del Anteproyecto de 1884, que aunque literalmente decía que “la condición que, según la intención del testador, no hace más que suspender el cumplimiento de la disposición, no impedirá que el heredero o legatario adquiera el derecho y le transmita a sus herederos aun antes de haberse verificado la condición”, en realidad, lo que quería decir, es que “la condición que según la intención del testador no es realmente condición, es aplazamiento o término.

Por su parte, y en cuanto a los segundos, LACRUZ BERDEJO (31), pone de relieve que los equivalentes de nuestro 799 en las legislaciones extranjeras, (Códigos civiles francés, portugués de 1857 e italiano de 1865, y de los cuales es una traducción equivocada, se refieren, y como señala la jurisprudencia “a las condiciones que por voluntad del testador suspenden meramente la ejecución de las disposiciones testamentarias, y no a las que dejan pendiente su eficacia de un acontecimiento incierto, siendo por tanto su ámbito de aplicación las situaciones jurídicas que hacen referencia a un término o plazo cuyo vencimiento se determina por el fallecimiento de una persona que necesariamente ha de acaecer aunque se ignore cuando, y cuyo efecto es suspender la efectividad de la institución pero sin impedir la creación del derecho a favor del instituido, transmisibles a sus herederos desde el fallecimiento del testador”.

En resumen, mientras que el heredero sometido a condición, no es todavía heredero y carece de capacidad para suceder mientras no se cumpla la condición, ni puede aceptar ni repudiar en el “ínterin”

(30) Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, EDSA, 1987, tomo X, vol. 1, p. 262.

(31) Elementos de Derecho Civil, V, Librería Bosch 1981, Barcelona Derecho de Sucesiones, p. 275.

su derecho, y a su fallecimiento si no se ha cumplido la condición, ni transmite, ni existe derecho de transmisión a favor de sus herederos, el heredero sometido a plazo, es heredero, sí puede aceptar o repudiar su derecho y a su fallecimiento, y aun cuando la institución no esté dotada de efectividad, sí transmite y si existe derecho de transmisión a favor de sus herederos.

b) Crítica a la solución jurisprudencial.– Sin embargo, y con todo respeto a la posición jurisprudencial y doctrinal que la segunda (32), no me parece que deba considerarse como un argumento con excesivo peso, al menos desde un punto de vista sistemático, el que tengamos que vulnerar y excepcionar la regulación de la Sección que examinamos y que está referida –salvo el artículo 804– al juego de la condición en la institución de heredero o en el legado, en sus diferentes modalidades, “imposibles, contra legem, potestativas, casuales, mixtas, potestativas y suspensivas,” basándolo en que se trata de un simple error material en la utilización terminológica, máxime cuando el precedente histórico del Anteproyecto, utilizaba también impropriamente la palabra condición. Es por ello, por lo que intentemos otras vías de interpretación, y sin cuestionar en absoluto las soluciones adoptadas por los Tribunales pues tales conclusiones se deducen de la propia naturaleza de la disposición, de manera que si es condicional suspensiva ningún derecho se transmite por el designado bajo condición, a diferencia de lo que ocurre cuando aquella es a término suspensivo.

c) Posición doctrinal integradora.– Una segunda línea de interpretación, propugnada en su día por el profesor D. Federico DE CASTRO, y continuada por autores como ROCA SASTRE, SAPENA TOMÁS, Y RIVAS MARTÍNEZ, es la de entender que ambos preceptos se refieren efectivamente a la institución condicional, pero son compatibles pues tienen distinto campo de aplicación, entendiendo en líneas generales, que mientras que en el caso del artículo 759, la condición lo es de la efectividad de la institución de heredero, en el caso del artículo 799, lo es de la efectividad de la disposición.

(32) Y así junto a los citados dos autores señalados anteriormente, otros como PUIG BRUTAU, PUIG PEÑA, O’CALLAGHAN, SANTOS BRIZ.

Y de acuerdo con este planteamiento, esta línea doctrinal, suele poner el acento en la necesidad de interpretar adecuadamente la voluntad del testador y en dar absoluta prioridad a lo realmente querido en este aspecto por el testador; y así para Federico DE CASTRO, la heredabilidad de la titularidad de heredero instituido bajo condición suspensiva depende de la naturaleza que haya dado el testador a la condición: si la establece como condicionante de la capacidad, habrá de darse antes de su muerte y si simplemente ha de depender de ella la apropiación de los derechos, será posible la herencia de la titularidad condicionada. Por su parte, RIVAS MARTÍNEZ, afirma literalmente (33) que “como la voluntad del testador es soberana en este punto, la condición puede tener un distinto juego, según lo querido por él. En efecto, el testador puede dar a la condición el alcance de que el heredero sólo llegue a serlo si la condición se cumple, pero también puede no hacer depender de ello la adquisición de la cualidad de heredero, sino sólo su efectividad, o lo que es lo mismo, la apropiación de los bienes. En el primer caso, cree, se aplicará el artículo 759, y en el segundo el artículo 799”.

Por nuestra parte nos parece muy sobresaliente la presente línea de interpretación, toda vez que la condición como presupuesto de la capacidad de suceder, y la condición suspensiva –ex art. 799– de la que puede hacerse depende la adquisición de una herencia o de un legado ya deferido, pueden tener distintos y diferentes campos de aplicación.

En el primer caso, el derecho hereditario ni siquiera ha nacido, pues depende del cumplimiento de una condición impuesta por el testador para que el heredero o legatario llegue a serlo, siendo como hasta ahora hemos sostenido, incapaz de suceder en el interregno. En esta situación, el evento determinante de la condición es presupuesto de la condición hereditaria, es su “conditio iuris” y en el interregno, la herencia que está sin deferir, se ha de poner en administración. (34)

(33) Derecho de Sucesiones, Común y Foral, Editorial Dykinson, Madrid 2005. Tomo I. Tercera Edición, p. 847.

(34) Artículo 801.– Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse”.

La posición jurídica del “heredero o legatario” que se encuentra en tal situación es absolutamente estática e inoperante. Y así, respecto a la herencia o legado “pendiente condición”, resulta ser un completo extraño a ella, por lo que ni recibe, ni trasmite nada a sus herederos, ni tiene legitimación para inmiscuirse en la administración de ese patrimonio o bien concreto indeterminado subjetivamente en cuanto a su destinatario. Y como consecuencia de su precaria situación que le impide aceptar o repudiar la herencia es la de que, al no haber adquirido nada ni de nadie, mientras no se cumpla el evento determinante de la condición, en tal situación, nada transmite a sus herederos, ni de manera directa ni por la vía indirecta por el juego del derecho de transmisión.

Por el contrario, y de acuerdo con esta posición doctrinal, el heredero o legatario que por voluntad del testador lo que tiene suspendida es sólo la adquisición de su herencia o de su legado, éste tendría por el hecho de su aceptación, su derecho consolidado, con lo cual si falleciera antes de que se cumpliera la condición y con ella la efectividad de su adquisición, sí que tendría lugar la transmisión de sus derechos hereditarios a favor de sus respectivos herederos.

Sin lugar a ninguna duda, sería esta, una cuestión íntimamente vinculada a la determinación de la verdadera voluntad del testador, para lo cual deberá acudirse de ser necesario, a los criterios interpretativos establecidos en el artículo 675 del Código Civil, y resolver si la condición predetermina la capacidad sucesoria, o simplemente la adquisición del derecho hereditario o del legado. (35)

d) Nuestra posición interpretativa correctora.– Aunque la interpretación anterior me parece a todas luces correcta, pues en definitiva es dar preferencia a la voluntad del testador acomodando con ello lo dispuesto en el artículo 799 al supuesto particular de “condición suspensiva del cumplimiento de la disposición, pero no de la

(35) Un ejemplo de este particular supuesto, se daría cuando el testador hubiera dispuesto de su herencia a favor de un determinado heredero, y hubiera establecido que “su heredero sólo podría tomar posesión de su herencia cuando contrajera matrimonio un tercero, por ejemplo una hija del propio heredero. En este caso, entiendo que mientras viva su hija, esta tendrá posibilidad de contraer matrimonio, ya tenga lugar el evento en vida del heredero o de sus sucesores, que adquirirían con el matrimonio su derecho, por razón de su fallecimiento. (ss. artículo 799).

institución”, creemos que también sería posible encontrar otra vía de solución a la antinomia que examinamos.

Y en esta línea, considerando como hemos visto, que los artículos 790 a 893 ambos incluidos, se están sistemática y literalmente refiriendo en exclusiva al juego de la condición en la institución de heredero o en la asignación del legado, podríamos entender que nuestro Código comete el error material de utilizar inadecuadamente la palabra suspensiva, cuando lo que de verdad está regulando es el juego de la condición resolutoria. De acuerdo con ello, el artículo 799, habría incurrido en un simple error material o gazapo que de aceptarse, nos llevaría a entender su pronunciamiento como que “la condición resolutoria no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento”.

Desde este punto de vista, el artículo en cuestión se estaría refiriendo a la situación y eficacia que deriva de la institución hereditaria sometida a condición resolutoria mientras no ha tenido lugar su cumplimiento, tanto mientras vive como después del fallecimiento del heredero o legatario.

Con esta interpretación correctora, la consecuencia prevista en el referido pronunciamiento legal, sería absolutamente coherente con el juego que la condición resolutoria despliega en cualquier negocio jurídico y por supuesto también en sede testamentaria. Y en cuanto a las consecuencias que se producirían en caso de premoriencia del instituido al cumplimiento de la condición, hemos de reparar que aunque el adverbio aun que utiliza el precepto, tenga distintas significaciones, según se utilice, con, o sin acento, en todos los casos, no impediría que estos derechos fueran susceptibles de transmisión a sus respectivos herederos en caso de premoriencia del instituido. (36)

(36) Si acudimos a la dos últimas Ediciones del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “Ediciones Vigésimo primera y Vigésimo segunda”, la palabra aún, es sinónima de “todavía” si se escribe con tilde, y sinónima de “hasta” “también” o “incluso”, si no utiliza la referida acentuación. De todas las ediciones de textos legales que se han manejado, no se ha encontrado escrito con tilde el adverbio aun, razón por lo que el correcto significado de la referida frase, sería, que los derechos del heredero o legatario sujeto a condición resolutoria se transmiten a sus herederos “hasta” o “también” o “incluso” antes de que se verifique su cumplimiento” Y como ejemplos de ambos significados citados por el referido

En conclusión, la interpretación que proponemos no excepcionaría la sistemática que nuestro Código Civil ha utilizado para la regulación de la institución sucesoria condicional, algo que así ocurre con la interpretación jurisprudencial que equipara la palabra "condición a término, en el referido artículo 799; y en segundo lugar, sería absolutamente coherente con la eficacia que deriva de la institución condicional resolutoria tanto en vida de su titular como de sus herederos "pendiente condicione". Y todo este galimatías doctrinal, se hubiera evitado si el legislador hubiera utilizado la expresión "condición suspensiva" en el artículo 759, y simplemente la expresión "condición" en el artículo 799, pues dados los efectos predicables en dicho precepto, nadie hubiera puesto en duda que su ámbito de aplicación sería en exclusiva la condición resolutoria, del mismo modo que en la actualidad, nadie discute que la "condición" a la que alude el artículo 759 es simplemente la "Suspensiva". (37)

V. LA POSIBLE CONCILIACIÓN DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 820-1.º Y 2.º Y 887 DEL CÓDIGO CIVIL

1. Planteamiento.– Tomando como presupuesto el primero de ellos lo señalado en el artículo 817 cuando establece que "las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán a petición de estos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas", indica el referido precepto, que "Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 1.ª Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento. 2.ª La reducción de estas se hará a prorrata, sin distinción alguna. Si el testador hubiera dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no surtirá aquel reducción sino

Diccionario: "Aún está enfermo; "te daré cien duros, y aun –hasta- doscientos si los necesitas."

(37) Y así la redacción deseable de los citados preceptos hubiera sido: Artículo 759.– "El heredero o legatario que muera antes que la condición suspensiva se cumpla, aunque sobreviva al testador, no trasmite derecho alguno a sus herederos" y el Artículo 799.– "La condición no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento."

después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima. Por su parte el artículo 887 establece que "Si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente: 1.º Los legados remuneratorios. 2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario. 3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes. 4.º Los de alimentos. 5.º Los de educación. 6.º Los demás a prorrata.

Son pues dos los preceptos que dedica nuestro Código a la posible insuficiencia del caudal hereditario para hacer frente al pago de los legados, si bien dando soluciones diferentes según cual sea o haya sido la causa de la referida insuficiencia. En el primero de ellos, la insuficiencia derivaría de que los legados no se podrían hacer efectivos sin perjudicar cuantitativa o cualitativamente los derechos legitimarios de quienes son los herederos forzosos del testador, y en el segundo, de que no haya bienes suficientes en la herencia para hacer efectivas la entrega de los legados tal y como este los ha dispuesto en su testamento. Y la cuestión no deja de complicarse, habida cuenta que en el primer caso, la reducción de los legados es a prorrata, salvo que otra cosa haya dispuesto el testador al respecto, mientras que en el segundo, la reducción se hace por un orden establecido, siendo preferentes, y valga la redundancia, a los declarados preferentes por el testador, los que legalmente tienen esta consideración y que son, los de carácter remuneratorio y los de cosa cierta y determinada que forma parte del caudal hereditario.

Como ocurre con todas las antinomias legales de nuestro Código Civil, la cuestión ha dado lugar a multitud de opiniones doctrinales tendentes en su gran mayoría a encontrar una solución pacificadora del conflicto.

2. "Ratio decidendi" de ambos preceptos.— En todo caso, hemos de reparar que mientras el artículo 820 obedece a la necesidad de proteger la parte de la herencia que para el testador es indisponible, el artículo 887 obedece a la necesidad de arbitrar una solución cuando el caudal hereditario líquido y por tanto de libre y absoluta disposición para el testador, es insuficiente para satisfacer los legados. Esto determina en nuestra opinión, que se trate de preceptos que tienen distintos campos de aplicación, de manera que el primero entraría sólo en juego cuando en la herencia existan legitimarios, mientras que el segundo, cuando el testador carezca de ellos, y

también, cuando una vez satisfechas las deudas y cargas de la herencia, y entre ellas las legítimas legalmente establecidas, no exista remanente suficiente para su satisfacción. Son pues dos ámbitos conflictuales diferentes. El primero, por la concurrencia de legitimarios con legatarios y en su caso donatarios, el segundo, por la simple concurrencia de legatarios en una única masa hereditaria repartible que es insuficiente.

3. La liquidación de la herencia.— En todo proceso tendente a la liquidación de una herencia, y de acuerdo con el sistema romano de la sucesión al que obedece nuestro Código Civil, el heredero o destinatario final de los bienes a título universal, al tiempo de hacer efectivos sus derechos sucesorios, tiene que asumir con carácter previo todas las obligaciones y cargas que derivan de la propia sucesión, con el límite del patrimonio hereditario si su aceptación fue a beneficio de inventario o sin ninguna restricción subrogándose en la posición jurídica del “de cuius” si su aceptación fue pura y simple. Y en este sentido, resultarán imprescindibles, las operaciones de inventario y avalúo de los bienes, créditos, derechos, deudas y obligaciones de la sucesión dando lugar a la determinación del activo y pasivo hereditario, las de computación e imputación con la finalidad de calcular y determinar las cuantías legitimarias a cargo de la masa de la herencia, y en último término la individualización de los legados, para hacerlos efectivos antes de la toma efectiva de la posesión del remanente hereditario por el heredero. En definitiva, hacer realidad la tradicional afirmación “antes es pagar que heredar”.

En esta situación, el heredero, o en su caso quién tenga o se le haya encomendado la función particional, una vez determinado el caudal líquido partible, (esto es una vez deducidas contable o materialmente las deudas a cargo de la herencia) tiene que destinar la parte correspondiente de la masa hereditaria, y con carácter preferente, a la satisfacción de los derechos de los legitimarios y en la cuantía que corresponda. Y aquí es donde despliega su juego el artículo 820 al establecer que cuando los legados perjudiquen la satisfacción de estos derechos se procederá a su reducción, siguiendo en primer lugar el orden establecido por el testador, y en su defecto a prorrata. En mi opinión la razón es clara. En la medida que el sistema legitimario es un freno a la libertad de testar, aquel condiciona absolutamente el destino de los legados inoficiosos, de manera que

el legislador constriñe y reduce todos los legados de manera proporcional en lo que al exceso se refiere, presuponiendo que esta sería la voluntad del testador, ya que en caso contrario, y si esta fuera expresada al respecto, a esta habría que dar absoluta preferencia.

En un segundo momento, y una vez cubiertas las legítimas previa reducción de los legados en los términos vistos, y en todo caso, cuando no haya legitimarios, si el caudal resulta insuficiente, entraría en juego el orden previsto en el artículo 887 del Código Civil. A los efectos de nuestro estudio, son irrelevantes las interesantes cuestiones de si el artículo 887 se aplica sólo a los casos de aceptación de la herencia a beneficio de inventario o de distribución de toda la herencia en legados prevista en el artículo 891 del Código, o también a los supuestos de heredero puro y simple que resulte insolvente dando por hecho, que su responsabilidad universal por haber aceptado la herencia en tal condición, no le eximiría de hacer frente a su satisfacción incluso con su propio patrimonio. (38)

De aceptarse esta línea de planteamiento, y que es la comúnmente seguida por la doctrina, podría darse el caso de que como mecanismo de protección del sistema legitimario, y salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa, todos los legados se redujeran a prorrata, y en un segundo momento, y atendidas debidamente las legítimas, estos mismos legados y ante un caudal partible insuficiente, su pago se fuera haciendo por el orden establecido en el 887; de esta manera algún o algunos de los legados, en un primer momento podrían haberse visto reducidos, y en uno posterior, podrían quedar completamente ineficaces si no hubiera activo hereditario donde hacerlos efectivos.

4. La incidencia al respecto de la “voluntas testatoris”.— Otra cuestión que debemos de analizar es —como adelantábamos— el distinto alcance que parece tener la voluntad del testador para establecer la preferencia en el pago de los legados ante una posible reducción por razones legitimarias, o para su efectiva realización,

(38) No es una cuestión pacífica en la doctrina la de la responsabilidad universal del heredero por el pago de los legados. PUIG BRUTAU, ROCA SASTRE y en cierta medida VALLET DE GoytisoLo, han sostenido y defendido la no responsabilidad “ultra vires” del heredero, limitándola hasta donde alcance el valor de la herencia.

cuando resulta insuficiente el caudal disponible. En el primer caso, ya vimos la primacía que en todo caso otorga el artículo 820 a lo que el testador disponga al respecto, mientras que según resulta del artículo 887, sobre los legados que el testador haya declarado preferentes, resultan a su vez preferentes los señalados en los números 1.º y 2.º del referido precepto. Ello nos lleva a preguntarnos si el orden establecido en el artículo 887 es imperativo. Mucius SCAEVOLA (39) sostuvo vehementemente tal carácter en el referido precepto, argumentando especialmente que como se va a poder admitir que el artículo 887 solo rija en defecto de otro orden establecido por el testador, cuando es el propio artículo el que establece para tal supuesto el orden señalado en su número tres. Sin dejar de reconocer la consistencia de tal planteamiento, hoy la doctrina prácticamente por unanimidad milita en la tesis contraria, pues nos desenvolvemos en el ámbito de la libertad dispositiva y resulta indiscutible que la voluntad del testador es la ley de la sucesión. Y así POVEDA BERNAL (40), considera que "es evidente que, aunque el artículo otorgue un lugar preferente a los legados remuneratorios y a los de cosa cierta y determinada propia del testador a la propia voluntad de este, resultaría absurdo que si el testador puede lo más, –no ordenar un legado remuneratorio o de cosa cierta, no pueda lo menos– ordenar la preferencia de otro legado a estos últimos.

Y en la línea de armonizar ambas soluciones, son destacables las aportaciones de MANRESA, LACRUZ y ALBALADEJO (41) autor éste último que encuentra argumentos para considerar que en realidad no hay ninguna contradicción entre al párrafo 3.º del artículo 887, y la posibilidad de que el testador establezca otra preferencia distinta para el pago de los legados. Y en este sentido afirma que "Lo que en realidad ocurre es que el mandato genérico del testador de que se pague un legado con preferencia a los demás, no basta para entender que quiere anteponerlos a los de los números 1 y 2, pues tal mandato se interpreta como por la ley como indicativo de voluntad de preferirlo sólo a los de los números 4.º y siguientes. Pero no cabe

(39) Código Civil comentado y concordado extensamente. Tomo XV. 4.ª Edición, Madrid, Reus 1945, p. 463.

(40) "Los artículos 820.2.º, 887 y 891 del Código Civil: posible concurrencia e incompatibilidad, *Revista de Derecho Privado*. Junio 1995, p. 543.

(41) Obra citada, tomo XII, p. 359.

duda de que si al establecer el difunto la preferencia del legado sea sobre todo otro, especifica que también sobre los de los dos primeros números...” .

5. **Conclusiones.**– Sintetizando y haciendo también nuestras las afirmaciones anteriores, podemos sostener que, en el ámbito de la relación exclusiva entre legatarios para la satisfacción de sus legados, es también determinante el orden que el testador haya establecido expresamente para su pago. De esta manera, si la preferencia determinada por el testador es absoluta o debe interpretarse de esta manera con arreglo a los criterios interpretativos establecidos en el artículo 675 del Código Civil, esta tendrá carácter excluyente de la preferencia establecida en el artículo 887; pero si el testador se limita a declarar algunos legados preferentes para el cobro, sin darle a tal carácter un significado totalmente concluyente, deben prevalecer sobre estos los establecidos en los números 1.º y 2.º del referido precepto; y ello, no sólo por respeto a lo él establecido, sino también por el peculiar significado que tienen ambos legados: el primero al ser remuneratorio, tiene naturaleza onerosa por su carácter compensatorio, y el segundo al ser de bienes individualmente determinados que por naturaleza tendrán la cualidad de indivisibles, y en los que el testador ha singularizado también a su destinatario, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y su eventual relación o aprovechamiento del referido bien. Repugna pues, en principio a la naturaleza compensatoria del legado remuneratorio y a la “personificación” de los legados de cosa propia y determinada, que su satisfacción se subordine a otros legados, a menos que el testador así lo haya dicho o resulte expresamente.

Por tanto, y como conclusión de todas las afirmaciones anteriores, entendemos:

A) Que los artículos 820 y 887 aunque aparentemente resultan contradictorios en realidad no lo son pues tienen distintos campos de aplicación; y así, el primero, sólo tendrá lugar cuando se plantee la necesidad de conservar incólume la legítima de existir legítimos, mientras que el segundo, opera al margen del fenómeno de la sucesión forzosa, procurando dar cumplimiento a la voluntad del testador pese a que el caudal hereditario liquidado repartible, resulta insuficiente para hacer frente al pago de los legados.

B) Que tanto en el supuesto del artículo 820 como en el del artículo 887, la reducción, o en su caso, el pago de los legados, de manera preferente o sucesivo, o en su caso, de manera gradual o a prorrata, se hará según lo expresado o manifestado por el causante en su testamento, en la medida como vimos y como ya afirmó en su día GARCÍA GOYENA, "que la voluntad del testador es la ley de la sucesión"

C) Que sólo en el caso que el testador nada haya dispuesto, la reducción de los legados que perjudiquen las legítimas se hará a prorrata, y una vez satisfechas debidamente las legítimas o si estas no existiesen, estos se harán efectivos por el orden establecido en el artículo 887.

D) Que el criterio que a prorrata establece el artículo 820 para la reducción de los legados que perjudiquen la legítima, deriva de la circunstancia de ser el sistema legitimario un freno a la libertad de testar de manera que esta, y su manifestación a través de legados imputables en la parte disponible de la herencia, se ve comprimida, limitando por igual a todos los legados con independencia de cual sea su naturaleza.

E) Que cuando el conflicto se plantee sólo entre legatarios, la solución prevista en el artículo 887 es interpretativa de cual hubiera sido la voluntad del testador ante la circunstancia de que la masa hereditaria repartible resultase insuficiente para hacer efectivos todos los legados.

DERECHO INTERREGIONAL, CÓDIGO CIVIL Y REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES

Adolfo Calatayud Sierra
Notario de Zaragoza

INTRODUCCIÓN

Debemos comenzar este trabajo resaltando la importancia del denominado Derecho interregional, es decir, del conjunto de reglas que determinan cuál de las diversas leyes civiles territoriales existentes en España es la aplicable cuando en una relación jurídica concurren elementos vinculados a varias de ellas. De hecho, el número de casos existentes en la práctica en que se produce esta situación, los que podemos denominar conflictos internos, supera con creces al de los conflictos externos, es decir, aquellos en que concurre un elemento extranjero, ya que España es un país con una importantísima diversidad legislativa civil territorial, que, además, se ha incrementado enormemente en los últimos tiempos, a medida que las Comunidades Autónomas han ido ejercitando sus competencias sobre conservación, modificación y desarrollo de sus Derechos civiles, y donde existen relevantes movimientos de población de unas regiones a otras. Esto se percibe con claridad en los despachos notariales, donde raro es el día que no se suscita algún supuesto con concurrencia de varios elementos sujetos a leyes civiles españolas distintas y en el que es preciso determinar cuál resulta aplicable.

También es preciso destacar que el régimen jurídico del Derecho interregional está sujeto al principio de unidad: sólo debe haber un sistema de solución de conflictos. Y la forma de hacer efectiva esa unidad consiste en atribuir al Estado competencia exclusiva en las normas para resolver los conflictos de leyes (artículo 149.1.8.º). No

puede ser de otra forma, porque la existencia de diversos sistemas conflictuales llevaría a problemas irresolubles. Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que pasa con el Derecho Internacional Privado, en el Derecho interregional no existen los llamados conflictos de jurisdicción: el sistema judicial es único y debe aplicar toda la legislación, estatal y autonómica, como un todo unitario; por ello, si la ley de una comunidad autónoma indicara que en un determinado supuesto debe aplicarse una norma y la de otra, una distinta, el juez o Tribunal se encontraría con una contradicción legal. Aunque, en realidad, para ser más precisos, la unidad del Derecho interregional, más que un mandato constitucional, es un principio general, un objetivo: la Constitución no dispone que el régimen para resolver los conflictos de leyes en España debe ser único, sino que lo que hace es atribuir competencia exclusiva en materia de normas para resolver los conflictos de leyes al Estado, pero está claro que esa atribución tiene como objetivo el logro de la unidad de régimen jurídico.

La competencia exclusiva del Estado en materia de normas sobre conflictos de leyes ha sido afirmada con rotundidad por el Tribunal Constitucional (entre otras, puede verse, por citar la última, la Sentencia 93/2013 sobre la Ley Foral Navarra 6/2000, para la igualdad jurídica de las parejas estables). El criterio del Tribunal Constitucional es que estamos ante una materia enteramente sustraída a la legislación autonómica, en la que las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar, en su caso y si así lo exigiera la sistemática de su legislación, lo establecido en la normativa dictada por el Estado.

La regulación general del Derecho interregional se contiene en el Título Preliminar del Código Civil. El carácter *quasi* constitucional de las normas que contiene el Título Preliminar, sobre fuentes del Derecho y aplicación y eficacia de las normas jurídicas, lo hace, en principio, lugar idóneo para acoger esta regulación. Ahora bien, es lo cierto que se nota una falta de adecuación de la regulación para poder responder a las necesidades creadas por la creciente complejidad de las normativas civiles territoriales. La regulación vigente data de 1973-1974 y, en este punto, pretendía servir de cierre del proceso de elaboración de las compilaciones forales. La situación ha cambiado mucho y, aunque las Leyes 11/1990 y 18/1990 llevaron a cabo una labor de adaptación del Código Civil a los principios establecidos en la Constitución, lo cierto es que la aprobación de ésta

dio inicio a un nuevo periodo en lo que se refiere al crecimiento de los derechos civiles territoriales.

Desde diversos ámbitos se ha demandado una ley de conflictos de leyes internos, para conseguir el ensamblaje adecuado de la pluralidad legislativa civil de España, partiendo de la base de que el Código Civil, en su actual estructura, se ha quedado estrecho para poder abarcar la complejidad de esta materia. En cualquier caso, el Estado no ha tomado iniciativa legislativa alguna, haciendo una verdadera dejación de una competencia que le corresponde con carácter exclusivo. Esto ha llevado consigo que, con alguna frecuencia, las Comunidades Autónomas con competencias en la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho Civil, al regular éste, no se hayan resistido a establecer normas sobre el ámbito de eficacia en el espacio de alguna de sus instituciones, normas que el Tribunal Constitucional, siempre que ha tenido que pronunciarse sobre ellas, ha anulado.

Ésta es la situación básica en que se encuentra nuestro Derecho interregional, recogido en unas escasas normas en el Título Preliminar del Código Civil, cuando, sobre una parcela determinada del Derecho conflictual, la sucesión por causa de muerte, surge el Reglamento (UE) número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (que en su parte principal entrará en vigor el 17 de agosto de 2015). La cuestión que se nos plantea es en qué manera afecta este Reglamento a nuestro Derecho interregional. Y, como vamos a ver, aunque en principio la contestación parece fácil, en realidad, no lo es.

LAS NORMAS DEL REGLAMENTO EUROPEO RELATIVAS A CONFLICTOS INTERNOS

El Reglamento europeo es consciente de la existencia de países europeos con una pluralidad legislativa territorial en el ámbito sucesorio, no sólo España. Se refiere a ellos utilizando la expresión de Estados con "*varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones*". Lo que el Reglamento pretende es seguir, en este punto, un criterio de neutralidad y no incidir en

una materia que considera de competencia estrictamente interna de los Estados miembros.

Así, establece una regla en principio simple, en su artículo 38:

Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes

Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.

Es decir, en principio, y a salvo de que el legislador nacional disponga otra cosa, parece que el Reglamento no afecta a los conflictos de Derecho Interregional y su entrada en vigor no va a modificar la forma en que se resuelven.

Con arreglo a ello, tendremos un doble sistema de resolución de los conflictos de leyes en Derecho sucesorio: el externo, constituido por el conjunto de soluciones que establece el Reglamento Europeo, para los conflictos entre las leyes de diversos Estados, y el interno, para los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre las diversas legislaciones civiles españolas, que se seguirían rigiendo por las normas de conflicto de nuestro Derecho interno.

Esto constituye un cambio muy importante respecto de lo que viene sucediendo hasta que entre en vigor el Reglamento, en que nos encontramos con que existe un único sistema de conflictos de leyes, puesto que las reglas del Derecho Interregional son las mismas que las del Derecho Internacional Privado, con unas pocas excepciones: la ley personal, que mientras para éste es la nacionalidad, para aquél es la vecindad civil; y que en el Derecho Interregional, no son de aplicación las reglas sobre calificación, reenvío y orden público (art. 16.1 CC).

Por tanto, va a haber un cambio importante en la estructura general del sistema de solución de conflictos de leyes, pero, en principio, el Derecho Interregional no experimenta cambio alguno.

Ahora bien, lo cierto es que el tema no es tan sencillo como parece, porque, como vamos a ver, no es fácil la convivencia de estos dos sistemas de resolución de conflictos, puesto que, siendo como son diferentes, que aportan soluciones distintas en muchas oca-

siones, no es fácil deslindarlos con nitidez y fijar en qué casos nos encontramos ante un tipo de conflictos y cuándo en otros. O, dicho de forma más directa, el problema es determinar en qué casos hay que atender al Reglamento europeo para determinar la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte y en cuáles otros tendremos que acudir al régimen de los conflictos internos.

La cuestión fundamental es fijar cuándo –siguiendo la terminología del Reglamento Europeo– nos encontramos, en los casos, como España, de *Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de sucesiones*, ante *"conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales"*. Es ésta una cuestión que el Reglamento no aclara y que, como veremos, no resulta sencillo resolver.

La relación entre el Derecho Interregional y el Reglamento Europeo no termina aquí, ya que en los casos en que resulte de aplicación el Reglamento sucesorio y conforme a él quede determinada la ley española, se hace preciso decidir cuál de las diversas leyes sucesorias españolas es la que debe regir. A esta cuestión el Reglamento Europeo dedica el artículo 36:

Estados con más de un sistema jurídico-conflictos territoriales de leyes:

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

2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes:

a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento;

b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplica-

ble con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha;

c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al artículo 27 y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha.

Aún contiene otra norma el Reglamento Europeo, sobre los que denomina *conflictos interpersonales de leyes*, es decir los que se producen en los Estados que tengan dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de sucesiones (art. 37), pero no es el caso de España y, por ello, no nos vamos a detener en este tipo de conflictos.

Para intentar profundizar en la materia, examinaremos, a continuación, aunque sea esquemáticamente, las reglas de funcionamiento del Derecho interregional sucesorio y después las diferencias del sistema de solución de conflictos que establece respecto de las que proporciona el Reglamento Europeo. A continuación, intentaremos fijar las relaciones entre uno y otro sistema y, sobre todo, delimitar sus respectivos ámbitos de actuación.

SISTEMA DE DERECHO INTERREGIONAL SUCESORIO EN EL CÓDIGO CIVIL

El sistema de resolución de los conflictos internos de leyes en materia sucesoria del Código Civil (que, hasta que entre en vigor el Reglamento Europeo, como hemos dicho, es común con el de los de

Derecho internacional privado, con la excepción de la ley personal y de que no operan en los conflictos internos las nociones de calificación, reenvío y orden público) puede ser examinado atendiendo a sus cuatro características esenciales:

1. La vecindad civil en el momento del fallecimiento como ley sucesoria. Así lo establece el art. 9.8 en relación con el 16.1 CC. Seguramente éste es el tema clave y, por ello, es preciso prestarle la suficiente atención, porque vecindad civil como punto de conexión tiene rasgos muy destacables.

La utilización de la vecindad civil como ley personal y, particularmente, en el ámbito al que nos estamos refiriendo, como ley sucesoria, representa un ajuste fino entre elementos personales y territoriales, en la medida en que se adapta al lugar de nueva residencia en un plazo no muy largo (diez años) si no hay declaración del interesado en contra, pero también permite conservar la de origen o bien someterse a la de la nueva residencia en un plazo breve (dos años) mediante declaración expresa. El régimen jurídico de este punto de conexión supone un equilibrio entre dos posiciones antagónicas: la territorialista, que tendería a someter a todas las personas a la ley de su lugar de residencia, sin posible oposición, o, al menos, a reducir los plazos de residencia para el cambio automático de la ley personal; y, como solución contraria, la personalista, conforme a la cual la ley personal de origen de una persona sólo debería ceder o cambiar por la del lugar de residencia mediante voluntad en tal sentido.

En el fondo, subyace aquí la tensión entre los territorios que reciben ciudadanos procedentes de otros, que han tenido que emigrar, y los territorios de origen de estos emigrantes; en los primeros se considera perturbador tener que aplicar la ley de otras regiones a personas que llevan tiempo asentadas en ellos, mientras que en las regiones de origen se aspira a que estas personas no pierdan sus raíces y su ley personal.

Como decimos, el régimen legal español establece un equilibrio entre esos dos extremos y, pese a algunas opiniones contrarias al mismo, lo cierto es que este régimen en la práctica tiene un alto grado de aceptación social. Su posible modificación fue objeto de debate en el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza de 1981, donde, en contra de las aspiraciones de los representantes de algu-

nos territorios, se estableció en sus conclusiones la necesidad de mantener los criterios generales de atribución de la vecindad civil regulados en el Código Civil (aunque se pidió que se admitiera la posibilidad de recuperar la vecindad civil de origen perdida automática o voluntariamente, mediante un procedimiento sencillo y flexible que no exigiera nueva residencia en el territorio de origen, lo que el legislador no ha llevado a cabo).

Frente a esta solución mayoritaria, las tendencias dirigidas a su modificación, tanto en una vía como en la opuesta, se pueden considerar minoritarias. En un sentido personalista, puede mencionarse el nonato proyecto de Título Preliminar de Código Civil elaborado por la Comisión General de Codificación y publicado en 1985, en el que se establecía que la vecindad civil no podría modificarse por mucho tiempo que se residiera en otro territorio si no constaba la voluntad en ese sentido del interesado. Por el contrario, el criterio territorialista es muy defendido en alguna Comunidad, particularmente la catalana.

La característica principal de la vecindad civil, conforme a lo dicho, es la repercusión que tiene en su modificación la residencia continuada del sujeto en un territorio con Derecho civil propio diferente al de la vecindad civil que tuviera con anterioridad. La residencia es un dato de mero hecho, que no exige el empadronamiento municipal; éste constituye un deber administrativo y puede facilitar la prueba de la residencia, pero en ningún caso es un requisito para que desde el punto de vista jurídico pueda considerarse que una persona tiene su residencia habitual en un determinado lugar.

Y esto lleva al otro aspecto destacable de este punto de conexión, que es su carácter difuso, mucho menos fijo y claro que la nacionalidad, hasta el punto de que muchas personas desconocen cuál es la propia y el significado mismo de la vecindad civil. Que cambie por el mero transcurso del tiempo de residencia y que no sea necesaria su constancia en el Registro Civil hacen que estemos ante un punto de conexión intermedio entre los que podemos llamar *fuertes*, como la nacionalidad, y los *débiles*, como la residencia habitual.

Lo que pasa es que esto dificulta su prueba y el Registro Civil no ayuda, porque la vecindad civil apenas se inscribe en él. Más bien, hasta ahora la legislación del Registro Civil y, muy particularmente, la rígida interpretación que se ha hecho de ella ha sido una importante rémora. En efecto, el art. 14.5 del CC exige que las declaraciones sobre conservación o adquisición de la vecindad civil

se hagan constar en el Registro Civil y de ahí ha deducido la DGRN (Resolución 21 de noviembre de 1992) que sólo pueden hacerse ante el encargado del Registro Civil y ha excluido la posibilidad de que se lleven a cabo en documento notarial, pese a que el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales (art. 1 de la Ley del Notariado). Y pese a que el momento idóneo para que las personas se planteen la cuestión de su vecindad civil y, por tanto, para hacer esas declaraciones es el de otorgar testamento ante notario (o también al llevar a cabo otros actos notariales); en ese momento reciben la información y el asesoramiento del notario y es el tiempo y el lugar oportunos para llevarlas a cabo; la práctica demuestra que, por mucho que se les indique en la Notaría la posibilidad y conveniencia de ir al Registro Civil a hacer la declaración, la mayoría de las personas desiste u olvida hacerlo.

Si no se hubiera impedido la realización de las declaraciones de vecindad civil ante notario, habría sido posible que muchas personas aclararan su vecindad civil; porque estas declaraciones podrían utilizarse no sólo para su finalidad más propia, la adquisición de la vecindad civil del lugar de residencia o la conservación de la que se tenía antes de cambiar de residencia, sino también para evitar las dudas y litigios que pueden producir situaciones dudosas, fijando claramente la vecindad civil de la persona. El documento autorizado por el notario seguidamente se presentaría al Registro Civil. Téngase además en cuenta que, una vez hecha una declaración de este tipo, ya no es preciso reiterarla, aunque con posterioridad haya un cambio de residencia.

Hoy en día, en el tráfico jurídico, la vecindad civil normalmente se deja a la manifestación de las partes. El legislador no ha pretendido llegar más lejos, exigiendo la prueba de la vecindad civil, para no bloquear la necesaria agilidad que precisa el tráfico jurídico y económico, ante la enorme dificultad de poderla acreditar, en muchos casos, de modo suficiente. En la práctica, la labor notarial resulta esencial en una materia en la que a veces es preciso llevar a cabo un verdadero estudio de la peripecia vital de la persona fallecida para determinar su vecindad civil y, por tanto, la ley aplicable a su sucesión por causa de muerte.

Si surge controversia sobre la vecindad civil, la única solución definitiva será la declarada por el órgano judicial ante el que se haya

planteado el correspondiente procedimiento declarativo, que resolverá en función de las pruebas aportadas, aunque existen algunas presunciones legales, no muy útiles, por lo que muy frecuentemente funciona una presunción, no escrita, si no se prueba suficientemente otra cosa, a favor de la vecindad civil del lugar de residencia.

De todos modos, es de destacar que, pese a la inseguridad de este punto de conexión, la litigiosidad en esta materia no es alta, lo que pone de manifiesto que la labor notarial se realiza de modo satisfactorio.

La situación podría mejorar con la nueva Ley del Registro Civil de 2011, cuando entre en vigor (lo que está previsto para el 15 de julio de 2015, según el aplazamiento decretado por el Real Decreto-Ley 8/2014), ya que su art. 27.1 establece que *"el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo, notarial o registral, es título suficiente para inscribir el hecho o acto que accede al Registro Civil"*. Creo que, conforme a este precepto no debería dudarse que las declaraciones relativas a la adquisición o conservación de la vecindad civil pueden hacerse en documento notarial; de hecho, de todos los documentos *"auténticos"* que se mencionan en ese precepto, el notarial es el idóneo para recoger las declaraciones de particulares destinadas a producir efectos jurídicos. Una vez otorgado el documento notarial que recogiera la declaración, y conforme a lo que también dispone el apartado 3 de ese artículo, podría ser presentado en soporte electrónico al Registro Civil por el notario.

Esta vía que se abre no debería dejarse pasar para dotar de mayor seguridad jurídica las sucesiones por causa de muerte y, en general, el tráfico jurídico, puesto que, aunque la nueva Ley del Registro Civil de 2011 aspira a que la vecindad civil se inscriba con carácter general, si la iniciativa no la toman los notarios, es previsible que la situación no cambie mucho.

2. La imposibilidad de elegir la ley aplicable. La vecindad civil en el momento del fallecimiento constituye el único punto de conexión que el Código Civil admite. No se reconoce el derecho de elegir otra ley para regir la sucesión por causa de muerte.

Ahora bien, siendo esto verdad, un efecto hasta cierto punto parecido se puede conseguir mediante los mecanismos a que acabamos de referirnos de declaraciones de adquisición y conservación de la vecindad civil ligados a la residencia. Como decíamos, el proble-

ma hasta ahora ha sido que no se ha permitido que las declaraciones puedan llevarse a cabo ante notario. Cuando por fin se ponga en funcionamiento esta vía, será posible una cierta elección de ley, al menos en los casos de personas que se encuentran dentro del plazo para adquirir una distinta a la que tienen atribuida.

El problema que podemos encontrarnos aquí es la interpretación que ha venido haciendo el TS del principio de fraude de ley, que va más allá de lo razonable. Así, la conocida Sentencia de 5 de abril de 1994 declaró nulos e ineficaces, por fraude de ley, sendos testamentos otorgados conforme al Derecho foral de Vizcaya por unos cónyuges que habían adquirido voluntariamente y tras el transcurso de más de dos años de residencia en territorio aforado la vecindad civil vizcaína cuando anteriormente, por residir en el término municipal de Bilbao, tenían vecindad civil común. Lo que hay detrás de este planteamiento es una sobreprotección de las legítimas, que pesa con frecuencia en la doctrina del TS, de modo que cualquier actuación que produzca como efecto una reducción de aquéllas tiende a presumirse fraudulenta.

En realidad, puede afirmarse que es muy discutible la aplicación del principio de fraude de ley entre leyes de un mismo Estado, máxime cuando se han utilizado los mecanismos de selección de ley aplicable que el propio Estado establece. En el ámbito del Derecho Internacional Privado, el fraude de ley apenas se ha utilizado con independencia de la excepción de orden público, que, sin embargo, no opera en el Derecho Interregional. Si se parte de la igualdad o paridad de todos los Derechos civiles españoles y de la libertad reconocida a los ciudadanos españoles para optar por una vecindad civil o adquirirla por declaración expresa dado cierto tiempo de residencia, no parece quedar resquicio para la apreciación del fraude de ley: la intención de quedar sometido a una ley española nunca podría ser fraudulenta.

Una corrección parcial de esta equivocada doctrina se ha producido en la STS de 14 de septiembre de 2009 que, aunque mantiene la posible aplicación del fraude de ley en Derecho Interregional, considera que el mero cambio de vecindad civil y el cambio de régimen jurídico que comporta no puede considerarse fraude de ley y que para que se declare su existencia debe probarse cumplidamente la finalidad de defraudar la norma, sin que sea suficiente que la nueva ley aplicable resulte más favorable a los intereses del declarante.

3. Los efectos del cambio de ley personal sobre las disposiciones ya otorgadas. El art. 9.8 del Código Civil establece que las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la vecindad civil del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservan su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.

Esta regla, de gran interés, viene entendiéndose que es una norma de validación respecto de las consecuencias a que llevaría la aplicación de la ley sucesoria si fuera distinta de la personal al tiempo del otorgamiento del testamento o pacto sucesorio. De modo que las disposiciones contenidas en éstos también serán válidas si son conformes con la ley sucesoria, aunque no lo fueran conforme a la ley personal cuando se otorgaron. Es decir, que las disposiciones hechas en testamento o pacto sucesorio pueden encontrar amparo en ambas leyes, de modo que basta con que sean válidas con arreglo a una cualquiera de ellas.

Pero, por otra parte, entiendo que esta regla no se limita a ser una norma de validación para resolver el conflicto móvil que surge cuando esa ley sucesoria no es la misma que la personal del testador o disponente al tiempo de su otorgamiento, sino que, además, establece el estatuto del contenido del acto de disposición por causa de muerte, que, por tanto, no es la ley sucesoria, sino la que podemos denominar *lex testamentis*. Es decir, el contenido del testamento o pacto sucesorio no se rige por la ley sucesoria, sino por la ley del título sucesorio, que es la ley personal del otorgante o disponente al tiempo del otorgamiento, con la única excepción de las legítimas. Muy especialmente, se aplicará la *lex testamentis* a las normas sobre interpretación e integración de omisiones del acto de disposición por causa de muerte.

En cuanto a la excepción de las legítimas, ha sido criticada por la mejor doctrina, porque, de hecho, puede llevar consigo que la voluntad declarada en el testamento o pacto sucesorio pierda buena parte de su eficacia. Para evitar esta limitación del testamento o contrato sucesorio por razón de la legítima que fije la ley sucesoria distinta de la ley por la que se rigieron aquéllos, la solución pasaría por el camino ya expresado: que el testador realice declaración expresa de conservación de su vecindad civil, para que ésta no cambie, de modo que se aseguraría que la ley aplicable a su sucesión sería la

misma que aquella en virtud de la cual se ha otorgado el testamento o pacto sucesorio. A estos efectos, entiendo que la declaración de conservación de la vecindad civil puede realizarse aunque uno resida en el mismo territorio y que, una vez hecha, se asegurará su mantenimiento aunque luego se cambie de residencia y por mucho tiempo que se resida en el nuevo territorio. En este caso, además, no debería haber objeciones basadas en el fraude de ley, puesto que en ningún caso podría considerarse tal la decisión de mantener la ley personal que ya se tenía.

4. El régimen de los derechos del cónyuge viudo. También establece el art. 9.8 del Código Civil que los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

Esta regla, introducida en la reforma del Código Civil de 1990, no ha hecho más que plantear dudas sobre su interpretación. Probablemente forzando su sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha considerado preferente la ley sucesoria sobre la de los efectos del matrimonio cuando al fallecer uno de los cónyuges ambos tenían la misma vecindad civil, adquirida de forma sobrevenida por su residencia común, lo cual presume por efecto del art. 69 CC, de modo que en esos casos se aplicaría también a los derechos sucesorios legales del cónyuge viudo la ley sucesoria, aunque fuera otra la que rigiera los efectos del matrimonio (Resolución de 11 de marzo de 2003).

La experiencia habida seguramente aconsejaría corregir esta solución y volver a someter los derechos atribuidos al cónyuge viudo que tengan naturaleza sucesoria (no los de carácter familiar) a la ley misma que rige la sucesión.

Hasta aquí la descripción de los rasgos esenciales del sistema de conflictos de leyes internos en materia sucesoria. Obsérvese que se parte de un principio de unidad en la sucesión, basado en la ley de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento, con independencia de la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren; pero, sin embargo, esta ley puede concurrir, dentro de una misma sucesión, con otras: la *lex testamenti*, es decir, la de la vecindad civil en el momento del otorgamiento del testamento o pacto sucesorio, para las disposiciones contenidas en él; y la de los

efectos del matrimonio, para los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge viudo. Incluso, puede concurrir otra ley: la aplicable a la forma del testamento o pacto sucesorio; pero sobre la materia de las formas no vamos a detenernos.

DIFERENCIAS DEL SISTEMA INTERNO CON EL ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO EUROPEO

Veamos, a continuación, las características esenciales del sistema de ley aplicable establecido por el Reglamento europeo, para, así, poder apreciar bien, comparativamente, las diferencias con el régimen de conflictos internos. Téngase, además, en cuenta que, como hemos dicho, el legislador español podría optar por aplicar sus soluciones también a los conflictos internos, cosa que no ha sucedido, al menos de momento.

Concretamente, cabe apreciar fundamentalmente cinco diferencias entre el régimen de determinación de la ley aplicable del Reglamento Europeo y el de nuestro Derecho Interregional:

1. La primera consiste en el derecho que el Reglamento Europeo concede a la **elección de la ley aplicable (art. 22)**, aunque limitadamente: sólo cabe elegir la ley de la nacionalidad que se posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento (curiosa esta última elección: se elige una nacionalidad futura, que quizá no llegue a tenerse nunca, en cuyo caso la elección realizada carecerá de eficacia).

Si hay elección y reúne los requisitos que establece el Reglamento, no hay nada más que discutir: la ley elegida será la aplicable a la sucesión.

Es ésta la primera diferencia con el régimen de Derecho Interregional español, aunque, si atendemos a lo que decíamos antes y el margen de actuación que se concede para decidir sobre la vecindad civil, la diferencia, siendo importante, no lo es tanto como inicialmente podría pensarse.

2. Si no hay elección, el Reglamento da entrada a un punto de conexión objetivo. Y, puesto que el Reglamento ha optado por un sistema de unidad de la sucesión (como el vigente en España), ha

tenido que acudir a puntos de conexión ligados a la persona y dos eran las posibles opciones: la nacionalidad y la residencia habitual. Y se ha elegido la **residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 21.1)**, tras mucho tiempo de preponderancia de la nacionalidad como ley sucesoria. Así se ha hecho porque se ha considerado que la residencia habitual se corresponde mejor con el centro de vida e intereses del causante, aunque lo cierto es que esto no siempre sucederá.

Este punto de conexión no está desprovisto de inconvenientes prácticos, por la dificultad de su determinación, dado que se trata de un dato de mero hecho. El Reglamento, aunque no define qué se entiende a estos efectos por residencia habitual, sí que apunta a un concepto más de fondo que puramente formal, al señalar que, con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia; y añade que la residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con ese Estado (Considerando 23). O sea, para fijar la residencia habitual, es preciso tomar en consideración todos estos factores, de carácter diverso y sin que se determine el peso que ha de darse a unos y otros. Así las cosas, es posible que, en casos en que concurren diversos elementos ligados a territorios distintos, ante unas mismas circunstancias de hecho, una autoridad se incline por considerar que la residencia habitual se encuentra en un Estado y otra en uno diferente. En suma, estamos ante un punto de conexión que brinda menos seguridad jurídica que la nacionalidad.

Obsérvese que podría suceder que la residencia habitual a la que hace referencia el Reglamento Europeo no coincidiera con la residencia habitual a efectos de la sujeción personal al Impuesto de Sucesiones. A estos efectos, en España el art. 6 de la Ley del Impuesto de Sucesiones se remite, para la determinación de la residencia habitual, a lo que sobre ésta regulan las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; y de acuerdo con el art. 9 de la LIRPF, con la matización que introduce el art. 17 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, se entiende que el causante

tenía residencia habitual en España cuando se den cualquiera de las siguientes circunstancias: que haya permanecido más de 183 días en relación a los 365 días anteriores a su fallecimiento; o que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades empresariales o profesionales o de sus intereses económicos, de forma directa o indirecta.

En cualquier caso, la labor notarial puede jugar aquí un papel esencial, como lo viene haciendo ya con las declaraciones de herederos, a través del acta de notoriedad, que se presenta como instrumento especialmente útil para este objetivo.

Pues bien, la diferencia, en este punto, con el régimen de nuestro Derecho Interregional es también importante, aunque, como vimos, la vecindad civil ya presenta una proximidad importante con la residencia habitual, por lo que dicha diferencia es menos marcada de la que se produce respecto del concepto *nacionalidad*.

De todos modos, como vamos a ver, esta diferencia al final no resulta relevante, conforme a lo que dispone el art. 36 del Reglamento.

3. Como cláusula excepcional, el Reglamento dispone que, si resultara claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un **vínculo manifiestamente más estrecho** con un Estado distinto al de la residencia habitual, la ley aplicable será la de ese otro Estado (art. 21.2). Este punto de conexión todavía resulta más inseguro que la residencia habitual, si bien su carácter excepcional hará que requiera prueba muy cumplida, que irá a cargo de quien alegue que la ley aplicable no debe ser la del país de residencia habitual, sino la de otro con el que el causante mantenía un “vínculo manifiestamente más estrecho”.

Téngase en cuenta que este punto de conexión sólo actúa frente a la residencia habitual, no frente a la ley nacional elegida, que prevalece en todo caso, por lo que no le puede ser opuesta la ley del lugar con vínculo manifiestamente más estrecho.

En la medida en que no existe un punto de conexión similar en Derecho Interregional, aquí el cambio es radical.

4. **La ley sucesoria se extiende a los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstite.** No existe en el Reglamento Europeo una regla similar a la de la parte final del art. 9.8 CC., que, como vimos, constituye una excepción al régimen general sucesorio.

Ahora bien, parece claro que esto no será de aplicación a los derechos de naturaleza familiar, aunque se desencadenen y se hagan efectivos con ocasión del fallecimiento de uno de los cónyuges, como sucede, en particular, con el derecho de viudedad aragonés.

La diferencia del Reglamento respecto del Derecho Interregional es aquí muy importante, aunque su alcance concreto dependerá de cómo se interprete esa parte final del art. 9.8 CC, sobre la que, como dijimos, hay controversia.

5. En cuanto al tratamiento del cambio de ley sucesoria sobre las disposiciones por causa de muerte, el Reglamento Europeo también contiene una regla destinada a regular esa materia. Concretamente, establece que **las disposiciones mortis causa contenidas en testamento se regirán, por lo que respecta a su admisibilidad y validez material, por la ley que, en virtud del presente Reglamento, habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición (art. 24)**. Una regla idéntica se establece para los pactos sucesorios (art.25.1).

Es una norma de características similares a la del segundo inciso del art. 9.8 del CC. Como en este último, y aunque no lo diga el propio precepto, también queda fuera de su ámbito el régimen de las legítimas, que se rige por la ley sucesoria (como claramente dispone el art. 23.2.h), lo que merece los mismos comentarios críticos formulados respecto del precepto del CC.

Sin embargo, aunque esta regla es parecida a la del CC, no es idéntica y, de hecho, presenta importantes diferencias. En efecto, aquí no nos encontramos con una regla de solución de conflictos móviles, sino ante una especie de ley sucesoria anticipada.

Consecuencia de ello es que esa ley será la que se aplicará al contenido del testamento, incluyendo sus criterios interpretativos (art. 26); si bien, como dijimos, esta misma solución puede defenderse en el ámbito de nuestro art. 9.8.

Pero, aún más, el hecho de que se establezca una ley sucesoria anticipada y no una norma de validación, como la del Código Civil, implica que las disposiciones contenidas en el testamento o pacto sucesorio sólo puede encontrar amparo en esa ley. De modo que no podrán encontrarlo en la ley sucesoria propiamente dicha, por lo que aquellas disposiciones conformes a ésta pero que no lo sean a la ley del testamento carecerán de validez.

En este punto, nuestro art. 9.8 resulta más satisfactorio, ya que es más conforme con el principio *favor testamentii* y con el respeto a la voluntad del testador.

Hay que destacar también que la norma del Reglamento Europeo permite elegir la ley nacional para que rija la admisibilidad y validez material del testamento (art. 24.2), que, obsérvese, es una elección diferente de la relativa a la ley aplicable a la sucesión que regula el art. 22. Es decir, el Reglamento Europeo regula dos elecciones de ley distintas y, por ello, convendrá que, cuando el testamento contenga la elección de ley aplicable, aclare bien el tipo de elección que se está haciendo, que puede referirse a una sola cosa o a ambas: ley aplicable a la sucesión y ley aplicable a la admisibilidad y validez material del testamento.

Hasta aquí el examen de las características fundamentales del régimen de solución de conflictos establecido por el Reglamento Europeo en comparación con el de nuestro Derecho Interregional. Hay otras normas de importancia en el Reglamento, como las reguladoras de los pactos sucesorios relativos a la sucesión de varias personas (incluyendo aquí también los testamentos mancomunados con disposiciones correspectivas, recíprocas o mutuamente condicionadas), de gran interés y que resuelven problemas para los que el Derecho español carece de solución. Igualmente son importantes las que se refieren a la validez formal de las disposiciones por causa de muerte, que para el Derecho internacional privado español sólo suponen novedad en lo relativo a los pactos sucesorios, puesto que para los testamentos sigue siendo de aplicación el Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Pero no vamos a detenernos en estas materias.

Examinados comparativamente ambos sistemas, puede concluirse que nos encontramos antes dos regímenes de resolución de conflictos con notables diferencias. Lo que hace preciso reflexionar sobre sus relaciones.

RELACIONES ENTRE AMBOS SISTEMAS

Son dos las cuestiones que plantea la relación entre estos dos sistemas de resolución de conflictos de leyes en materia de sucesiones *mortis causa*.

1. La primera y más básica es el ámbito de actuación de cada uno de estos sistemas, porque, aunque en muchos casos coincidirán en la solución respecto de la ley considerada aplicable, también pueden llevar a resultados completamente diferentes en función de las circunstancias concurrentes en el caso, tal y como puede deducirse de la comparativa que hemos realizado. De ahí que sea una exigencia de seguridad jurídica la clara delimitación de los supuestos en que se aplica uno y otro sistema.

Esta cuestión no aparece resuelta en el Reglamento Europeo, que, como veíamos al principio, en su art. 38, se limita a establecer que el Reglamento no se aplica a los conflictos internos de leyes si los Estados no lo disponen expresamente; pero no dice qué hay que entender, a estos efectos, por "*conflictos internos*". La respuesta a esta cuestión suscita muchas dudas y a ella dedicaremos el siguiente apartado.

2. La segunda cuestión sí que está resuelta en el art. 36 del Reglamento, que antes se transcribió, y, a mi modo de ver, de forma muy satisfactoria: se refiere a cómo fijar la ley aplicable cuando, conforme al Reglamento, resulta designada la ley de un Estado que comprende varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, como es el caso de España. La solución que proporciona se basa en el respeto del Derecho del país en cuestión, de modo que la determinación de la concreta ley aplicable se hará conforme a las normas internas sobre conflictos de leyes. Es decir que, en los casos de sucesiones internacionales en que, con arreglo al Reglamento, la ley aplicable es la española, serán las normas del Derecho Interregional español las que fijarán cuál de las diversas leyes territoriales sucesorias coexistentes en España regula la sucesión. Lo cual lleva a las siguientes soluciones:

— En el caso de españoles, a su vecindad civil al tiempo del fallecimiento, y ello aunque su residencia habitual se encuentre en otro territorio español o, incluso, en el extranjero, porque las normas internas sobre conflictos de leyes dicen que la ley sucesoria es la de la vecindad civil al tiempo del fallecimiento. Esta regla es muy importante y debe tenerse muy presente, porque en muchos casos llevará consigo que la solución que se alcance a través del Reglamento sea la misma que se alcanzaría con el Derecho Interregional.

El Reglamento ha superado la tentación de imponer la residencia habitual también como criterio interno de fijación de la ley sucesoria. Como se explicaba antes, el mantenimiento de la vecindad civil como punto de conexión para los españoles, que es la solución vigente y consolidada, es la mejor solución posible, por las razones que ya fueron explicadas y que no procede repetir.

— Si se trata de extranjeros residentes en España, tendremos que ir a la ley del territorio español en que tuvieran su residencia habitual, por aplicación analógica de la regla establecida en el art. 9.10 CC, que considera ley personal de los apátridas la de su residencia habitual: en el ámbito interno, los extranjeros, al carecer de vecindad civil, tienen que ser considerados como “apátridas”. También cabría entender que nuestro DIR carece de solución para ese caso, lo que supondría la aplicación del apartado 2 del art. 36, pero su letra a) llevaría a la misma solución: a la ley de la unidad territorial en la que el causante hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

— Y, en cuanto a los extranjeros que residan fuera de España, el Derecho Interregional no nos proporciona solución, con lo que habría que acudir a lo que dispone el art. 36.2.b del Reglamento y tomar en cuenta la ley de la unidad territorial española con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha.

DELIMITACIÓN ENTRE CONFLICTOS EXTERNOS E INTERNOS

Vamos a abordar a continuación la delimitación de los dos sistemas de solución de conflictos, es decir, en qué casos, para determinar la ley aplicable a la sucesión, tendremos que aplicar las normas del Reglamento Europeo y en cuáles las del Derecho Interregional, ya que, insistimos, uno y otro pueden llevar a resultados diferentes.

Como acabamos de ver, el art. 36 del Reglamento reduce mucho las consecuencias de estas diferencias, porque, cuando la ley que resulta aplicable conforme al Reglamento sea la española y el causante tenga la nacionalidad española, llegaremos a su vecindad civil en el momento de su fallecimiento, que es lo mismo que resulta de nuestro Derecho Interregional. Pero, sin embargo, en otros aspec-

tos hay importantes diferencias. Veamos algunos ejemplos que nos lo pongan de manifiesto. Para que se aprecie mejor la trascendencia que puede tener aplicar uno u otro régimen partiremos en todos los ejemplos de causantes de nacionalidad española y que fallecen residiendo en España.

El primer ejemplo sería el de un ciudadano español de origen ecuatoriano, cuya familia ha permanecido en Ecuador, a donde acude todos los años varios meses, donde tiene la mayor parte de sus intereses y sus bienes. Según el Reglamento Europeo, a su sucesión se aplicaría seguramente la ley ecuatoriana, por la cláusula excepcional que llama a la ley con la que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho. En cambio, conforme al Derecho Interregional, que no admite esa cláusula excepcional, se aplicaría la ley española de su vecindad civil.

Segundo: español casado con alemana, siendo que los efectos de su matrimonio se rigen por la ley alemana, por ser ese país el lugar de su primer domicilio conyugal inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio (art. 9.8 en relación con el 9.2 CC). Los derechos sucesorios legales del cónyuge viudo, conforme al DIR, serán los que establece la ley alemana, que da derecho al cónyuge a una cuota en propiedad; mientras que, si es de aplicación el Reglamento Europeo, estos derechos se determinarán por la vecindad civil del causante.

Tercero: pacto sucesorio otorgado entre un matrimonio residente entonces en Francia siendo el marido aragonés y la esposa francesa, pacto que se refiere a la herencia de ambos y con efectos sólo para caso de fallecimiento. Cuando fallece el marido resulta que la esposa es también aragonesa, puesto que ha adquirido la nacionalidad española y esa vecindad civil. Según el Reglamento Europeo, el pacto no sería válido, por no estar admitido por la ley francesa, puesto que su art. 25.2 exige que el pacto sea admisible por la ley que habría sido aplicable a la sucesión de ambos en el momento del otorgamiento. En cambio, las reglas de Derecho Interregional lo validarían, por ser conforme a la ley sucesoria de ambos.

Y el cuarto: el causante, de nacionalidad alemana cuando otorgó el testamento, eligió que su sucesión se rigiera por la ley alemana, pero fallece siendo español y residente en España. Conforme al Derecho Interregional, a su sucesión se aplicará la ley de su vecindad civil, puesto que la elección de la ley alemana carecería de eficacia,

mientras que si rige el Reglamento Europeo para determinar la ley aplicable, la elección será válida.

Pues bien, como hemos dicho, el Reglamento Europeo no da solución a esta cuestión. Se limita a referirse, respecto de los Estados con diversas unidades territoriales con sus propias normas sucesorias, a los "*conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales*", en los que los Estados no están obligados a aplicar las normas del Reglamento. Pero la pregunta que hay que responder es cuándo se trata de conflictos de leyes que se plantean exclusivamente entre diversas unidades territoriales de un mismo Estado. Y no es fácil dar contestación a esta cuestión.

Hay que tener en cuenta que la sucesión por causa de muerte es un fenómeno complejo, en el que intervienen diversos elementos personales, reales y formales, que pueden tener vinculación con diferentes territorios. Además, no puede olvidarse la importancia del aspecto temporal, puesto que la vinculación territorial de algunos de esos elementos puede ser distinta en momentos diferentes. La cuestión, entonces, es determinar qué elementos extrajeros deben concurrir en una sucesión por causa de muerte para que se entienda que no se trata de una sucesión interna, regida por las reglas del Derecho Interregional, sino de una sucesión internacional, a la que debe aplicarse el Reglamento europeo.

Concretamente, los elementos que intervienen en una sucesión por causa de muerte y que pueden tener vínculos territoriales diferentes son los siguientes:

1. El causante de la sucesión por causa de muerte. Es el elemento más importante y su vinculación con un determinado territorio puede venir de su nacionalidad y de su residencia habitual. Y, en cuanto a estas circunstancias, hay varios momentos que pueden considerarse relevantes: el de su fallecimiento; y los de otorgamientos de actos de disposición por causa de muerte, que pueden ser varios, puesto que es posible que a una misma sucesión le sea de aplicación más de un título sucesorio voluntario, compatibles entre sí.

2. Los sucesores, respecto de los cuales hay también dos puntos de conexión posibles: su nacionalidad y su residencia habitual. Aquí parece que el elemento temporal relevante es sólo uno: el momento de apertura de la sucesión; a la nacionalidad o la residencia

habitual del sucesor en el momento del otorgamiento del acto de disposición por causa de muerte no parece que haya que darle relevancia, ni siquiera si se trata de un pacto sucesorio en el que ese sucesor hubiera tenido intervención directa.

3. Los bienes objeto de la sucesión. Aquí el punto de conexión relevante sería su situación en el momento del fallecimiento del causante, con independencia de su naturaleza mueble o inmueble, ya que ni el Derecho conflictual español ni el Reglamento Europeo establecen distinciones por tal razón. Este punto de conexión puede suscitar dudas en algunos casos y requiere matices. Así, respecto de algunos bienes, habrá que considerar como punto de conexión no tanto su situación física en el momento del fallecimiento como el lugar de su matrícula o abanderamiento (vehículos matriculados, embarcaciones, aeronaves). En los créditos, probablemente habría que estar al lugar de residencia del deudor. No parece que se deban tener en cuenta otros elementos temporales, como la fecha de adquisición de los bienes.

4. El punto de conexión formal que podría considerarse relevante sería el del lugar de otorgamiento del acto de disposición por causa de muerte.

Como decimos, no es fácil responder a la pregunta planteada y el caso es que hay que hacerlo, puesto que las autoridades y funcionarios encargados de hacer efectivas las sucesiones por causa de muerte lo primero que necesitan es fijar la ley aplicable a éstas; y los ciudadanos tienen derecho a la seguridad jurídica, a saber cómo se determina la ley aplicable a su sucesión por causa de muerte o a aquella a la que puedan estar llamados como sucesores.

No puede desconocerse que el Reglamento Europeo parece tener una pretensión de amplio alcance, ya que el Considerando 7 establece que *"conviene facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas"*. En efecto, esta idea de *"sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas"* permite percibir una cierta vocación de someter a las normas del Reglamento todas las herencias que deban tener repercusión en países distintos. Pero

no define ni aclara más este concepto, lo que hace surgir múltiples dudas.

Lo que viene a continuación son unas reflexiones personales sobre esta cuestión, que no pretenden establecer conclusiones definitivas, sino alentar el debate, con el objetivo de que de él puedan salir ideas más seguras.

1. En primer término, creo que debe descartarse la virtualidad del lugar de otorgamiento del testamento o pacto sucesorio para hacer que la herencia sea internacional. Si el otorgamiento se produjo en otro país, ese solo hecho no supondrá que entren en juego las normas del Reglamento Europeo para la fijación de la ley aplicable a la sucesión. La ley del país de otorgamiento podrá servir para amparar la validez de ese título sucesorio, como también lo pueden amparar otras, conforme al art. 27 del Reglamento y al Convenio de La Haya de 1961 y también al art. 11 de nuestro CC, que es el que rige en nuestro Derecho interregional. Pero nada tendrá que ver con la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte. Por tanto, el hecho de que el testamento o pacto sucesorio se haya otorgado en un país extranjero no provoca que la ley aplicable a la sucesión se deba fijar conforme a las reglas del Reglamento Europeo, porque, si no concurren otros elementos extranjeros relevantes, no podrá decirse que estemos ante una sucesión "*con repercusiones transfronterizas*".

2. Tampoco creo que sean relevantes la nacionalidad y la residencia habitual de los sucesores. Estos puntos de conexión deben tenerse en cuenta, en su caso, en lo relativo a su capacidad de obrar para el otorgamiento de los actos de aceptación y distribución de la herencia y la forma de complementarla o suplirla (conforme a lo que prevé el art. 9.1 CC). Pero el solo hecho de que alguno de los sucesores sea extranjero o resida en un país extranjero no hace que la herencia sea *internacional* y que deba quedar sujeta a las reglas del Reglamento sucesorio.

3. La tercera idea es que no puede dudarse de la trascendencia de la nacionalidad y de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. Por tanto, si el causante es extranjero o reside en el extranjero al tiempo de morir, habrá que aplicar el Re-

glamento europeo para determinar la ley aplicable a su sucesión. En efecto, el causante es el elemento central de la sucesión por causa de muerte y tanto su nacionalidad como su residencia habitual al fallecer constituyen elementos esenciales en la materia. Desde luego, lo es la residencia habitual, a la vista de la opción que ha hecho por ella el Reglamento; pero también la nacionalidad, no sólo por el hecho de que se permita la elección de esta ley como aplicable a la sucesión, sino también porque la tradición jurídica mayoritaria ha considerado la nacionalidad como elemento esencial en la sucesión por causa de muerte. Con el Reglamento vivimos un cambio copernicano en la forma de resolver los conflictos sucesorios territoriales, pero la nacionalidad todavía pesa demasiado como para prescindir de ella a estos efectos; en la percepción general de los ciudadanos, la vinculación de la persona con un territorio sigue muy marcada por la nacionalidad. Tal vez dentro de unos años la nacionalidad haya perdido la importancia social que tiene hoy y lleguemos a la conclusión de que la del causante es irrelevante para convertir una sucesión en internacional, pero creo que todavía nos encontramos lejos de ese momento.

4. En cambio, no está tan claro si sucede lo mismo con la nacionalidad y la residencia habitual al tiempo del otorgamiento del testamento o pacto sucesorio que rija en todo o en parte la sucesión. Es decir, si convierte la sucesión en internacional el hecho de que cuando se otorgaron el causante era extranjero o tenía su residencia habitual en el extranjero. La solución a esta cuestión no parece sencilla y seguramente obliga a hacer distinciones. Parece claro que habrá que salvar el testamento o contrato sucesorio otorgado conforme a la ley personal del otorgante u otorgantes en ese momento si eran extranjeros o residían fuera de España, incluyendo la posibilidad de elección de la ley sucesoria que permite el Reglamento. Pero, si al tiempo de su fallecimiento, el otorgante tienen nacionalidad y residencia españolas, no habiendo en la sucesión más elementos extranjeros relevantes, entiendo que en lo demás se aplicarán las normas de nuestro Derecho Interregional.

Es decir, habría una aplicación parcial del Reglamento, lo cual no parece incoherente, porque, como se ha dicho, los testamentos y contratos sucesorios tienen sus propias reglas y ello no contradice el principio de unidad de la ley sucesoria.

No creemos que puedan ser relevantes otros momentos, pese a lo que establece para la troncalidad sucesoria el art. 23 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, conforme al cual la pérdida de la vecindad civil vizcaína no evita la aplicación de las reglas de dicha Ley sobre la sucesión de los bienes troncales (precepto validado, curiosamente, por el TS, Sentencia 111/2010, de 11 de marzo). Es una norma excepcional, contraria al régimen general sobre conflictos de leyes interno español y también a lo que dispone el Reglamento Europeo y no parece que pueda impedir la aplicación de éste.

5. La principal duda que se plantea es la virtualidad que tiene la situación de los bienes para convertir la sucesión en internacional y determinar que la ley aplicable se fije por las normas del Reglamento Europeo en vez de por las de Derecho Interregional. Concretamente, la pregunta es si, en una herencia de causante español residente en España, el hecho de que exista algún bien en el extranjero la internacionaliza. Si recordamos el texto del Considerando 9 del Reglamento y la referencia que hace a la "*sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas*", tal vez podría concluirse que ese objetivo está presente en la redacción del Reglamento, porque, desde el momento en que en una herencia existen bienes situados en el extranjero, es indudable que la sucesión tiene "*repercusiones transfronterizas*". Pensemos que puede suceder que todo el patrimonio del causante español residente en España esté situado en España excepto algún bien de escasa importancia en relación al total caudal hereditario; por ejemplo, una pequeña cuenta bancaria derivada de cuando un hijo del causante estaba estudiando un curso en el extranjero. Téngase en cuenta, por otra parte, que la solución que en cualquier caso debe rechazarse es la de distinguir la ley aplicable en función de la ubicación de los bienes, de modo que se aplique una ley a unos bienes y otra a otros, porque tanto el Reglamento Europeo como el Derecho Interregional español tienen como principio básico el de unidad de la ley sucesoria.

Pues bien, me resisto a aceptar que la mera existencia de un bien de poca importancia en relación con el caudal hereditario situado en el extranjero pueda cambiar las reglas aplicables a toda la sucesión. Recuérdense los ejemplos que se ponían antes; no parece lógico

que, por ejemplo, cambien completamente los derechos del cónyuge viudo sobre todo el caudal hereditario por el solo hecho de que haya un bien fuera de España.

Ante esta situación y la ausencia de asideros de Derecho positivo, quizá la solución más adecuada será la del "grado", es decir, atender a la importancia relativa de los bienes situados en el extranjero respecto del total caudal hereditario, de modo que sólo si esos bienes representan un porcentaje elevado de éste podría hablarse en puridad de "*repercusiones transfronterizas*" de la herencia. ¿Y qué porcentaje ha de ser éste? Aunque no existe base sólida alguna para determinarlo, quizá la mitad puede ser un criterio aceptable. Reconozco lo discutible, incluso arbitrario, de la solución ofrecida, pero no se me ocurre otra forma de resolver esta cuestión.

Tanto si entendemos que esta regla (u otra de tipo gradual) es la que debe tenerse en cuenta, como si concluimos que la existencia de cualquier bien hereditario situado en el extranjero desencadena la sumisión de la herencia al Reglamento Europeo, habrá que tenerlo en cuenta en las declaraciones de herederos abintestato, ya que lo primero que debe hacer el juez o notario competente es determinar la ley aplicable a la sucesión y para ello necesita saber si tiene que aplicar el Reglamento o el Derecho Interregional. Y esta tarea no será sencilla, por la dificultad, casi imposibilidad, de acreditar cumplidamente que el causante español residente en España no tenía bienes en el extranjero; es una prueba negativa imposible, al menos en el ámbito y en los procedimientos a través de los cuales se producen las declaraciones de herederos; pero parece que, al menos, quienes insten la declaración de herederos deberán hacer manifestación expresa acerca de la inexistencia de bienes en el extranjero. Y si declaran que el causante los tenía, habrá que calcular lo que suponen respecto del total, para lo cual habrá que tomar en cuenta también la manifestación que realicen los instantes.

De todos modos, en estos casos de existencia de algún bien que no sea relevante en relación con el caudal hereditario y que esté situado en el extranjero, aunque se concluya, como propongo, que este solo hecho no lleva consigo que las normas para determinar la ley aplicable a la sucesión sean las del Reglamento, lo que sí debe aceptarse es el funcionamiento del certificado sucesorio europeo, para facilitar la efectividad de la sucesión por causa de muerte en cuanto a ese bien.

A MODO DE CONCLUSIONES

Para acabar, pueden hacerse algunas consideraciones finales, dentro de la inseguridad que, como he explicado, plantea la incidencia del Reglamento Europeo en nuestro Derecho Interregional.

La primera es que creo que han quedado puestos de manifiesto los problemas que plantea la convivencia de dos sistemas diferentes de solución de conflictos de leyes en esta materia (lo mismo sucedería con cualquier otra concurrencia de sistemas conflictuales), por las dificultades de delimitar el ámbito de actuación de uno y otro. Téngase, además, en cuenta que el legislador nacional nada puede hacer por aclarar estas dudas, puesto que la fijación del ámbito del Derecho Interregional incidiría en el del Reglamento Europeo, lo que le está vedado.

Hasta cierto punto es algo similar a lo que sucede con el sistema de conflictos internos y con la competencia exclusiva que se atribuye al Estado en la materia: cualquier norma de una Comunidad Autónoma sobre la eficacia en el espacio de sus preceptos o instituciones de Derecho civil, aunque se intente justificar con que sólo pretende precisar el ámbito de la institución propia, lo cierto es que incide en las reglas generales de Derecho Interregional y, por tanto, vulnera la limitación que la Constitución impone a la competencia de las comunidades autónomas, porque rompe el principio de unidad que debe regir en las normas sobre conflictos de leyes.

A la vista de lo cual, creo que probablemente lo mejor que podría hacer el legislador español es someter los conflictos internos a las normas del Reglamento Europeo, conforme a lo que prevé su art. 38. Recordemos que este precepto dice que los Estados no estarán obligados a aplicar el Reglamento a los conflictos de leyes internos; pero, pueden hacerlo. Sería la mejor contribución a la seguridad jurídica, puesto que, aunque es cierto que algunas de las soluciones del Reglamento, como hemos apuntado, pueden ser discutibles y no son un ejemplo de claridad, es de esperar que su aplicación general en los países en que va a regir irá despejando la mayoría de esas dificultades.

Y, muy importante, la ley que se dictara para sujetar los conflictos internos a las soluciones del Reglamento Europeo, además, tendría que dejar claro cuál de los diversos Derechos sucesorios españoles debe aplicarse cuando la ley designada sea la española, es decir,

hacer uso de modo explícito de la facultad que confiere a los Estados la última parte del art. 36.1 del Reglamento. Esto es importante, porque, si se opta por la sujeción de los conflictos de leyes internos al Reglamento Europeo, esto supondría dejar sin efecto las normas internas sobre conflictos de leyes en materia sucesoria, de modo que las existentes hasta ese momento ya no servirían, con lo que surgiría la duda de cómo determinar cuál de las diversas normas civiles españolas es la aplicable a la sucesión.

Y, en este punto, creo que debe mantenerse la opción por la vecindad civil del causante. Como hemos dicho y reiterado, es la solución que viene aplicándose en España y es bien aceptada por la sociedad, porque supone un equilibrio razonable entre elementos personales y territoriales y entre las aspiraciones de las diversas comunidades con Derecho propio. La otra posibilidad sería optar por la ley correspondiente a la última residencia del causante; pero esto sería introducir un cambio muy importante en nuestra concepción de las relaciones entre los distintos Derechos civiles que coexisten en España y no creo que haya razones suficientes para hacerlo.

La última consideración constituye una recomendación de tipo práctico: aunque se mantuviera el régimen vigente de conflictos internos, convendría que a quienes quieran otorgar testamento se les plantee la posibilidad de hacer uso de la posibilidad de elegir de ley aplicable a su sucesión en los términos que regulan los arts. 22 y 24.2 del Reglamento (recuérdese que se trata de elecciones con contenido ligeramente diferente y que ambas pueden ser convenientes). La elección puede evitar que lo dispuesto en el testamento pierda al menos parcialmente su eficacia por el cambio de la ley aplicable a la sucesión como consecuencia de circunstancias ocurridas después del otorgamiento. Y esto con independencia de que en ese momento no exista ningún elemento extranjero vinculado al causante, ni se prevea que vaya a haberlo, porque esto nunca se puede saber con certeza. Es cierto que si se mantiene el actual régimen de conflictos internos y al final a la sucesión no le es de aplicación el Reglamento, esa elección no surtirá ningún efecto, pero también puede suceder que sí que tenga validez.

Conforme a lo dicho, para españoles, la elección tendría que ser a favor de ley determinada por su vecindad civil, la que tengan en ese momento u otra, pero, en este segundo caso, la elección sólo

tendría validez si coincide con la que tenga en el momento de su fallecimiento.

Y, por otra parte, cuando esto sea posible, es decir, cuando entre en vigor la nueva Ley del Registro Civil, si consigue hacerlo en los términos en que se ha aprobado y publicado en el BOE, conviene plantear la conveniencia de realizar, simultáneamente al testamento, declaraciones relativas a la adquisición o conservación de la vecindad civil, para aclarar esta cuestión y para asegurar que la ley sucesoria será la misma que la aplicable al testamento.

Es decir, la recomendación es que se utilice la autonomía de la voluntad para fijar la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte, con el fin de evitar discusiones y litigios ulteriores y dotar de mayor seguridad jurídica este ámbito de la vida de los ciudadanos. En este punto, los notarios podemos jugar un papel esencial, en línea con la contribución que tradicionalmente venimos prestando en materia sucesoria.

UNDE VENIES ET QUO VADIS IUS NIPPONICUM?

(En torno a una Introducción al Derecho japonés actual)

Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho Civil

Emérito de la Universidad de Zaragoza

Unde venies et quo vadis ius nipponicum?
¿DE DÓNDE VIENES Y A DÓNDE VAS,
DERECHO JAPONÉS?

Resumen: El libro recensionado pertenece al género de los que informan sobre Derechos extranjeros (muchas veces, como trámite previo a la comparación jurídica), y tiene la singularidad por su tema de pertenecer a ese grupo de "Derechos orientales", tan lejano del nuestro. Además en 2010 se publicó en Kioto, en japonés, una obra paralela sobre "Introducción al Derecho Civil español"; ambas coinciden en haber sido redactadas por nutridos equipos hispano-nipones de profesores y juristas, que suelen ejercer indistintamente en ambos países. La recensionada ofrece un amplio contenido y una rigurosa sistemática. Además de una introducción histórica sobre el Derecho nipón, parte de la apertura de la dinastía Meiji al Derecho europeo a fines del siglo XIX, llegando hasta nuestros días incluyendo la derrota del Japón durante la IIª GM, que culminó la apertura del país a Occidente (conservación del Emperador como valor simbólico, aceptación sin reservas del régimen democrático e ingreso en la ONU con plenitud de derechos). Aquella incluye prácticamente a todas las ramas del Derecho público (Constitucional, Internacional público, Penal, Administrativo, Fiscal, Procesal) y privado (Civil, Mercantil, Internacional privado, Laboral) que usualmente se manejan. Las respuestas que el volumen acaso no puede proporcionar se completan con los servicios por Internet en español que presta la Asociación de Estudios de Derecho Hispánico, y en otros idiomas (inglés, italiano, portugués, etc).

Palabras clave: Sistemas jurídicos, Derechos orientales, Circulación y Recepción de modelos, Dinastía Meiji, Consecuencias de la derrota de Japón, Ocupación militar de EEUU, Efectos de la recepción de los modelos occidentales, ¿Éxito o fracaso?

Abstract: The book belongs to the genre of reporting on foreign rights (many times, prior to the legal comparison), and is unique to belong to that group of "Oriental Laws", so far from our own. In addition in 2010 was published in Kyoto, in Japanese, a parallel work on "Introduction to the Spanish civil law"; both have been written by hispanic-nippon teams of professors and lawyers, who often exercise in both countries. The book offers an extensive content and a rigorous systematic. In addition to an historical introduction on the Japanese Law, part of the opening of the Meiji dynasty in European Law at the end of the nineteenth century, coming up to our days including the defeat of Japan during the Second World War, which culminated the opening of the country to the West (conservation of the Emperor as symbolic value, unreserved acceptance of the democratic regime and joined the U.N. with full rights). That includes practically all branches of the public law (Constitutional, Public International, Criminal, Administrative, Fiscal, Procedural) and private (Civil, Commercial, Private International, Labor) that are usually handled. The answers that the volume perhaps can not provide are completed with online services in Spanish provided by the Association of Hispanic Studies of Law, and in other languages (English, Italian, Portuguese, etc).

Key words: Legal Systems, Oriental Laws, Movement and Reception of models, Meiji Dynasty, Consequences of the defeat of Japan, Military occupation of the USA, The effects of the reception of western models, Success or failure?

SUMARIO

- I. CARACTERES GENERALES DEL VOLUMEN RECENSIONADO
- II. AUTORES
- III. CONTENIDO
- IV. ESTRUCTURA

1. Historia del Derecho japonés antes de *Meiji*
2. Historia del Derecho japonés desde *Meiji*
3. Derecho público
 - A) Derecho Constitucional
 - B) Derecho Administrativo
 - C) Autonomía Local. Derecho Autonómico y Regional
 - D) Derecho de la Información
 - E) Derecho Tributario
 - F) Derecho Internacional Público
 - G) Derecho Internacional Privado
 - H) Libertad de creencias y Principio de separación Religión-Estado en Japón
4. Derecho privado
 - A) Derecho civil
 - A.1.) Parte general y Derechos reales
 - A.2.) Obligaciones y contratos
 - A.3.) Derecho de familia
 - A.4.) Derecho de sucesiones
 - A.5.) Temas de actualidad
 - B) Derecho procesal civil
 - C) Derecho Mercantil
 - C.1.) Parte general
 - C.2.) Derecho de sociedades
 - C.3.) Derecho Bursátil y sobre títulos-valores
 - C.4.) Derecho sobre seguros
 - C.5.) Temas de actualidad
 - D) Derecho penal
 - D.1.) Derecho penal en general
 - D.2.) Menores
 - E) Derecho procesal penal
 - F) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
 - F.1.) Contratación Laboral
 - F.2.) Seguridad Social
 - F.3.) Temas de actualidad
 - G) Legislación antimonopolio
 - H) Propiedades especiales
 - H.1.) Temas de actualidad
5. Colofón

I. CARACTERES GENERALES DEL VOLUMEN RECENSIONADO (1)

Me apresuro a hacer constar que la presente obra interesa a un variado y abundante sector de lectores:

— en general, a los comparatistas, en formación o en ejercicio, que desean informarse o conocer el ordenamiento jurídico vigente en una de las mayores potencias económicas mundiales, destinada a ejercer un gran protagonismo en el continente asiático como uno de los países más desarrollados; en particular, a quienes operen, bajo cualquier perspectiva, con ese instrumento indispensable para cualquier jurista en el siglo **xxi**, que es, precisamente, el Derecho comparado;

— a las empresas de cualquier tamaño que se propongan comerciar, o ya lo están haciendo, con este país que, al decir de los expertos, constituye uno de los mercados más difíciles de abordar con éxito en la actualidad;

— incluso a los que solamente se interesan por la actual cultura nipona, pues uno de sus aspectos no menos fascinante está representado por su ordenamiento jurídico, que experimentó a fines del siglo **xix** una amplia y singular apertura a Occidente, ciertamente no menos indiscriminada que efectivamente resuelta y efectiva, y que transcurrido algo más de un siglo parece se encamina decididamente hacia la formulación de un sistema con caracteres propios.

Pero debe aclararse que la obra no resulta ser:

— un simple vademécum o recopilación de textos legales vigentes en el país del Sol naciente –objetivo que, por otra parte, se satisface adecuadamente en el Anexo final del volumen–; si bien constituye una excelente presentación en español de aquellas materias jurídicas más frecuentes y esenciales, indispensables para abordar no pocos de los problemas prácticos que suelen suscitarse (per-

(1) Varios autores: *Introducción al Derecho japonés actual*. (Coordinadores: Francisco Barberán, Kiyohiko Kuroda, Fuminobu Okabe). Prólogo de M. A. NAVARRO PORTELA. Thomson Reuters Aranzadi (Cizur Menor 2013), 747 pp.

tenecientes sea al Derecho civil, mercantil, internacional privado, administrativo, penal, procesal civil y penal, laboral o fiscal), amén de una amplia lista de sugestivas cuestiones de actualidad, tratadas por expertos, monográficamente, en siete extensos apartados específicos; y todo ello sin una estricta sumisión a rígidas clasificaciones dogmáticas, aunque con lenguaje y método plenamente accesibles a la mentalidad occidental del *Civil Law*;

— tampoco representa la mera traducción de cualquier acreditado Manual jurídico nipón destinado a los alumnos de un centro de estudio de aquel país, sino que representa un logrado equilibrio entre lo exótico científico por razón de su objeto y su accesible traducción a nuestra mentalidad y expresión literaria, logrado a través de un notable esfuerzo –quizá inédito y único hasta ahora–, desarrollado por un amplio equipo formado por algunos profesores españoles que enseñan actualmente Derecho japonés en Universidades de este país y otros muchos profesores japoneses, y algunos españoles, que imparten docencia normal en sus respectivos países o ejercen del mismo modo profesiones jurídicas;

— ni siquiera la finalidad de la obra consiste en la resolución de casos prácticos, reales o meramente de laboratorio, que ahora nuestros Manuales ofrecen obligadamente a los estudiantes para acomodarse al Plan Bolonia;

— menos aún constituye exclusivamente una colección de trabajos comparativos hispano-nipones, que, sin embargo, los autores planifican para sucesivas ediciones.

Aunque algunos rasgos de lo que, efectivamente, resulta ser la obra, ya han sido descritos, estimo muy acertada la auto-presentación que del volumen se hace en la contraportada y que transcribo (énfasis añadido):

“El Derecho japonés, un ordenamiento jurídico relativamente moderno que, aunque en su origen tomó como referencia los sistemas de Europa occidental, ha ido adquiriendo su propia idiosincrasia con el paso del tiempo, sigue siendo *muy poco conocido en Occidente*. Contribuyen a ello las distancias geográficas, culturales e idiomáticas

que nos separan y que son también la causa de que las instituciones jurídicas niponas suelen quedar fuera de los estudios de Derecho comparado que se efectúan en nuestro país. De hecho, hasta la fecha *no existía ninguna obra que abordara su estudio* de un modo general, lo que convierte a la presente en única en su género. Sus autores, un elenco formado por treinta y cuatro juristas japoneses y españoles especializados en las diversas ramas del Derecho, han recogido y condensado la esencia de cada una de ellas, superando las difíciles barreras idiomáticas para poder ofrecer ahora al lector hispanohablante esta *fuentes de acceso cómodo y comprensible a las características fundamentales del ordenamiento jurídico japonés*".

Añádase que la obra se introduce y complementa con una sucinta historia del Japón que se divide en dos épocas profundamente diferenciadas, la denominada *pre-Meiji* y la que se inicia bajo el mandato del emperador *Mutsuhito* (1852-1912) que adoptó el nombre de *Meiji* y trasladó su residencia desde Kioto -la antigua capital -a Tokio. A partir de este momento la historia del país entra en una fase de intensa dinámica internacional, con acontecimientos bélicos de insospechadas consecuencias trascendentales, singularmente su derrota junto a las potencias del Eje, en la II.^a GM y subsiguiente ocupación norteamericana. Jurídicamente este periodo histórico debe diferenciarse entre la primera fase de recepción del Derecho europeo y la subsiguiente evolución del ordenamiento nipón hasta nuestros días.

La presente obra coloca, en consecuencia, a nuestro país, cuando menos, a un nivel semejante al que, respecto del Derecho japonés, tienen desde hace tiempo los países europeos más significativos comparativamente hablando (2), incluso superándolos, -a mi juicio-, por su enfoque global y sistemático.

(2) La bibliografía sobre el moderno Derecho japonés en francés, inglés, alemán e italiano puede encontrarse en la Manualística comparativa: Cfr. en general, SACCO, en GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, en el "Trattato diretto da R. Sacco", (Torino 1996) pp. 532 ss.; ZWIGERT-KÖCH, *Introducción al Derecho comparado* (trad. esp. de A. Aparicio Vázquez) (México 2002), p. 319. En esta última lista bibliográfica no llegan a la mitad los autores autóctonos que se citan (14/39); porcentaje algo superior se encuentra en la bibliografía general que cita SACCO, loc. cit. p. 534, nota 32

II. LOS AUTORES

Ya se comprende que resultaba extremadamente difícil que, tareas como la presente, fuesen obra de una única persona. Su carácter enciclopédico aconsejaba encomendarla a un equipo, lo suficientemente amplio para atender prácticamente a la totalidad de las materias que integran el ordenamiento de un país, y, al mismo tiempo, que estuviera especializado en la diversidad de aquellas. Siendo de notar la homogeneidad lograda en la exposición, tanto en lo metodológico como en el estilo del lenguaje utilizado.

Conviene recordar –como hace en el Prólogo el actual Embajador español en Tokio, Excmo. Sr. D. Miguel Ángel NAVARRO PORTELA (3)– que la obra surge en un momento oportuno y simbólico, al coincidir su publicación con la celebración del IV Centenario de la Embajada Keicho (1613-1620) enviada al rey de España por el Daimyō de Sendai, Data Masamune, que fue encomendada a su fiel samurái, Hasekura Tsunenaga, y de la que fue promotor y compañero de viaje el fraile franciscano Luis Sotelo. Pero no se trata de una obra única, que se agota en sí misma, sino que viene a representar –nos dice su inspirador y principal coordinador, el Prof. Francisco BARBERÁN (4)– la otra cara de un ambicioso proyecto conjunto, habiéndose ya publicado un libro general sobre Derecho español en japonés (*Gendai Supeinhō Nyūmon. –Introducción al Derecho civil español actual*, Kioto 2010), cerrándose así el círculo de partida con la publicación que ahora se reseña,

(5/10). Este autor aconseja que para acercarse al espíritu del derecho japonés es bueno leer las obras que los autores japoneses escriben destinadas a los occidentales, especialmente las ponencias en congresos internacionales, como por ej. las *Journées juridiques franco-japonaises*, a partir de los años 1979 (loc. cit. p. 536, nota 34). Todavía puede añadirse la reciente monografía de la especialista italiana de los denominados Derechos del Oriente, Marina TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali* (Torino 2004), con singular tratamiento nipón en las partes II y IV de la obra.

(3) *Op. cit.*, p. 29.

(4) En su *Introducción*, *op. cit.* p. 31 s.

aunque el proyecto global del equipo de juristas españoles y japoneses (en gran parte, pertenecientes a la Asociación de Estudios de Derecho hispánico de Japón) que lo ha hecho viable, pretende en el futuro seguir ahondando en el estudio comparado de los dos sistemas.

La elaboración de la obra que se comenta ha durado casi tres años, y ha sido redactado expresamente en japonés con esta finalidad y luego traducido al español (5) por un equipo compuesto por Luis PEDRIZA (Prof. en la Univ. de Kioto), KURODA (Catedrático de Derecho Mercantil de la Univ. de Nanzan), ASAMI (Prof. de la Univ. Complutense) y BARBERÁN (Abogado, director de la consultora Nichiza y Prof. de japonés en la Univ. de Zaragoza); con la colaboración de Ana María GOY YAMAMOTO (Univ. Autónoma de Madrid), María Teresa RODRÍGUEZ NAVARRO (Univ. Autónoma de Barcelona) y Salvador RODRÍGUEZ ARTACHO (Uned). Hay profesores que han traducido sus propios textos (KURODA, PEDRIZA, MATSUMOTO y ASAMI). Finalmente se ha decidido suprimir las notas a pie de página, cuya publicación se reserva para una nueva edición.

La lista de colaboradores, con sus señas de identidad, figura al final del volumen (pp. 745-747), y cada una de las partes en que se divide la obra tiene en cabeza el nombre o nombres de sus autores, así que la información del lector resulta completa. Hay mayoría de autores japoneses (27) frente a españoles (7), y también

(5) Se advierte en la obra que la traducción del japonés jurídico a un idioma europeo es una ardua y compleja tarea que exige conocer bien la concreta rama del ordenamiento a traducir. No solo ambas lenguas son muy lejanas, sino que también lo son los espíritus que informan sus dos sistemas jurídicos. Además la inexistencia de equivalentes exactos de los términos y conceptos originales en la lengua de destino, obliga a menudo al traductor a usar de la analogía y la aproximación, interpretándolos y sustituyéndolos por sus referentes más próximos en el Derecho español, consciente de que, aunque la coincidencia no sea plena, ello facilitará su comprensión a un lector occidental que, de otro modo, se vería obligado a perderse en un faragoso mar de notas aclaratorias a pie de página (*op. cit.*, p. 33). Añádase todavía el esfuerzo que ha supuesto la transcripción a nuestro alfabeto de la pronunciación figurada de nombres propios nipones.

predominan mayoritariamente los profesores universitarios frente a abogados u otras profesiones, las cuales a veces se comparten por el mismo autor (profesor, magistrado, abogado, etc.).

III. CONTENIDO

Luego de una lectura reposada del volumen hay que calificarlo de auténtico *opus magnum* y también no poco de sorprendente –y de algún modo, hasta inesperado–, de *exhaustivo* en el sentido de proporcionar generosamente al lector mayor riqueza de la que puede imaginar o conjeturar, de brillante y sugestivo, profundo y ameno; y aunque se propone también dar a conocer al público en general un aspecto de la cultura nipona (con finalidad, por tanto, divulgativa) mantiene siempre un nivel científico medio muy adecuado a sus fines.

La riqueza de su contenido se ofrece en unos moldes lingüísticos adaptados perfectamente al lector jurídico español, sin que los autores en sus colaboraciones se ajusten estrictamente a la dogmática pandectística. Inicialmente se ofrece la materia bajo la clasificación bimembre *ius publicum-ius privatum*, pero se advierte enseguida que hay materias que podrían considerarse desubicadas (aunque debido a razones convincentes), o bien se exponen algunas que entre nosotros no llegan a la categoría de asignatura independiente pero si la han adquirido en Japón.

Así resulta que bajo el Derecho público se incluyen el Constitucional, Administrativo, el Derecho de la autonomía local (autonómico y regional), el Derecho de la información, el Derecho Tributario, el Internacional público y privado, el Derecho de la libertad de creencias y el principio de separación Iglesia-Estado.

No aparece expresamente un apartado de Derecho privado, sino que a continuación del público se exponen el Derecho civil (Parte general y Reales, Obligaciones y contratos, Familia y Sucesiones) y el Derecho procesal civil. El Derecho mercantil (Sociedades, Bursátil y Títulos-Valores, y Derecho de seguros). Derecho penal en general y de menores, Derecho procesal penal. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Contratación laboral y Seguridad Social). Derecho de la empresa (Legislación antimonopolio, y Propiedad intelectual). Finalizando con un Anexo –por lo demás, muy práctico como he indicado– de acceso a las fuentes niponas.

IV. ESTRUCTURA

El recensor no puede, obviamente, descender a muchos pormenores sino hacer constar los rasgos significativos de cada materia de modo que orienten su manejo y estimulen la lectura de la obra, destacando las singularidades. Se hará, en lo posible, especial hincapié en los temas de actualidad, en su mayoría muy ilustrativos de las preocupaciones que ahora emergen en la vida real nipona con sus soluciones –y también insuficiencias o falta de respuestas– que pueden encontrarse. Al ser obra colectiva es obligado, a mi juicio, dar a conocer, si es posible, la autoría del apartado correspondiente.

1. Historia del Derecho japonés antes de *Meiji*

Se debe al Prof. Luis PEDRIZA, Catedrático de Derecho constitucional en las Univers. de Kioto y Kinki (Osaka) (6).

La historia del Japón suele ser dividida, cronológicamente, en siete periodos: *Jōmon* (8000-250 a. C.); *Yayoi* (250 a. C. hasta 300 d. C.); *Yamato* (siglos IV hasta VII de nuestra era, en el que se desarrolla un gran intercambio cultural con China y Corea, se introducen desde el continente el budismo, el confucianismo, el maoísmo y otras tradiciones filosóficas, así como la escritura, apareciendo lo que puede calificarse del primer Estado japonés en el siglo V, respetando e integrando a los poderes locales, finalizando con las “Reformas de Taika” en 645, que acabó disolviendo los poderes locales); *Nara* (710 al 784 d. C.), coincidente con el establecimiento de una corte permanente en esta ciudad amurallada, atribuyendo origen divino al poder soberano del *Tennō*, descendiente directo de la diosa del sol, consolidándose un Estado cortesano, centralizado y burocratizado siguiendo el modelo imperial chino, trasladándose al final del periodo primero a Nagaoka y luego a Kioto para alejarlo de la influencia del budismo escolástico que llegó a amenazar al poder soberano; *Heian* (794-1185, dividido en cuatro etapas que finaliza con el estamento militar como clase

(6) *Op. cit.*, pp. 35-43.

social dominante), y que recibe su nombre de la nueva capital que se identifica con Kioto; *Kamakura* (1192-1333) que se agrupa con el periodo *Ashikaga* (1338-1573), caracterizados ambos por la lucha por el control del Estado entre el estamento samurái con el *shōgun* o jefe militar del *Bakufu* al mando, y la corte de Kioto encabezada por el *Tennō*, originando una época de vacío de poder (1467-1600), surgiendo tres figuras claves en la historia del país que llevaron a cabo la reunificación (Oda Nobunaga, Toyotomi Hideyoshi y Tokugawa Ieyasu) (7); *Edo* (tras la reunificación el país en 1600, la familia Tokugawa instaura un nuevo régimen *Bakufu* (gobierno militar) en la ciudad de Edo, actual Tokio, abriendo un periodo que finaliza en 1868, lográndose la pacificación del país al precio del aislamiento internacional, hasta que tienen éxito las presiones internacionales para que Japón abra sus puertos al comercio internacional, lo que propiciará el deterioro del *bakufu* y un nuevo periodo de guerras civiles que finalizará con el derrocamiento de la familia Tokugawa y el renacimiento del Japón como Estado moderno tras la revolución *Meiji*.

Escribe el Prof. PEDRIZA (8) que si bien la historia constitucional japonesa comienza el 11 febrero 1889 con la promulgación de la "Constitución del Gran Imperio Japonés" (o Constitución *Meiji*), siendo la japonesa una nación de tan larga historia, desde una perspectiva amplia no resultará impropio afirmar que Japón ha dispuesto de hasta cinco sucesivas constituciones políticas no escritas o *marcos constitucionales* que se han ido superponiendo a lo largo del tiempo, y que son las siguientes:

(7) La defensa del país frente a los ataques del imperio Mongol en el siglo XIII sirvió para unificar a la nación frente a la amenaza de un enemigo común exterior. El origen de la conocida palabra *kamizake* (viento divino) data de esta época; en efecto, la flota mongola fue barrida por una serie de tempestades que asolaron el litoral de la isla de Kyushu, viento que los japoneses bautizaron con el mencionado nombre, surgiendo la creencia de que el archipiélago nipón estaba protegido de toda amenaza exterior por los dioses (loc. cit. p.40).

(8) Loc. cit., p. 41 ss.

A) *el sistema de los Doce Dangos* (603) y la *Constitución de 17 artículos* (604). Basado en las tradiciones confucionistas se genera un sustrato ideológico –vivo todavía en nuestros días– marcado por el fuerte sentido del deber y la búsqueda del *wa* (armonía) como ideal de la comunidad política, que configura una *paz pública* basada en el ciego respeto a la autoridad. Este marco se completará con las aludidas *reformas de Taika* (645).

B) Las *Leyes de Taihō y de Yōrō* constituyen el primer ejemplo de Derecho codificado en el Japón, siguiendo el modelo del Estado centralizado imperial chino y que se denomina *Ritsu-ryō* cuya base económica será el impuesto sobre el cultivo de los arrozales; este sistema conectará de manera ininterrumpida con el Estado surgido tras *Meiji*.

C) El Código *Goseibai-Shikimoku*, normas consuetudinarias propias del estamento militar compiladas por el *bakufu* de Kamakura; inicialmente comprendían normas familiares y sucesorias, pero a partir del siglo XII sirve para regular el poder de hecho del *bakufu* mientras que la Corte de Kioto servía para legitimarlo, por lo cual representan el armazón de los diferentes gobiernos militares que se suceden hasta mediados del siglo XIX.

D) Las Leyes feudales de la era *Sengoku* correspondiente al periodo de guerras feudales, representan las leyes locales de los clanes en constante lucha, basadas en mayor o menor medida en el anterior Código, y que duraron hasta la unificación de 1600.

E) Sistema *Tokugawa*. Logrará la pacificación del país a base de un régimen con las siguientes características: a) Gobierno bicéfalo, b) Planta territorial de carácter feudal. c) Aislamiento internacional, y d) Sociedad dividida en castas (por un lado: samuráis, artesanos, comerciantes y agricultores; por otro: estamento cortesano, y clero budista y sintoísta); cada estamento se regula por un estatuto legal propio, existiendo una casta marginal, los *eta-hinin* (no personas) dedicadas a los oficios considerados más impuros (curtidores de pieles, manipuladores de cadáveres, etc.).

2. Historia del Derecho japonés desde *Meiji* (9).

Este apartado (10) se debe al Prof. Francisco BARBERÁN, Abogado, Director de la consultora Nichiza, Profesor de lengua japonesa en la Univ. de Zaragoza.

El trabajo se divide en cuatro apartados: a) Introducción, la Restauración de *Meiji*, del *Wakon Kansai* al *Wakon Yōsai* (11); b) La modernización del Derecho japonés a través del Derecho extranjero; c) El final de la Segunda Guerra mundial y la nueva Constitución; la *americanización del Derecho japonés*; y d) Un paso más: la conformación de un derecho propio. Sin perjuicio de la indudable trascendencia de la Constitución de 3 noviembre 1946, en buena medida impuesta por el *General Headquarters* (SCAP=*Supreme Commander for the Allied Powers*), de las fuerzas de ocupación al mando del General McArthur, parece oportuno destacar aquí el

(9) Como precedentes inmediatos y, en buena medida, muy relacionados entre sí hay que mencionar las valiosas introducciones a dos recientes ediciones del Código civil japonés en nuestro idioma, diferenciándose la segunda –aparte de ser bilingüe el texto codicial–, por ingresar como colaborador del mismo el actual coordinador principal del volumen ahora recensado, Prof. BARBERÁN:

DOMINGO-HAYASHI, *Código civil japonés* (Madrid-Barcelona 2000). Estudio preliminar, traducción y notas (p. 17-48).

BARBERÁN-DOMINGO (con la colaboración de Nobuo Hayashi), *Código civil japonés* (ed. bilingüe y actualizada a 30.10.06) (Cizur Menor 2006) Estudio preliminar, pp. 25-56. Se indica que constituye la primera edición, si bien son evidentes las relaciones con la obra anterior, de modo que puede considerarse, la última, como una edición ampliada de la primera, o, de otra forma, su segunda edición.

En delante ambas ediciones se citarán así: *Ccjp* (2000), y *Ccjp* (2006).

(10) *Op. cit.*, pp. 43-54.

(11) Con la restauración *Meiji* se decidió abandonar la antigua idea del *wakon-kansai* (espíritu japonés-talento chino) que propugnaba la incorporación de la tecnología china sin perder la idiosincrasia japonesa, para acoger la del *wakon -yōsai* (espíritu japonés-talento occidental) entonces en auge. Este abandono de la tradición china para abrazar la técnica occidental fué también la filosofía que informó toda la campaña de revisión y actualización del ordenamiento jurídico japonés que llevó a cabo el gobierno de la época en su afán por hacer del Japón un Estado moderno de corte occidental (*op. cit.*, p. 45).

último de los apartados citados (12), para confrontarlo con otras opiniones.

Advierte BARBERÁN que el gran desarrollo económico experimentado por Japón a partir de la década de los sesenta del siglo pasado, supuso en muchas ocasiones el pago de un precio muy elevado para la sociedad japonesa. Los graves desastres ecológicos generados por la contaminación derivada de la hiperindustrialización del país le obligaron a embarcarse en un proceso de creación de normas de protección del medio ambiente totalmente innovadoras y en las que Japón es pionero mundial. Así mediante la promulgación de la Ley 142/1970 se instauró la sanción penal para las infracciones más graves contra el medio ambiente (el primer país europeo en hacerlo fue Alemania diez años más tarde). El desarrollo de los balnearios obligó también a elaborar una de las regulaciones sobre aguas termales y subterráneas más desarrolladas del mundo. Por otra parte, algunos de los problemas sociales más graves originaron la ley sobre la violencia conyugal de 2001, o el suicidio colectivo y el juvenil que trataron de prevenirse con otra ley de 2006. En consecuencia, el llamado *milagro económico japonés* ha ayudado a proyectar al exterior la imagen de un país sumamente desarrollado que sirve de ejemplo a otros países, especialmente asiáticos.

El alto grado de empleo de las vías alternativas de resolución de controversias muy acorde con la idiosincrasia nipona concuerda, por otro lado, con la tendencia mundial en favor de los ADR (*Alternative Dispute Resolution*), situándose a la cabeza de la misma. Lo realizan a veces sirviéndose de un profesional del derecho que no siempre tiene el status de Abogado (*Bengoshi*), sino el de gestor jurídico (*Shihō shosi*), o administrativo (*Gyōsei shosi*), y lo hacen a través de múltiples sistemas conciliatorios: *Wakai* (transacción judicial o extrajudicial), *Chōtei* (conciliación), *Chūsai* (arbitraje), *Jidan* (transacción extrajudicial civil), *Chūkai* (mediación o intercesión), *Assen* (intermediación), etc. Ocuriendo algo parecido en el ámbito penal en donde son muy bajos los índices de criminalidad, pese a la gran densidad de población y el hecho de que su mayor parte se concentre en grandes urbes. A ello contribuye el avanzado sistema educativo y la eficacia de la actuación contra la delincuencia.

(12) *Op. cit.*, p. 51-54.

Siendo Japón la primera democracia parlamentaria asiática, con un sistema bien establecido, se da la paradoja de que, en la práctica adolece de renovación en las instituciones ya que desde los años cincuenta del siglo pasado el Partido Liberal Demócrata ha ganado todas las elecciones generales, a excepción de las de 2009. Lo que ha propiciado, entre otras consecuencias, la ausencia de reformas constitucionales, la generalización del anticomunismo y la firma de sucesivos Tratados de seguridad mutua con los EE.UU., con su inevitable reflejo en el ámbito de la legislación interna (13).

Sin embargo, opina BARBERÁN que el principal mérito del Derecho japonés moderno, a los ojos del jurista occidental, ha sido el de haber conseguido integrar armónicamente elementos de tan diversas procedencia y adaptarlos a las peculiaridades de su cultura, tradición e idiosincrasia. Al mismo tiempo ha demostrado al mundo que el tradicional antagonismo entre el *Ius civile* y el *Ius commune*, es meramente aparente, logrando que figuras e instituciones de ambos sistemas coexistan pacíficamente en el seno de su ordenamiento. Con todo, y al margen de la influencia del Derecho extranjero, el sistema japonés cuenta con sus conceptos jurídicos propios y sus instituciones autóctonas. Así el *Iriai-ken* o derecho al aprovechamiento comunal de pastos, bosques, espacios agrícolas o pesqueros; la *Seinensha-engumi*, adopción de personas mayores; el *Eitaishakucho-ken*, o derecho a la explotación vitalicia de un terreno conferido como contraprestación a la prohibición de ser propietario del mismo; o las peculiares regulaciones del matrimonio (*Kon'in*) y el divorcio de mutuo acuerdo (*Kyōgijō no rikon*) que no precisan ser declarados por una autoridad sino que pueden serlo por los propios cónyuges. Por otra parte las leyes de todo tipo que a finales del siglo XIX se incorporaron al ordenamiento japonés, a veces de modo traumático, han sido objeto de sucesivas y numerosas reformas que las han adaptado a las necesidades y costumbres de la sociedad

(13) No siempre pacífico, como lo demuestra el art. 9 de la Constitución, que renuncia a la guerra y a la tenencia de fuerzas armadas, transformando al Japón en un país pacifista. Sin embargo la interpretación gubernamental invariada, a la hora de desarrollar las normas internas, ha sido que la renuncia es válida para los casos de guerra de invasión por parte de Japón, y no para los de guerra defensiva. Una opinión minoritaria extiende la renuncia a las guerras de autodefensa (*Jieitai*), cuestión de inconstitucionalidad abierta desde la entrada en vigor de la Constitución (*op. cit.* p. 52 s.).

japonesa actual, que sigue, no obstante mostrando *de facto* sus reticencias a aceptar algunas de las instituciones importadas dada su falta de raigambre social (así por ejemplo, la prácticamente inexistente costumbre de testar, o la sociedad mercantil de responsabilidad limitada –suprimida definitivamente en 2006–). Ello explican las amplias reformas del Ccjp. en 2003 y 2004, la del Ccomjp. en 2006 que derogó los artículos 33 a 500 para dar paso a una nueva Ley de sociedades mercantiles.

Entre los comparatistas occidentales consagrados se dan diferentes valoraciones de los fenómenos indicados. En primer lugar, caben mencionar a este respecto, las agudas observaciones histórico-sociológicas de ZWEIGERT-KOTZ (14). Ante la duda de si realmente echaron raíces las numerosas leyes importadas por los japoneses entre 1890 y 1900, de si se convirtieron en *leyes vivas* y de si se aplicaron en la práctica de la misma forma que en los países europeos de origen, opinan aquellos autores que la sociedad japonesa al finalizar el periodo *Meiji* era muy diferente de la acomodada burguesía de finales del siglo XIX, para la cual se concibieron los códigos europeos, que coincidió con el auge del liberalismo, basado en la idea de que la persona responsable de sus actos debe elegir su propio destino con independencia de las autoridades sociales y religiosas tradicionales. Pero tal individualismo era desconocido en la sociedad japonesa. Ciertamente, en el Japón la modernización administrativa del Estado fue precipitada, la adopción del conocimiento y de las tecnologías extranjeras demasiado rápida, y masiva la recepción de las instituciones jurídicas foráneas; sin embargo, nada de esto sirvió para romper o siquiera relajar lo lazos sociales que imponía la tradición a la persona por razón de su posición en la familia, grupo social y comunidad local, al artesano y al comerciante por su pertenencia a un gremio o al campesino por su relación con el terrateniente. Es verdad que, al cabo de unas cuantas décadas, habían crecido industrias lucrativas en Japón, pero éstas no debían su éxito a la diligencia y a los riesgos que asumieron empresarios de espíritu competitivo, sino que estas industrias fueron fundadas por la Administración imperial a fin de acelerar el desarrollo económico, para luego transferirlas a los señores feudales que aun ejercían un gran poder, en gran me-

(14) ZWEIGERT-KOTZ, *op. cit.*, p. 316.

dida como compensación por la pérdida de su influencia política. La industrialización cambió muy poco la estructura social del país. Hasta bien entrado el siglo xx, dichas leyes importadas no ejercieron un efecto práctico significativo sobre la vida jurídica japonesa; muy pocos ciudadanos hicieron uso de los derechos que les conferían las nuevas leyes, debido a que en todos los sectores de la sociedad, pero especialmente entre los campesinos, seguía predominando la aversión a ventilar en público los problemas personales, conforme a una inequívoca herencia confucionista. Admiten, sin embargo, que cabría imaginar que la tendencia tradicional a resolver los litigios sin recurrir a los litigios, comienza a debilitarse, y algunos datos parecen confirmar esta tendencia. pero no dejan de subrayar que *al observador occidental sorprende la tenacidad con que los japoneses conservan sus antiguas prácticas, pese a los cambios en las circunstancias de la vida* (15). Puede afirmarse que, al negociar un acuerdo en Japón, se debe considerar que una de las partes ha dispensado un favor a la otra en el pasado, de tal suerte que se puede esperar cierta benevolencia en el litigio actual. En la mentalidad de los japoneses la persona tiene una deuda de gratitud hacia cualquiera que le haya prestado un servicio o conferido un beneficio; se trata de un principio no escrito, no por ello menos obligatorio (las denominadas *deudas invisibles*). Algunas personas consideran un verdadero mito –argumento que los autores consideran, sin embargo, no convincente (16)– la preferencia nipona por la solución no contenciosa de las diferencias, y arguyen en contra que el sistema judicial del país está sometida a una extrema presión de trabajo al haber menos jueces y abogados que en cualquier país occidental y que los proce-

(15) *Op. cit.*, p. 317. Aducen el ejemplo de los pleitos familiares que antes de tramitarse judicialmente pueden sustanciarse ante una diversidad de procedimientos conciliatorios. Incluso en un accidente de tráfico, las víctimas o sus dependientes, en vez de acudir a los juzgados, dirimen sus reclamaciones en oficinas de mediación especiales, con la ayuda de terceros experimentados, como un policía jubilado, el jefe de personal de la empresa donde trabaja la víctima, un representante sindical o un hombre de negocios respetado con la experiencia suficiente. Igual ocurre en materia contractual, pues se parte de que muchas veces el juez no puede tomar en consideración los muchos imponderables que prestan singularidad a cada contrato.

(16) *Op. cit.*, p. 318.

sos pueden requerir varios años hasta dictarse sentencia; señalan igualmente que recientes procesos en materia de leyes ambientales y de responsabilidad por los productos en los que participaron miles de demandantes, teniendo el caso una publicidad masiva y un grado de apasionamiento y animosidad que rara vez se observa en otros países.

Por su parte, SACCO (17), sin descuidar la historia y la sociología, contribuye a la discusión con afirmaciones acaso algo más clarificadoras, distinguiendo, junto al Derecho escrito, la costumbre y el *giri* (o uso social no vinculante). Considera una generalización inaceptable interpretar que la menor litigiosidad nipona significa que el Derecho moderno no ha arraigado en el Japón, de suerte que el recurso a la conciliación implicaría un vacío que vienen a ocuparlo los usos sociales. Por el contrario, las leyes aprobadas por la Dieta o Parlamento encuentran puntual actuación de los órganos del Estado y de los ciudadanos, de modo que los incumplidores son sancionados. Con apoyo en KITAMURA (18), afirma que un número creciente de japoneses se reconoce en el Derecho escrito. Ello obliga a interrogarse *en qué medida* aquellos se rigen por el derecho escrito y en qué medida lo son por una norma no escrita. En este punto hay que diferenciar entre la costumbre y los usos sociales no jurídicos (*giri*). Las obras recientes niponas que han recopilado estos últimos no han sido traducidos a lenguas occidentales; se sabe que hay *giri* en las relaciones familiares (así, entre cónyuges, entre hermanos, entre tío y sobrino), laborales (entre un trabajador jubilado y otro activo), de intercambio (entre arrendador y arrendatario, entre prestamista y prestatario, entre comerciante y cliente) etc. Aquella pregunta básica no puede responderse con estadísticas o porcentajes. SACCO cree que el tiempo juega en favor del derecho escrito, al que se acogen un número cada vez creciente de personas, en circunstancias igualmente crecientes. Los *giri* han iniciado su declive, y los ancianos lamentan que los jóvenes los desconocen. Por otra parte el derecho escrito importado compite con el derecho autóctono de carácter consuetudinario, que puede haberse originado incluso frente a las costumbres tradicionales, de forma espontánea y silenciosa.

(17) SACCO, *op. cit.*, p. 533 ss.

(18) KITAMURA, *Brèves réflexions sur la methode de comparaison franco-japonaise*, RIDC, 1995, p. 867 (SACCO, loc. cit. p. 537, n. 35).

Este derecho no escrito precisa de instrumentos adecuados para sobrevivir y seguir aplicándose. Uno de ellos es la conciliación, sobre todo cuando se promueve por no juristas, porque inevitablemente el conciliador que lo es invita a las partes a adecuarse a la ley estatal. Puede afirmarse que la difusión de la conciliación en el País del Sol Naciente puede ser el instrumento que facilite la aplicación de una norma no imperativa y no escrita, conocida y valorada por quienes la llevan a efecto. Reconoce SACCO (19) que este modo de proceder con el Derecho escrito y el consuetudinario producen desarmonías, que podrán eliminarse cuando los ciudadanos adviertan que es posible inyectar en el derecho escrito aquella parte del derecho espontáneo al que no quieren renunciar.

Si al recensor se le permitiera opinar sugeriría que el caso nipón que examinamos viene a ser uno más de los frecuentes casos, a lo largo de la historia, de *Receptio* o Recepción del *jus commune* que en el continente europeo se prodigaron entre el siglo XII y el XIX, sólo que trasladado a otro continente y efectuado por un país que no había recibido inicialmente elemento alguno de la cultura greco-romana. Ocurre que hemos estereotipado los efectos de la Recepción en Italia, Francia, España, Portugal, Países Bajos y Alemania, y los hemos fijado en nuestros Manuales de Derecho comparado. Entiendo, por todo ello, que *hic et nunc* no debiera sorprendernos, ni elucubrar excesivamente, acerca de los posibles resultados que en el País del Sol Naciente se obtengan, ahora o más adelante, con la Recepción de los códigos europeos, casi siempre más extensa e intensa que las últimamente reseñadas, que tuvieron lugar a fines del siglo XIX. No se produjo aquí una recepción automática, sino reflexiva y prevista aunque probablemente no demasiado perfecta en su realización, y cuyos efectos en el país receptor, a mi juicio, tardarán en fijarse definitivamente.

3. Derecho Público

Sin necesidad de definirlo para el lector hispano, sólo cabe añadir que la gran mayoría de las materias aquí incluidas se aceptan habitualmente como tales (acaso se discutiría la naturaleza del Derecho Internacional Privado), y que también se consideran públicas

(19) SACCO, loc. cit., p. 540.

otras desarrolladas más adelante, después del Derecho civil (así el Derecho procesal civil y penal, el Derecho de la Seguridad Social y la Legislación antimonopolio). Por último, puede sorprender la separación conceptual entre el Derecho Administrativo y el Derecho de las autonomías locales, autonómicas y regionales (debido acaso a razones históricas), así como el tratamiento independiente del Derecho de la información, y el de la libertad religiosa y las relaciones Iglesia-Estado. En su conjunto esta materia de *jus publicum* excede, por su extensión, de los dos centenares de páginas (pp. 55 a 272).

A) Derecho constitucional (20)

A cargo de los Profesores Minoru IKEDA, Catedrático de Derecho constitucional, Fac. Derecho de la Univ. de Nihon (Tokio) y Secretario de la Asociación de Estudios de Derecho hispánico de Japón; y Salvador RODRÍGUEZ ARTACHO, Abogado, Prof. Asociado de Derecho Constitucional de la UNED. Con la colaboración de Kiyohiko KURODA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Fac. Derecho de la Univ. de Nanzan (Nagoya), especialista en Derecho societario y Presidente de la Asociación de Estudios de Derecho Hispánico de Japón; y del Profesor F. BARBERÁN.

Comienza describiendo el proceso constitucional moderno y la elaboración de la Constitución vigente de 3 noviembre 1946 cuyos principios básicos son los siguientes: a) Soberanía popular, democracia representativa y respeto a los derechos humanos fundamentales; b) Pacifismo; y c) Principio de cooperación internacional. El art. 1.º deja bien claro que “el *Tennō* o Emperador es el símbolo el Estado y de la unidad del pueblo, derivando su posición de la voluntad del pueblo, en quien reside el poder soberano”, negándole todo poder político alguno el art. 4.1, fuera del establecido expresamente en la Constitución (nombramiento del Primer Ministro y del Presidente del TS, y las competencias protocolarias enumeradas en el art. 7). Los autores tratan con detalle la discutida interpretación –ya aludida–, del art. 9 sobre la renuncia a la guerra (21).

(20) *Op. cit.*, pp. 55-91.

(21) *Op. cit.*, pp. 63-69, profundizando en el significado constitucional de la negación del derecho de beligerancia y el derecho de autodefensa, así

El art. 11 dispone: "No se podrá impedir al pueblo el goce de ninguno de los derechos humanos fundamentales. Estos derechos, garantizados al pueblo por la presente Constitución, serán conferidos a las generaciones presentes y futuras como derechos eternos e inviolables". De este modo, concluyen los autores (22), se evidencia que los derechos fundamentales no traen causa ni del *Tennō*, ni de la propia Constitución, sino que son inherentes al ser humano por el mero hecho de nacer, son irrenunciables y su goce y disfrute corresponde al pueblo. Del Tít. III *Derechos y deberes del pueblo*, se infiere un catálogo de derechos que, de manera general, responde a cuatro grandes categorías: Libertades, derechos de participación política, derechos de disfrute y derechos sociales.

Entre las libertades (*Seishinteki Jiyūken*) se incluyen las siguientes: *Libertades de espíritu* (pensamiento, conciencia, culto, asociación y reunión, y de expresión así como las prohibiciones de censura y violación del secreto de comunicaciones, y la libertad académica o de cátedra). En relación con la libertad religiosa, a diferencia de la Constitución del periodo *Meiji* que consideró al sintoísmo como religión del Estado, la vigente la trata como una religión más, y los tribunales aplican el *Lemon Test* estadounidense que tiene en cuenta la *regla del objeto y del efecto*; así la STS de 13 julio 1977, en que se debatía el pago con dinero público de la ceremonia de bendición del polideportivo municipal con ocasión de su inauguración, declaró que la ceremonia no había sido religiosa, sino laica, y que los efectos del mismo no apoyaban ni fomentaban el maoísmo, ni tampoco se dirigía en contra de las demás, por lo que no había violado la libertad religiosa; por el contrario, la STS de 2 abril 1977 declaró que se había infringido la separación Iglesia-Estado, cuando un alcalde con dinero público abona el pago de un árbol religioso sintoísta. En cuanto al derecho a la información (*Shiru Kenri*) hay que advertir que no está expresamente previsto en la Constitución, dimanando de la Ley reguladora del acceso a la información de los órganos administrativos, en vigor desde 2001, y ha evolucionado hasta convertirse en un derecho autónomo. *Libertades económicas* (engloba las libertades de cambio de residencia y elección de ocupación, de trasladarse al extranjero y

como aludiendo a la legislación promulgada para el empleo del uso de la fuerza en situaciones excepcionales (Ley de 2004).

(22) *Op. cit.*, p. 70.

cambiar de nacionalidad, y los derechos patrimoniales). Los Tribunales suelen revisar la constitucionalidad de los límites de las libertades económicas partiendo de la *teoría del doble estándar*, que resulta más estricta que el criterio de razonabilidad empleado en la revisión de los derechos de libertad de pensamiento; y si el control tiene un objetivo activo o dinámico, sólo podrá declararse inconstitucional por aplicación del *principio de inconstitucionalidad manifiesta*. Las *libertades físicas*, sobresalen por su número (libertad frente a la imposición de trabajos forzados o al sometimiento a la esclavitud, legalidad, seguridad y tipicidad penal, orden judicial para detención o arresto, libertad frente a arrestos, internamientos o detenciones ilegales, inviolabilidad del domicilio, prohibición de la tortura y castigos inhumanos, derecho a un juicio público sin dilaciones y ante un tribunal imparcial, a proponer prueba testifical, a la asistencia letrada en juicio, a no declarar contra sí mismo, irretroactividad de la ley penal y el principio *ne bis in idem*. El art. 31 establece que ninguna persona podrá ser privada de su vida o de su libertad, ni podrá serle impuesta condena penal alguna, excepto a través de los procedimientos establecidos por la ley. Siguiendo al Derecho angloamericano su interpretación incluye el pleno *due process of law*, tanto en el plano formal o procedimental, como en el material o sustantivo, incluso administrativo. El art. 37 establece el derecho a un juicio rápido, aunque en la práctica la larga duración de los procedimientos penales es uno de los graves problemas del Japón; la STS en pleno de 20 diciembre 1972, estimó violado este derecho cuando las actuaciones se habían dilatado durante quince años, acordando el sobreseimiento solicitado. La pena de muerte goza de gran apoyo de la opinión pública; la doctrina discute si el ahorcamiento que se utiliza infringe el art. 36 que prohíbe la tortura o los castigos inhumanos, pero la STS de 12 marzo 1948 lo denegó.

El núcleo esencial del Derecho de participación política (*Sanseiken*) se aloja en el art. 15 : "El pueblo tiene el derecho inalienable de elegir y destituir a las autoridades públicas. Éstas están al servicio de toda la comunidad, y no de un grupo determinado. Se garantiza el derecho al sufragio universal de las personas mayores de edad con respecto a la elección de las autoridades públicas. El secreto del voto será inviolable en todas las elecciones". Los extranjeros que tengan reconocido el estatus de residencia permanente pueden votar en las elecciones locales.

Los *derechos de disfrute o a reclamar prestaciones al Estado* (*Juekiken-Kokumu Seikyūken*) lo forman esencialmente: el derecho de acceso a la justicia (incluso en materias de jurisdicción voluntaria), el derecho de petición, el derecho a solicitar indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado o el derecho al resarcimiento en caso de absolución por la detención o arresto indebidos (23).

Derechos sociales (Shakaiken). Se incluyen en ellos el derecho a una vida digna, a la educación, al trabajo, a la sindicación y a la actuación colectiva. Se ha entendido tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia, que la dimensión jurídica del derecho a una vida digna que cumpla unos requisitos mínimos en cuanto a salud y cultura. es un derecho abstracto que no puede invocarse directamente ante los tribunales, a menos que se haya desarrollado legislativamente. Así ocurre con el bienestar social (a través de la Ley de asistencia pública, la del bienestar infantil o de las personas mayores), la seguridad social (Ley del seguro nacional de salud, la de pensiones, la del seguro de desempleo, la del seguro de cuidados de larga duración), y la sanidad pública (Leyes de sanidad y seguridad alimentaria, la del control de la contaminación atmosférica y la Ley básica del medioambiente).

Igualdad ante la ley (Hō no moto no Byōdō). A diferencia de la Constitución *Meiji*, tras proclamarla con carácter general en el art. 14, apartado 1, se trata de asegurar en otros campos como la negación de los títulos y prerrogativas de la nobleza (24), los privilegios asociados a los honores, el sufragio universal, la igualdad para ser electores, la igualdad de derechos para ambos sexos y especialmente entre cónyuges, y la igualdad de oportunidades en materia de educación.

El derecho a la búsqueda de la felicidad (Kōfuku Tsuikyūken) y los denominados *Nuevos derechos humanos (Atarashii Jinken)*. Se ha tratado recientemente de incluir en este apartado el derecho a la

(23) Advierten los autores (loc. cit., p. 77) que, hoy en día, con el desarrollo del Estado social y del bienestar, son cada vez más las situaciones que requieren de la intervención y supervisión del Estado en las relaciones humanas, con lo que la gama de asuntos jurisdiccionales no contenciosos continúa ampliándose.

(24) Con las excepciones del Emperador y su familia, asociadas al carácter simbólico del primero.

privacidad, el derecho al honor, o los derechos morales medioambientales, el derecho a disponer del propio cuerpo y la propia existencia, o los derechos de autodeterminación sobre la forma de familia, la reproducción, el estilo de vida, etc. Pero los tribunales sólo han reconocido como derechos constitucionales claros e inequívocos los derechos a la privacidad y a la propia imagen como derivación suya (25).

Respecto de la organización política del Japón, la Dieta es el órgano de representación del pueblo, el máximo órgano de poder del Estado y el único órgano legislativo del mismo, encargado de aprobar las leyes, concluir los tratados, designar al Primer Ministro, la supervisión de las finanzas y la aprobación de los presupuestos, la formación de los tribunales para el enjuiciamiento de jueces y magistrados, y la iniciativa de la reforma constitucional. Sigue el sistema bicameral, dividido en Congreso (*Shugiin*) y Senado (*Sangiin*), con sistema de elección diferente para cada cámara; se reserva al Congreso la moción de censura y el voto de confianza, así como la aprobación del presupuesto (26). El sistema electoral del Congreso es una combinación de distritos electorales uninominales (que eligen a 300 miembros), y proporcional sobre la base de 11 circunscripciones electorales (que eligen los 180 restantes), Los 242 escaños del Senado se eligen: 96 por el sistema proporcional, y 146 que elige al candidato más votado. Se sigue el régimen de gobierno parlamentario y todos los Ministros han de ser civiles. El Gabinete no está habilitado para promulgar Decretos de ejecución que apliquen directamente preceptos constitucionales si no existe una base legal o desarrollo legislativo previo que dimane de la Dieta; tampoco cabe dictar Decretos de urgencia. Le corresponde la facultad de promulgar medidas de gracia, tanto amnistías como indultos, con ocasión de acontecimientos de carácter nacional, confirmados por el Emperador.

Se consagra la independencia del poder judicial (art. 76 de la Constitución), y la inamovilidad de los Jueces (art. 78). Pero los

(25) *Op. cit.*, p. 79.

(26) Cuando un proyecto de ley aprobado por el Congreso es rechazado por el Senado, si aquél reitera su petición de aprobación y éste deja transcurrir 60 días sin adoptar una decisión, la propuesta se convierte en ley si se aprueba por los dos tercios del Congreso.

jueces del TS pueden ser destituidos por vía electoral (art. 79.3). La organización de los Tribunales, conforme a las leyes, se basa en la triple instancia, y cuatro tipos de órganos judiciales inferiores: Audiencias Territoriales, Tribunales Regionales de Primera Instancia, Juzgados de Familia y Juzgados de Distrito. La Constitución prohíbe el establecimiento de tribunales especiales o extraordinarios. La Ley del Jurado de 2004, que entró en vigor en 2009, está admitida en materia penal para los casos en que está prevista la pena de muerte o la prisión indefinida. Hay un control de constitucionalidad, del tipo incidental norteamericano aunque se producen pocas declaraciones de inconstitucionalidad. En última instancia corresponde al TS, sin perjuicio de que los tribunales inferiores pueden también declararla (27).

La Constitución *Meiji* no contenía disposición expresa relativa a la autonomía local, a pesar de la centralizada política de organización territorial imperante en Japón. Pero la vigente garantiza institucionalmente la autonomía local cuyo régimen se desarrolla *infra*.

Los autores dedican singular atención al tema de la reforma constitucional (28), llamando la atención sobre la circunstancia de que durante más de sesenta años la Constitución vigente en Japón no ha experimentado ninguna reforma, aunque el panorama parece cambiar tras las últimas elecciones generales. El art. 96 prevé expresamente tal posibilidad, pero al no haberse regulado legalmente el procedimiento de consulta popular al respecto, tal reforma no había podido llevarse a cabo. Existiendo un ambiente social poco favorable al cambio (29). El partido Liberal Democrático, sin embargo,

(27) Se denuncia por la doctrina las llamadas *sentencias superfluas* (*Dosaku Handketsu*) que hacen declaraciones *obiter dictum* de inconstitucionalidad, que pueden quedar firmes por no recurrir la parte contraria (loc. cit., p. 86).

(28) *Op. cit.*, pp. 88-91

(29) Se observa (loc. cit., p. 90) que el antiguo partido socialista (actual partido social-democrático), el partido comunista, y otros, contribuyeron de manera entusiasta a la creación de un entorno de glorificación popular de la Constitución, que ha ido calando en la doctrina y los intelectuales durante largo tiempo, generando entre los japoneses un clima en el que propagunar la reforma constitucional se percibía como un símbolo de conservadurismo reaccionario, lo que con frecuencia este tema era considerado como tabú y objeto de rechazo.

y con vista en el art. 9, ha hecho de la reforma constitucional uno de los ejes centrales de su programa, pero parece muy difícil lograr la mayoría necesaria; las Comisiones de Examen Constitucional de ambas Cámaras se constituyeron en el año 2000 para evaluar una posible reforma, y cinco años más tarde se llega al momento más álgido que culminaría en una posición unánime de partidos y organizaciones públicas en favor de la presentación de una propuesta en tal sentido; pero se disolvieron aquellas Comisiones sin lograr tal propósito, aunque el 18 mayo de 2007, se aprobó la Ley de procedimiento para la reforma de la Constitución. Tras el triunfo de las elecciones celebradas en diciembre de 2012, y la vuelta al poder del Partido Liberal Democrático, con *Shinzo Abe* como Primer Ministro, parece volver con más fuerza el clima favorable a la reforma.

B) Derecho Administrativo (30)

A cargo de los Profesores, Hitoshi KITAHARA, Catedrático de Derecho Administrativo de la Fac. de Derecho de la Univ. de Surugadai (Saitama), F. BARBERÁN y Kiyohiko KURODA.

Resulta interesante el inmediato precedente que indican los autores: Bajo la Constitución *Meiji*, el Derecho administrativo japonés tenía por misión la de construir, siguiendo el modelo alemán, un sistema interpretativo equiparable y parecido al civil, pero independiente de éste. A tal fin se elaboró la teoría sobre el acto administrativo en contraste con la del negocio jurídico, se establecieron los principios de legalidad, primacía de la voluntad y eficacia, se desarrolló la teoría de la ejecutividad de los actos administrativos que no tenía paralelo en el Derecho civil, pues se basaba en la consideración del Estado como titular de una voluntad prevalente (31).

La Constitución en vigor introdujo en este campo los siguientes principios básicos:

- pasar del centralismo a la descentralización;
- sumisión del poder administrativo al régimen parlamentario;
- introducir los principios del Estado de Derecho y del Estado del bienestar;

(30) *Op. cit.*, pp. 91-124.

(31) *Op. cit.*, p. 95.

— se entendió que el art. 76, 2 de la Constitución prohibió la creación de tribunales administrativos al margen de los de justicia (32). Los autores parten de la doctrina del Prof. TANAKA, siguiendo la elaborada anteriormente por el Prof. MINOBE, y que posteriormente ha evolucionado. En principio, las relaciones administrativas se diferencian de las privadas por las notas siguientes (33):

— tanto el Estado como las Entidades locales están facultadas para dictar órdenes y hacerlas cumplir, así como para constituir las o modificarlas unilateralmente con independencia de la voluntad de los administrados;

— el ejercicio de las facultades administrativas ha de fundarse en la Ley y someterse a ella, pero gozan de la presunción de validez y eficacia;

— los sujetos de la Administración tienen la facultad o privilegio de autotutela;

— en materia de responsabilidad civil por actos ilícitos de la Administración, está previsto un sistema de recursos administrativos con ulterior acceso a la vía jurisdiccional.

Siguiendo estas ideas la ciencia del Derecho Administrativo tradicional se ha ido desarrollando en torno al acto administrativo, a partir del cual se han ido definiendo sus peculiaridades. La Constitución acogió la idea de un Estado social que garantizaba, no sólo los derechos humanos en tanto que libertades, sino el derecho de los ciudadanos a una existencia digna, con lo que se amplió el campo de actuación de la Administración. Dentro de ella se incluyen la legislación administrativa, la planificación administrativa, las directrices o recomendaciones administrativas, la contratación administrativa, etc.

La revisión de la actuación administrativa japonesa ha sufrido diversas etapas, derivadas de la interpretación de la nueva Constitución y de la prolongada subsistencia del régimen anterior, así como

(32) Con ello se adopta el modelo anglosajón de *Estado de justicia*, en oposición al de *Estado de administración* (loc. cit. p. 97). El recensor interpreta esta conclusión como oposición al sistema francés, sin que –en opinión del recensor– afecte al nuestro de jurisdicción contencioso-administrativa, como se constatará *infra*.

(33) *Op. cit.*, pp. 98 ss.

del modelo occidental definitivamente recibido. Desde 1900 hasta 1947 el país contó con tribunales administrativos que funcionaban al margen de los tribunales de justicia. Promulgada la vigente Constitución se entendió que no cabía el establecimiento de tribunales que fueran órganos de la Administración. En 1948 se promulgó la Ley reguladora de las especialidades del proceso civil para los asuntos administrativos, derogada y sustituida en 1962 por la Ley reguladora del procedimiento contencioso-administrativo, inspirada en el modelo anglosajón, aunque admitiendo la existencia de órganos de mediación y arbitraje, como los *Comités administrativos* (*Gyōsei Linkai*) o los *Centros de Arbitraje administrativo* (*Gyōsei Simphansho*). Sin perjuicio de la existencia de recursos exclusivamente administrativos (34), hay que decir que la Ley reguladora del procedimiento contencioso administrativo fue objeto de una profunda reforma llevada a cabo en 2004, que entró en vigor el 1 abril 2005. Al tradicional objeto de este recurso, de nulidad o anulación de disposiciones y resoluciones administrativas se añadieron la declaración de ilicitud de la inactividad de la Administración, las de imposición de obligación y las de cesación o interdicción a la Administración. El sistema indemnizatorio expropiatorio se basa en el art. 29 de la Constitución que la inviolabilidad de los derechos de contenido patrimonial y la posibilidad de su uso con fines públicos previo abono de una justa compensación. La Ley de 15 octubre 1947, cumpliendo la Constitución, establece en su art. 1.1 que “cuando un funcionario público, en ejercicio de la autoridad del Estado o de otra administración pública y en el desarrollo de sus funciones, ocasione un daño o un perjuicio a otra persona de modo ilícito, mediante dolo o negligencia, el Estado o la administración en cuestión asumirán la obligación de indemnizar por ello” (35). Un caso especial basado en la responsabilidad por riesgo es la derivada del establecimiento o gestión de infraestructuras e instalaciones públicas.

C) Autonomía local. Derecho autonómico y regional (36)

A cargo de los Profesores Katsushi YAMAMOTO, Catedrático de Derecho público de la Fac. de Ciencias de la Salud y Servicios de bienestar

(34) *Op. cit.*, pp. 109-112.

(35) Desarrollo en loc. cit., pp. 120-122.

(36) *Op. cit.*, p. 124-148.

social, de la Univ. de Saint-Catherine (Ehime): y Luis PEDRIZA, Profesor de Derecho constitucional de las Fac. de Derecho de Kioto y Kinki (Osaka).

La autonomía local se encuentra regulada por la Ley de Autonomía Local (LAL) que concreta las disposiciones del título VIII de la Constitución, creando las diferentes entidades locales, su regulación y fundamento, así como las relaciones entre aquéllas y el gobierno central (37). Ha sido reformada muchas veces siendo la más importante la de 1999 que sigue las directrices de la Ley de promoción de la descentralización de 1995 (38). En 2002 se simplifican los requisitos del derecho de petición directa y las acciones populares. En 2003 se introduce el *Administrador designado*. En 2004 se crean los Distritos autónomos, y en 2006 se suprimen las figuras del jefe de tesorería y del contable de ingresos.

La LAL resulta muy extensa (321 artículos) y minuciosa en su reglamentación pormenorizada del sistema de autonomía local japonés. Los autores se hacen eco de la opinión según la cual un grado de detalle tan elevado hasta puede acabar perjudicando a los propios principios de la autonomía local (39). Aquí basta aludir a la temática general: Naturaleza de la autonomía local, esencia de la garantía de la misma, competencias de las entidades locales, su potestad legislativa (leyes y reglamentos locales), la Asamblea de las entidades locales, sus órganos ejecutivos, las finanzas, las formas de intervención (pues el respeto de su autonomía permite cierto grado de intervención estatal en aras de garantizar la seguridad, y el bienestar de los residentes). Como problemas actuales se indican la propuesta de sustituir el actual sistema de prefecturas por uno

(37) Sobre su interesante evolución histórica véanse pp. 124-130.

(38) Conforme a la Ley de 1999, el Estado y las entidades locales se situarán en el mismo plano jurídico, siguiendo estas directrices: a) Abolición de las competencias delegadas; b) Regulación de la intervención del Estado y de las Prefecturas en las entidades locales; c) Establecimiento de un sistema para resolver los conflictos con aquellas; d) Reestructuración de sus relaciones; e) Acondicionamiento del sistema de administración local; f) Revisión del número de diputados y atenuación de los requisitos para presentar proyectos legislativos y enmiendas, así como acceso al estatus de *Ciudad central* creando también la figura de *Ciudad especial* (superior a 200.000 habitantes).

(39) *Op. cit.*, p. 130.

de regiones que permita reducir las desigualdades excesivas de los recursos financieros entre aquéllas; pero que una encuesta de 2006 rechazó mayoritariamente la sociedad nipona. Ante el incremento de la población extranjera (en 2008 representaba el 1,74 % del total), se discute la participación política de los extranjeros residentes. Por último, el declive de los núcleos rurales debido al envejecimiento de la población ha colocado en primer plano el mejor procedimiento para efectuar la fusión de municipios.

D) Derecho de la información (40)

A cargo de los Profesores Takenori NOGUCHI, Profesor de Derecho de la información en la Fac. de Ciencia y Tecnología, de la Univ. de Teikyo (Tokio); y del Prof. Salvador RODRÍGUEZ ARTACHO.

Por la globalización del tema este apartado del volumen puede ser uno de los más consultados entre nosotros, debiendo recordarse que su autonomía científica en el Japón, se ha debido a razones externas circunstanciales. En la actualidad, el desarrollo de la sociedad de la información y la informatización han espoleado el desarrollo de la sociedad virtual o de Internet, que si bien se inspiran en el desarrollo del *hardware* y del *software*, representan algo más que tecnología pues se trata de una herramienta capaz de transformar el estilo de vida de las personas. Todo este desarrollo obliga a una adaptación de la actual legislación civil, penal, administrativa o de la propiedad intelectual, etc., al mismo tiempo que suscita problemas de índole constitucional (libertad de expresión, secreto de las comunicaciones, entre otros). Al concluir la exposición del desarrollo normativo experimentado en el Japón, los autores concluyen que su país va un paso por detrás del devenir de los avances tecnológicos en el mundo, por lo que no deben descartarse en el futuro importantes cambios en la legislación (41). Entre otras normas se hace referencia a diversas Leyes promulgadas sucesivamente y que culminaron en el amplio paquete de normas sobre protección de datos personales en poder de los organismos administrativos, que entraron en vigor el 1 abril 2005. Por otro lado, en el año 2000 se promulgó la Ley de firma y certificado electrónico. En su calidad de

(40) *Op. cit.*, pp. 149-172.

(41) *Loc. cit.*, p. 154.

observador del Consejo de Europa, Japón firmó en 2001 el Convenio sobre cibercrimen, que dio origen en 2003 a la Ley reguladora de las actuaciones orientadas a la captación de menores a través de las actividades de contactos por Internet, que tras modificaciones parciales entró en vigor el 1 diciembre 2008.

Previo el examen de los principios constitucionales básicos, los autores se centran en el derecho a saber y el acceso a la información (a través de la radiodifusión o la divulgación de la información por parte de la Administración), el derecho al honor, a la intimidad y la protección de datos personales, las redes de información y la legislación sobre Internet, y, por último, a la perspectiva que ofrece la protección de la información en el Código penal. Entre las cuestiones de actualidad mencionan: las críticas y suspicacias en la opinión pública derivadas del establecimiento de la red de registro de residentes en relación con la difusión de datos personales, la filtración de imágenes de la colisión de un pesquero chino en las Islas Senkaku, ocurrido el 7 septiembre 2010 (inicialmente estuvo a punto de originar un conflicto internacional, y más tarde derivó hacia la sanción administrativa de un Guarda costera que divulgó en *You Tube* una grabación de 44 minutos de duración de la colisión del pesquero, y que terminó con la absolución del responsable), y la filtración de documentos diplomáticos de los EEUU a través de la página *Wikileaks*, que dio ocasión al Japón a crear el *Comité para el estudio de la protección de la información*.

E) Derecho tributario (42)

Se debe al Prof. Yasuhiro NISHIYAMA, Prof. Titular de Derecho tributario de la Univ. de Soka (Tokio) y Asesor Fiscal; y al Prof. Ramón VILARROIG, Prof. Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Univ. Jaume I (Castellón).

El nacimiento de un sistema tributario moderno japonés se produce a partir de la época *Meiji* en la que se propone como objetivo modernizar el país de manera que pudiera competir con las potencias occidentales en la sociedad internacional para lo cual se necesitaba una fuente de ingresos estable y reformar el sistema impositivo que llegó a conocer 2000 tipos de tributos diferentes du-

(42) *Op. cit.*, pp. 172-204.

rante el periodo de Edo. A partir de la Constitución vigente se introducen importantes cambios tributarios: Se introduce el sistema de autoliquidación en el impuesto sobre la renta, ésta pasa a ser de tipo personal y no de producto; como complemento al impuesto de sucesiones se establece un impuesto sobre donaciones; y en la Ley de impuestos locales aparece el impuesto a los residentes de la Prefectura. En 1949 y 1950 se emiten los informes del Dr. Carl S. Shoup, invitado por el Gobierno de ocupación, inspirados en las teorías impositivas norteamericanas del momento, aunque en 1953 estas orientaciones se ven contrarrestadas (por ej. supresión del impuesto sobre las grandes fortunas). En 1986 la Comisión para la investigación y estudio del sistema tributario emite un informe proponiendo la introducción del impuesto sobre el consumo (aprobado en 1989), la simplificación de la tarifa del impuesto sobre la renta (reducción de 15 escalas a 5), la reducción la tarifa del impuesto sobre sociedades, y el aumento de la base mínima de tributación en sucesiones.

En Japón hay diez tipos de impuestos que admiten diversas clasificaciones:

- Impuestos estatales (*Kokuzei*) y locales (*Chihōzei*);
- Impuestos ordinarios (*Futsū-zei*) e impuestos finalistas (*Mokuteki-zei*);
- Impuestos directos (*Chokusetsu-zei*) e indirectos (*Kansetsu-zei*);
- Impuestos sobre las ganancias (*Shūtoku-zei*), sobre el patrimonio (*Zaisan-zei*), sobre el consumo (*Shōhi-zei*) y sobre el tráfico o circulación de bienes y derechos (*Ryūtsū-zei*).

El apartado dedica a los principales tributos japoneses una pormenorizada exposición que incluye bases liquidables y supuestos prácticos, que pueden suministrar una inestimable ayuda a los españoles interesados, pero que exceden de la finalidad de esta recensión (43), con remisión al texto. Finaliza con las medidas especiales adoptadas, en relación con el sistema tributario nipón, con ocasión del terremoto y subsiguiente tsunami de 2011 (44).

(43) *Op. cit.*, pp. 181-200.

(44) Concluyen los autores resaltando la sensibilidad del legislador ja-

F) Derecho Internacional Público (45)

A cargo de los Profesores, Yoshito KITA, Prof. Titular de Derecho Internacional Público de la Fac. de Derecho de la Univ. de Nihon (Tokio), y de la Profesora Etsuko ASAMI, Investigadora del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Fac. de Derecho de la Univ. Complutense; y de la Profesora Carmen TIRADO, Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones internacionales de la Fac. de Derecho de la Univ. de Zaragoza.

En realidad los autores reconocen que van a tratar, más bien, del *Derecho de la guerra*, que modernamente se denomina *Derecho internacional humanitario*. Históricamente se puede decir que el Derecho internacional moderno llegó a Asia a mediados del siglo XIX, importado desde Europa. Así en 1842, China se incorpora al mismo mediante la firma del Tratado de Nanking, con lo que acaba la guerra del opio; Japón, que se encontraba en situación de aislamiento desde 1613, haría lo propio en 1854, con la firma del Tratado de amistad con EEUU. Posteriormente este país inició relaciones diplomáticas con varios países europeos en el marco de los Tratados de amistad y de comercio; pero estos Tratados eran llamados *desiguales* por contener una serie de condiciones desventajosas para Japón (aplicación extra-territorial de las leyes extranjeras en territorio japonés, y la jurisdicción consular que evitaba que los extranjeros pudieran someterse a los tribunales nipones, o el no reconocimiento de la autonomía arancelaria de Japón). El Gobierno *Meiji* fomentó la creación de nuevas industrias y se dedicó a fortalecer su ejército, implantando un sistema jurídico de tipo occidental, aceptando las normas del Derecho internacional vigente, y potenciando el estudio del derecho extranjero para lograr su reconocimiento internacional como país civilizado

Consecuentemente, Japón cumplió con las normas de Derecho internacional durante la Primera guerra sino-japonesa, la Guerra ruso-japonesa y la I.^a GM. Si bien a fines del siglo XIX se había ini-

ponés, pues se ajustaron las valoraciones de los terrenos, se prolongaron los plazos de presentación de las declaraciones, se permitieron compensaciones retroactivas, se relajaron los condicionantes de las deducciones por la adquisición de viviendas habituales y se redujo la tributación por la adquisición de vivienda.

(45) *Op. cit.*, pp. 204-243.

ciado un proceso de enmienda de estos Tratados desiguales con la abolición de la jurisdicción consular con la firma del protocolo anexo al Tratado de 1894, de comercio y navegación entre Japón y Reino Unido, culminando en 1899 con la firma de Tratados similares con otros países occidentales. En 1911 Japón recupera la autonomía arancelaria con la firma del nuevo Tratado de comercio y navegación con el Reino Unido. Así Japón adquirió la posición internacional que anhelaba, y, paradójicamente, a partir de aquel momento, empezó a perder interés en el cumplimiento del Derecho Internacional. Hasta el punto de que su acción exterior tras la I.^a GM fue uno de los detonantes que harían estallar la II.^a GM en el área de Asia-Pacífico, siendo su actuación objeto de fuerte rechazo internacional.

Después de una exposición detallada de la conducta nipona en las guerras con China y Rusia durante las guerras de la era *Meiji*, los autores tratan de dilucidar las verdaderas razones de aquélla, que sintetizan así.

- La mayoría de los militares que ocupaban altos cargos en el ejército japonés procedía de la clase educada en el espíritu del *Bus-hido* que obliga a compadecer al vencido y reprobar los comportamiento poco honorables;

- Los conocimientos del Derecho internacional se habían difundido en las Academias militares, extendiéndose incluso a los soldados que debían estudiar las reglas sobre la guerra de Ginebra y La Haya;

- Japón quería ofrecer al mundo la imagen de país civilizado y respetuoso con el Derecho internacional; también para estar en condiciones de captar suscripciones de la deuda externa;

- Japón tenía que contrarrestar la opinión sobre el *peligro amarillo* difundida en algunos países occidentales;

Este panorama cambia radicalmente durante la II.^a GM, pues Japón viola el Derecho internacional al estallar el conflicto (*Pearl Harbour*) y a lo largo de la contienda, consistiendo tal violación fundamentalmente en el trato inhumano y degradante hacia los prisioneros, lo que le hizo perder el prestigio adquirido durante la anterior y dio origen a los procesos ulteriores por crímenes de guerra (46).

(46) La Carta de 1946 creó el Tribunal de Tokio –paralelo, aunque con notables diferencias respecto del de Nuremberg–, que sancionó hechos co-

Bajo el enunciado *Japón en la escena internacional. Algunos temas de actualidad*, la Profesora Carmen TIRADO completa la anterior exposición, presentando diversos aspectos que contribuyen a perfilar su actuación internacional; temas caracterizados por su actualidad –a veces, real inmediatez– y seria y completa documentación (47).

El art. 9 de la Constitución y sus repercusiones en el Derecho internacional. Se parte de una situación histórica, extremadamente dura para el país: Era un país vencido en la II.ª GM, derrota que supone un giro sustancial en la escena política al pasar a ser un estado tutelado por los aliados. Pierde su soberanía, le es impuesta la desmilitarización y queda obligado al pago de reparaciones de guerra, además de ser considerado por la incipiente ONU, junto a Alemania, un estado enemigo, recibiendo un trato diferente al del resto de los Estados de la sociedad internacional. Ello explica la redacción del art. 9 de la Constitución vigente de 1946: *Aspirando sinceramente a una paz internacional basada en la justicia y el orden, el pueblo japonés renuncia para siempre a la guerra como derecho soberano de la nación y a la amenaza de la fuerza o al uso de esta como medio para la resolución de los conflictos internacionales. Al objeto de alcanzar los objetivos a que se refiere el párrafo precedente, no se dispondrá de ningún tipo de fuerza armada, sea de tierra, mar o aire. No se reconoce el derecho de beligerancia del estado.* Las diversas cuestiones derivadas de la interpretación del tenor literal del precepto transcrito han llevado a los expertos nipones a polemizar intensamente tanto sobre el verdadero sentido y alcance de las expresiones concretas contenidas en dicho precepto, como sobre la

metidos desde 1 enero 1928 hasta el 2 septiembre 1945, comprendiendo 55 cargos divididos en tres apartados: delitos contra el mantenimiento de la paz, asesinatos y crímenes contra la humanidad. En el proceso de Tokio todos los acusados fueron declarados culpables, siete fueron sentenciados a muerte por ahorcamiento, 16 a cadena perpetua, una a 20 años de prisión y otra a 7 años. Hubo además procesos por crímenes de guerra en general ante 49 tribunales militares establecidos en EEUU, RU, Francia, Holanda, Australia, China y Filipinas. En total se acusó a 5700 militares, de los que 4403 fueron declarados culpables. Hubo 984 condenas de muerte (se ejecutaron 920); 475 cadenas perpetuas; y 2994 a prisión de diversa duración. (Amplia información en loc. cit., pp. 216-220).

(47) *Op. cit.*, pp. 221-243.

legitimidad de las sucesivas interpretaciones que el Gobierno japonés ha venido dando al mismo desde la creación de unas Fuerzas de Autodefensa nacionales en 1954, que han culminado con su salida al exterior, bajo la enseña de la ONU en los últimos años del siglo xx. La autora plantea la pregunta de si se puede negar el derecho de un Estado a defenderse, teniendo en cuenta el concepto de legítima defensa recogido en el art. 51 de la Carta de NU. El Gobierno ha creado sucesivamente diversos cuerpos más o menos militarizados, culminando en 1954 con las *Jieitai* o Fuerzas de Autodefensa. El debate ha llegado hasta los Tribunales nipones, y la STS de 9 septiembre 1982, resolvió el recurso de los habitantes de *Naganuma* contra la instalación de la base militar de Naiki, denunciando la inconstitucionalidad de una norma que suprimía la designación de *bosque protegido*, declarando que el riesgo para la localidad cesaba con la construcción de presas o diques, desapareciendo así el interés de los recurrentes. Sin embargo, la autora concluye con su apoyo a la inconstitucionalidad de las *Jieitai* (48). Tema, por tanto abierto, sobre todo porque el Partido Liberal Democrático, después de su triunfo electoral en diciembre de 2012, parece decidido a reformar el art. 9 de la Constitución, sustituyendo las Fuerzas de Autodefensa (*Jieitai*) por el Ejército de Autodefensa (*Jiminto*).

En relación con los actuales conflictos territoriales de Japón, la autora explica las disputas territoriales con Rusia, sobre las Islas Kuriles del Sur (que en Japón se denominan *Hoppō Ryōdo* o Territorios del Norte); con Corea del Sur, sobre las llamadas Rocas de *Liancourt*, *Takeshima*; con la República Popular China y Taiwán, sobre las Islas *Senkaku* y la zona económica exclusiva en torno a los islotes de *Okinoroshima*, conflictos que presenta de manera objetiva, resaltando la posición japonesa y los soluciones posibles desde el Derecho internacional (49).

Juzgo de interés general la exposición sobre la *posición del Japón como miembro de NU*, que cambió radicalmente desde el comienzo cuando en 1956 es admitido como miembro de la organización, habiendo luego formado en diez ocasiones parte del Consejo de Seguridad, aspirando a un puesto permanente junto a Alemania, India y Brasil y dos Estados africanos por determinar (aunque a Japón se

(48) Loc. cit., p. 227.

(49) Loc. cit., pp. 229-239.

oponen China y Corea del Sur). En el mantenimiento de la paz y la seguridad, Japón participa en 15 operaciones de la ONU. En cuanto a su contribución económica para las operaciones de mantenimiento de la paz, figura en segundo lugar después de EEUU. con el 12,53 %. También en cuanto a la financiación general figura en el mismo puesto, con el 19%, después del 22 % norteamericano. Ha sido el primer donante en ayuda al desarrollo durante el periodo 1991-2000. En 2010 el desembolso neto en ayuda al desarrollo superó los 11.000 millones de dólares, mientras que su desembolso bruto se aproximó a los 19.000 millones, lo que le situaba en segundo lugar mundial. En materia de seguridad humana, Japón está fomentando este concepto, dirigido a proteger y capacitar a las personas expuestas a amenazas críticas y generalizadas, y a través del Fondo Fiduciario para la Seguridad humana respalda proyectos dirigidos a afrontar todo tipo de amenazas (pobreza, conflictos, problemas de refugiados, enfermedades infecciosas, etc.). Concluye la autora que Japón es un país activo en la escena internacional a nivel global, aunque todavía resulta extraordinariamente bajo el personal nipón en las organizaciones internacionales (apenas el 1,3 % del total).

G) Derecho Internacional Privado (50)

A cargo de la Dr^a Etsuko ASAMI, Investigadora de la Fac. de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid.

El movimiento global codificador de las normas de conflicto y el Derecho internacional privado ha llegado también a Japón que ha promulgado la Ley 78/2006, de 1 junio, sobre las normas generales de aplicación de las leyes, que entró en vigor el 1 enero 2007, y que supone la revisión integral de la antigua Ley 10/1898 conocida como la Ley *Hōrei* (51), que había quedado desfasada en buena parte por no adecuarse al desarrollo socioeconómico de la sociedad internacional del siglo XX; aquella ley dejó en vigor las normas procesales relativas a la competencia judicial internacional, así como el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, modificadas a su

(50) *Op. cit.*, pp. 243-255.

(51) Término de origen chino durante la dinastía Jin (265-420), pero en desuso al caer aquélla hasta el Código penal de 1880 y posterior publicación del Código civil.

vez en 2011 en relación con la competencia internacional, y contenidas en el art. 118 Lec. (modificado por Ley 26/1996) que fija los requisitos para reconocer una resolución judicial extranjera en Japón. La reforma de 2006 fue resultado del *Proyecto de Transparencia de la legislación japonesa* inspirado por el Ministerio de Educación. Aquella Ley consta de 43 artículos, divididos en tres capítulos y varias DT; el más extenso es el cap. 3.º compuesto por siete secciones (personas, negocios jurídicos, derechos reales, obligaciones, familia, sucesiones y otras disposiciones complementarias (remisión a un sistema plurilegislativo, reenvío y orden público). Es clara la influencia, mayor o menor, de Savigny y también de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional privado, el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, o el Reglamento de Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Ello no permite valorarlo como un calco del Derecho alemán o de los Convenios internacionales aludidos, sino que, a juicio de la autora (52), es muestra del *eclecticismo jurídico*, que busca el punto de confluencia entre tendencias diversas, sin renunciar a la tradición y costumbres propias de la sociedad japonesa de siempre.

A la nacionalidad japonesa se refiere el art. 10 de la Constitución al establecer que las condiciones necesarias para ser ciudadano japonés se determinará por la Ley. En particular se trata de la Ley 147/1950 de 4 mayo, reguladora de la nacionalidad (*Kokusekiho*), en vigor desde 1 julio 1950. Sus 20 artículos regulan la adquisición de la nacionalidad por nacimiento, por el menor reconocido, naturalización, pérdida de la nacionalidad, elección de la nacionalidad y pérdida de la nacionalidad; como criterio general se aplica el *ius sanguinis*, complementado para determinadas situaciones con el *ius soli*. Al haber firmado el Japón la Convención de la ONU sobre eliminación de toda discriminación contra la mujer, se modificó en 1984 el art. 2 de la Ley, permitiendo adquirir nacionalidad nipona al nacido sólo de madre japonesa. Asimismo la STS de 20 junio 2008 declaró inconstitucional la exigencia de que el hijo fuera matrimonial para adquirir la nacionalidad por filiación.

Las normas generales sobre extranjería se contienen en la Ley de Control de Inmigración y Reconocimiento de Refugiados, objeto de reformas en las dos últimas décadas para suavizar los criterios

(52) *Op. cit.*, p. 249.

restrictivos para el reconocimiento y teniendo en cuenta que el país aceptaba un porcentaje de refugiados significativamente inferior a la mayoría de países desarrollados. En 1990 se modificó el procedimiento para obtener el permiso de residencia, orientada a satisfacer las necesidades empresariales de mano de obra en la época de la burbuja económica; se ha observado un incremento considerable de emigrantes de origen nipón procedentes de Perú, Brasil y otros países latinoamericanos. A partir de 2007 se puso en marcha el sistema de toma obligatoria de huellas dactilares y fotografía de los extranjeros censados en la oficina de inmigración. En 2009 se ha puesto en marcha un nuevo sistema de gestión de la residencia, en el que destacan la expedición del certificado de residencia permanente, el establecimiento del comité de inspección de centros de inmigrantes, normas relativas a la repatriación, normas especiales sobre denegación de entrada, especificación de razones de deportación forzosa, el tratamiento de las actividades ilegales de contratación y empleo etc. Por otra parte, los extranjeros que residen en Japón por un periodo de media o larga duración contando con alguno de los permisos de residencia establecidos en la Ley, así como los residentes permanentes especiales, están sujetos al sistema de registro básico de residentes igual que los japoneses (53). La actual política en materia de extranjería se expresa por la Oficina de Inmigración del Ministerio de Justicia en los siguientes términos: *Teniendo como lema la "internacionalización cumpliendo las normas", la Oficina de Inmigración, a través de la gestión y el control de la inmigración, promueve los enlaces entre Japón y el resto del mundo, fomenta el intercambio internacional de personas y contribuye al desarrollo de una sociedad japonesa más saneada mediante la expulsión forzosa de los extranjeros que podrían perjudicar a nuestro país.*

Como tema de actualidad se expone la postura nipona ante el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, ya que Japón es el único país del G8 que no lo

(53) Se ha hecho una amplia campaña de divulgación del nuevo régimen que obliga a todo extranjero que vaya a residir más de 90 días en el país, a notificar su entrada a la municipalidad correspondiente a su lugar de residencia dentro de los primeros 14 días, así como solicitar alguno de los 27 tipos de residencia que autorizan a residir en el país. Se ofrecen diferentes enlaces de información (loc. cit., p. 252).

ha suscrito hasta ahora. La postura reticente derivaba en gran parte de las diferencias jurídicas, culturales y religiosas, así como de las distintas escalas de valores en todo lo relativo a la solución de los conflictos de familia. Al tratarse de un tema muy delicado el gobierno había actuado hasta ahora con gran cautela, pero finalmente se vio empujado a comprometer su adhesión. Hay diversos grupos organizados que se oponen (como la *Saftey Network for Guardians and Children*). La autora opina que es el propio sistema jurídico japonés de familia el que impide aplicar el Convenio, pues *de facto* el cónyuge que, tras el divorcio, no haya obtenido la patria potestad exclusiva acabará perdiendo la relación con sus hijos, a menos que haya realizado algún tipo de transacción. Por otra parte, la doctrina destaca que la carencia ejecutiva de las sentencias extranjeras en Japón en esta materia obligaría a introducir en el sistema nuevas instituciones y mecanismos que hoy no existen. Con todo, desde 2011 se constituyó en el Ministerio de Justicia una subcomisión del Consejo Legislativo dedicado al Convenio de la Haya, y, tras varias vicisitudes, en mayo de 2013, superando los obstáculos legales, se aprobó el anteproyecto de adhesión del Japón a dicho Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y una vez superados problemas administrativos internos, se espera que el Gobierno se adhiera al mismo en marzo de 2014.

H) Libertad de creencias y principio de separación Religión-Estado en Japón (54)

A cargo del Prof. Dr. Don Luis PEDRIZA.

Resulta muy ilustrativo la explicación que proporciona sobre la libertad religiosa establecida en el art. 28 de la Constitución *Meiji* de 1889. En efecto se disponía en aquél que: *Los súbditos japoneses tienen libertad de religión, siempre que ésta no contravenga el orden público ni suponga un menoscabo en el cumplimiento de sus deberes como tales*. Tal libertad era auténticamente novedosa en un país que desde 1614 había prohibido bajo pena de muerte el credo cristiano. Pero ¿cómo se compagina con el *sintoísmo de Estado* (*Kokka Shintō*)? El sintoísmo es una religión animista, originaria del Japón cuyo culto se basa en la adoración de unos dioses o nú-

(54) *Op. cit.*, pp. 255-278.

menes de la naturaleza denominados *Kami*. Aunque esta adoración es primordialmente local y familiar, es decir, privada, existen unos *Kami* de carácter nacional, es decir, público, protectores de la nación japonesa, que están encabezados por la Diosa del Sol (*Amaterasu*), que es, a su vez, según creencia sintoísta el antepasado directo de la dinastía imperial. El sintoísmo nacional se desarrolló sobre todo a partir del siglo VIII para la unificación del Japón bajo el poder de la Corte Imperial. Su *corpus* doctrinal lo constituyen dos crónicas, el *Kojiki* (712) y el *Nihon-shiki* (729), escritas para justificar el poder político del Emperador (*Tennō* o Soberano Celeste). El objetivo de la Restauración *Meiji* era devolver al Emperador, durante siglos relegado a funciones meramente ceremoniales, el poder político, hasta entonces en manos del gobierno militar (*Bakufu*). Así se instauró una *teocracia constitucional*, centrada en la figura del Emperador, que según la creencia sintoísta es dios vivo. El culto al *Tennō* correrá a cargo del sintoísmo de Estado, auténtica religión nacional, en la que los santuarios (*Jinja*) funcionaban como corporaciones de Derecho público y sus sacerdotes tenían el estatus de funcionarios del Estado. La respuesta oficial al interrogante antes planteado era que el sintoísmo de Estado no era una religión. La libertad religiosa se limitaba a la esfera de lo privado, siempre bajo los límites constitucionales, y el culto al Emperador era uno de los deberes como súbditos. Pero la derrota del Japón en la II.^a GM facilitará el desmantelamiento del sintoísmo de Estado, creándose así las condiciones óptimas para una completa garantía de la libertad de creencias, y no sólo religiosas, como derecho fundamental.

La vigente Constitución japonesa sistematiza la protección de la libertad de creencias en varios artículos:

- el art. 14.1 proclama el principio de igualdad ante la ley prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razones, entre otras, de creencias personales;
- el art. 19 garantiza la libertad de pensamiento y de conciencia;
- según el art. 20: 1.- *Se garantiza la libertad religiosa de todos los individuos. Ninguna organización religiosa recibirá privilegios del Estado ni podrá ejercer ningún tipo de potestad política.* 2.- *Nadie estará obligado a tomar parte en actos, celebraciones, ritos o prácticas religiosas de cualquier índole.* 3.- *Ni el Estado ni sus instituciones podrán impartir educación religiosa ni participar en actividades religiosas.*

— Según el art. 89: *Los fondos u otros bienes públicos no serán utilizados ni aplicados al uso, beneficio o mantenimiento de instituciones o asociaciones religiosas, ni para empresas de caridad, educacionales o humanitarias, que no estén bajo el control de la autoridad pública.*

El art. 19 se interpreta mayoritariamente desde una perspectiva negativa: a) prohibición de adoctrinamiento ideológico; b) prohibición de cualquier trato discriminatorio por razón de pensamiento; y c) prohibición de obligar a declarar sobre las propias creencias. El art. 20 garantiza la libertad de religión viniendo a especificar el art. 19 para el ámbito religioso. No hay una interpretación unívoca del término *religión* en sentido jurídico, variando su amplitud según se refiera a la libertad religiosa o al principio de separación religión-Estado. Así debe tomarse en sentido amplio como *hecho religioso* y más restringido como *entidades religiosas* (55). En cuanto al contenido de la libertad religiosa suelen aceptarse tres subtipos de libertades: la de credo, la de tomar parte en actividades religiosas y la de asociación religiosa.

La jurisprudencia denomina principio de *neutralidad religiosa de los poderes públicos*, al principio de separación religión-Estado, y suele fundamentarse en alguna de las siguientes posturas: a) *principio de laicidad como garantía institucional*, que es la interpretación tradicional influenciada por autores alemanes (como Carl SCHMITT), y que en caso de violación permitiría usar el procedimiento de *Class Action* regulado por la LAL; b) *el principio de laicidad como derecho fundamental*, cuya violación permitiría a cualquier ciudadano instar la reparación en vía judicial; y c) *el principio de laicidad como garantía de libertad religiosa*, mayoritaria actualmente y que surge como crítica a las anteriores, inspirada en la Primera Enmienda a la Constitución norteamericana. Para evitar que una interpretación rígida de la separación se convierta en un estorbo para la libertad religiosa, los tribunales nipones hacen uso del famoso recurso utilizado a comienzos de la década de los setenta del siglo pasado por la

(55) En la actualidad existen en el Japón cerca de 185.000 entidades religiosas dotadas de personalidad jurídica.

Corte Suprema norteamericana, conocido como *Lemon test*, aunque con matizaciones (56).

Los temas de actualidad son variados y ricos de documentación:

La Monarquía simbólica y la Casa Imperial (57).

A cargo de los Profesores Shingo KATO, Profesor Adjunto en las Univ. de Waseda (Tokio) y Sofia (Tokio) e investigador postdoctoral en esta última; y el Prof. Salvador RODRÍGUEZ ARTACHO.

Es consecuencia del art. 1 de la vigente Constitución (*El Emperador es el símbolo del Estado y de la unidad del pueblo, derivando su posición de la voluntad de éste, en quien reside el poder soberano*). Pero ser símbolo del Estado, opinan los autores (58), no supone asumir automáticamente su Jefatura, al contrario de lo que se cree, dentro y fuera del país. En raras ocasiones oficialmente se califica el régimen imperial de *monarquía constitucional*. El art. 2 se limita a establecer que el Trono Imperial es hereditario en los miembros de la Casa Imperial de la actual dinastía, estableciendo la Ley de la Casa Imperial que son herederos los descendientes varones de la línea masculina. Partiendo de Akihito (nacido en 1933) como actual Emperador nº 125, se enumeran los ocho varones que actualmente se encuentran en la línea de sucesión. En 2004 se creó un Comité de Sabios expertos en la Ley de la Casa Imperial, como consejo de carácter privado del entonces Primer Ministro, lo que despertó cierto interés en la opinión pública nipona. Los autores tratan brevemente de las analogías y diferencias con el caso español en relación con el tema de la exclusión de la mujer del trono.

La "Dieta retorcida" y el verdadero poder de la Cámara Alta (59).

A cargo de Maki YOKOYAMA, Profesora de Derecho constitucional de la Fac. de Ciencias Económicas de la Univ. de Doshisha (Kioto); y del Prof. Salvador RODRÍGUEZ ARTACHO.

Se trata de la concreta situación legal que se produce en Japón cuando la Dieta o Parlamento intenta aprobar por segunda vez un proyecto de ley que ya había sido rechazada la primera vez. Con-

(56) Algunos casos judiciales se mencionan en loc. cit. p. 261.

(57) Loc. cit., pp. 261-265.

(58) Loc. cit., pp. 262.

(59) Loc. cit., pp. 265-267.

forme al art. 59.2 de la Constitución, si las Cámaras no estuviesen de acuerdo en la aprobación de un proyecto de ley, para que se imponga la decisión del Congreso es necesario que éste obtenga una mayoría de, al menos, dos tercios de los diputados asistentes. En la práctica resulta muy difícil que un único partido obtenga tal mayoría. De hecho tampoco lo ha logrado el Partido Liberal Demócrata, pese a su dilatada hegemonía. Añádase la hipótesis de que ambas Cámaras estén controladas por Partidos diferentes, pues si el Partido de la oposición se niega a apoyar un Proyecto que viene reiterado con mayoría reforzada, ello equivaldría a vetarla originando el supuesto de *Parlamento retorcido* (*Nejire Kkokai*). Desde la primera legislatura iniciada en 1947, el Partido hegemónico nunca logró mayoría en el Senado, pero pese a ello el Partido gobernante lograba la adhesión de algunos senadores independientes que permitió sacar adelante algunos proyectos. En julio 2009 el Partido Social Demócrata obtuvo mayoría absoluta en el Congreso, pero no la logró en el Senado, incidiendo en una situación de *Dieta retorcida*. En noviembre de 2012 se anticiparon las elecciones generales, y el Partido Liberal Demócrata, en coalición, logró mayoría para gobernar, si bien se reitera la última situación (60). Todo ello aconsejaría una eventual revisión constitucional.

La validez jurídica de la Constitución japonesa (61)

A cargo del Prof. Dr. Don Luis PEDRIZA.

Cuestión extremadamente sutil relacionada con la naturaleza del proceso que elaboró la Constitución en vigor, que el autor sintetiza así: 1) ¿Fue el proceso que elaboró la vigente Constitución, un proceso constituyente o un proceso de reforma constitucional? 2. ¿Debe entenderse el poder de reforma constitucional como limitado o ilimitado? A juicio del autor la más adecuada es la teoría de la ratificación.

(60) Se indica en el trabajo que en julio de 2013 ha habido elecciones para el Senado, cuyo resultado, obviamente, no se ha podido hacer constar.

(61) Loc. cit., pp. 268-270

El presupuesto en Japón (62).

A cargo del Dr. D. Ramón VILLAROIG MOYA, Prof. Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Fac. de Derecho de la Univ. Jaume I (Castellón).

Comentario breve a los artículos 85 a 87 de la Constitución japonesa.

4. Derecho Privado.

Se trata de un epígrafe que la obra no contempla de modo expreso, pese a que hubiera sido lógico contraponerlo al ya aludido *Derecho Público*. Lo uso aquí a efectos expositivos y sistemáticos por varias razones: Pertenecen al Derecho privado la mayor parte de las materias que integran esta materia que resulta ser la más extensa de la obra, y su lectura y conocimiento facilitará el seguimiento de ésta por el jurista español. Todo ello sin perjuicio de reconocer que, por supuesto, hay entre nosotros una tendencia doctrinal partidaria de relativizar dicha distinción.

A) Derecho Civil

Conviene advertir que la división interna de esta materia sigue la sistemática del Ccjp. (inspirada en el BGB), y que la extensa exposición de casi centenar y medio de páginas (63) se ha fragmentado, encomendándose a diversos autores nipones. El lector hispano ve facilitada la consulta de este apartado por la ya señalada aparición reciente de dos ediciones españolas del Ccjp, la segunda bilingüe, cuyo texto –aparte de reformas legislativas intermedias entre 2000 y 2006, fecha de su aparición, y singularmente en 2004, de carácter lingüístico y terminológico– no es mera reproducción de la primera (64). Añádanse los frecuentes *Temas de actualidad*, en diversas materias, encomendados a especialistas.

(62) Loc. cit., pp. 270-272.

(63) Loc. cit., pp. 273-412.

(64) Resulta de utilidad leer la bien documentada introducción de ambas ediciones: *Ccjaponés (2000)*, pp. 17-48, y *Ccjp (2006)* pp. 25-56.

A.1.) Parte general y Derechos Reales

Se debe al Prof. Hidekatsu SATŌ, Profesor Titular de Derecho Civil de la Fac. de Derecho de la Univ. Kojugajuin (Tokio); del Prof. F. BARBERÁN, y de la Prof.^a María Teresa RODRÍGUEZ NAVARRO, de lengua japonesa de la Univ. Autónoma de Barcelona.

El núcleo del Derecho civil japonés lo constituye su Cc junto a numerosas leyes especiales. En la era *Meiji* se inicia la tarea codificadora tomando por modelo el Cc francés, invitando más tarde al jurista francés BOISSONADE que en 1890 publicó un proyecto, el llamado *Código civil antiguo* (*Kyū-Minpō*), en torno al cual se generó una gran polémica (65), y cuya entrada en vigor se aplazaba tres años. El Gobierno decidió diferir su vigencia encomendando el estudio del tema y la revisión del código a una comisión tripartita (HOZUMI, TOMII y UME). Los tres primeros libros se promulgaron en 1896 y los dos últimos en 1898. Son sus características: a) la adopción del pandectismo por influencia del BGB; b) además de la influencia alemana y francesa, el código se inspiró en cerca de otros treinta ordenamientos extranjeros (incluso el español); y c) en consecuencia, el vigente Ccjp es un claro producto del Derecho comparado (66). Posteriormente ha sufrido numerosas reformas, especialmente después de la II.^a GM en 1947, modificando íntegramente el Derecho de familia y de Sucesiones, y en menor medida el Derecho patrimonial, y en 2004 afectando a las instituciones de garantía, y también adaptando el japonés clásico que se usaba en el texto, a la grafía y dicción moderna, para facilitar su comprensión por los ciudadanos. Sistemáticamente se divide en cinco libros, como el BGB, aunque en su contenido sigue siendo heredero, de algún modo, del Ccjp antiguo.

La Parte general contiene las normas de aplicación a toda la regulación del código, especialmente en el campo patrimonial. Su Tít. I establece en el art. 1 los principios básicos que han de informar los derechos privados (adecuación al bien común, ejercicio con buena fe y lealtad y prohibición del abuso del derecho); en el 2, los principios interpretativos (conformidad a la dignidad individual

(65) El jurista Yatsuka HOZUMI aseguró que *con la aparición del Código morirán la lealtad y la piedad filial*.

(66) *Op. cit.*, p. 274.

y esencial igualdad jurídica entre ambos sexos). El Tít. II trata de las personas físicas, el III de las personas jurídicas, el IV de las cosas, el V de los negocios jurídicos, el VI del cómputo de plazos, y el VII de la prescripción. La persona física adquiere capacidad jurídica por el nacimiento, que se produce cuando el feto se muestra completamente independiente del cuerpo materno. El no nacido no tiene, en principio, capacidad jurídica general pero se le reconoce en determinados supuestos (reclamación de daños y perjuicios por actos ilícitos, sucesiones y legados). Todas las personas cuentan con capacidad jurídica, pero para adquirir derechos concretos y asumir obligaciones, las personas precisan de capacidad mental. Son personas con capacidad de obrar limitada: a) los menores de 20 años, b) los mayores sujetos a tutela y curatela, y las precisadas de asistencia. Salvo excepciones, los actos realizados sin el representante legal, el tutor de mayores, el curador y el asistente, son anulables. Después de la reforma de 2006, las personas jurídicas sin ánimo de lucro pasan a convertirse en asociaciones o fundaciones con personalidad jurídica, adoptándose el sistema del reconocimiento automático. Si son de interés público pueden obtener, además, el reconocimiento oficial, que supone un tratamiento tributario privilegiado. El prototipo de personas jurídicas con ánimo de lucro son las sociedades mercantiles. Se ha suprimido la categoría de personas jurídicas intermedias, que carecían de personalidad. Aunque el Cc-jap sólo admite la categoría de cosas corporales, la jurisprudencia considera también como bienes intangibles la electricidad. Los artículos 86 ss. dividen las cosas en muebles e inmuebles, principales y accesorias, cosa principal productiva y frutos. La primera es la más relevante siendo de notar que los edificios se consideran cosas distintas del suelo (67).

Se adopta la concepción alemana del *Rechtsgeschäft*. Se trata de actos que, basados en la declaración de la voluntad de las partes, generan efectos jurídicos; se fundamentan en el principio de la autonomía de la voluntad. Se distinguen entre requisitos para la perfección y para la eficacia. Es nulo el negocio jurídico cuyo contenido sea contrario al orden público o a las buenas costumbres (art. 90), entendiéndose por tales el orden del Estado y la moral social. También lo será si infringe normas de derecho necesario.

(67) *Op. cit.*, p. 279.

Se sigue la doctrina pandectística en cuanto a la reserva mental, la declaración de voluntad falsa, el error, el engaño y la intimidación; así como en los casos de nulidad y anulación de los negocios. Se admiten tanto la representación voluntaria como la legal. Por regla general la auto-contratación está prohibida, si bien se admite para dar cumplimiento a una obligación y cuando el principal ha dado su consentimiento previo. Por regla general no son eficaces los actos de representación sin contar con facultades para ello, pero se analizan especialmente los casos de ratificación por el representado, la representación aparente y la responsabilidad en que incurre el representante que ha actuado sin poder. La existencia de la prescripción en general se justifica por el respeto a las situaciones fácticas permanentes, la protección frente a las dificultades probatorias y la no protección de los *derechos durmientes*. Se admiten la prescripción adquisitiva, la extintiva y la caducidad. El plazo de la adquisitiva es de diez años con buena fe y veinte en los demás. No se extingue por prescripción el derecho de propiedad; los restantes derechos reales prescriben si no se ejercitan en el plazo de 20 años, y los de crédito a los 10 años, aunque hay algunas prescripciones más cortas. La prescripción debe ser alegada; hay causas de interrupción y de suspensión (desastres naturales y otras causas similares).

El Libro II que trata de los derechos reales se compone de diez Títulos, el primero contiene las disposiciones generales aplicables a todos los derechos reales, en los Títulos II a X se abordan de modo individualizado la regulación de cada uno de aquellos. El sistema del *numerus clausus* se establece en el art. 175, lo que origina el problema del reconocimiento de ciertos derechos tradicionales surgidos de la costumbre (68), que la jurisprudencia acepta de modo general. El art. 176 Ccjp establece que la constitución y transmisión de los derechos reales serán eficaces por la simple declaración de voluntad de las partes; lo que origina diversos problemas interpretativos(69).

(68) Se trata del *Onsen-ken* (derecho a la explotación exclusiva de fuentes termales), los *Suiri-ken* (derechos exclusivos al aprovechamiento de determinadas aguas), el *Uwatsuchi-ken* (derecho sobre la superficie de cultivo independiente y distinto del derecho de propiedad sobre la tierra), los *Jōto-Tampo* (derechos de garantía con desplazamiento de la posesión) (*Op. cit.*, p. 290).

(69) *Op. cit.*, pp. 291 s.

El art. 177 dispone que la pérdida o modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles sólo serán oponibles a terceros cuando hayan sido inscritas conforme a la Ley registral, lo que significa cumplir el *principio de exigencia de condiciones previas de oponibilidad* (*Taikō Yōken Shugi*). En el Japón no hay equivalente del art. 34 LH español, si bien el tercero que confió en la inscripción sí puede obtener cierto grado de protección a través de la aplicación del art. 94.2 Ccjp. relativo a las declaraciones de voluntad falsas. En cuanto a los muebles, la entrega se considera una condición de oponibilidad. El art. 192 establece que la persona que en virtud de un acto negocial comienza a poseer una cosa mueble, pública y pacíficamente, si lo hace de buena fe y sin culpa, adquiere instantáneamente los derechos que ejerce sobre ella, lo que incluye el de propiedad. Entre los derechos reales concretos, además de la propiedad, se incluye la copropiedad (de tipo romano, de tipo germánico y la colectiva), posesión, derechos de uso y disfrute (superficie, enfiteusis, servidumbres y ciertos espacios comunales forestales, agrícolas, pesqueros o de pastos denominados *iriai*), de garantía (retención y de cobro preferente, prenda, hipoteca, derecho legal de superficie y garantías atípicas). Como tema de actualidad se cita la posibilidad de acciones reales por parte del acreedor hipotecario frente a las vulneraciones de su derecho de hipoteca (70).

A.2) Obligaciones y contratos (71)

A cargo del Prof. Toshihiro NAKAGAWA, Titular de Derecho civil, de la Fac. de Derecho de la Univ. de Senshu (Tokio); y del Prof. F. BARBERÁN y de la Prof.^a María Teresa RODRÍGUEZ NAVARRO.

Se nos advierte que el Derecho de Obligaciones japonés está pasando por un periodo de importantes reformas, dado que transcurridos más de 110 años desde la promulgación del Ccjp era patente la necesidad de una reforma en profundidad de su Libro II. Tras varios intentos que se inician en 2005, en 2009 se consolida una Comisión oficial que elabora un borrador de proyecto de reforma que toma en consideración los Tratados internacionales que Japón había

(70) Ha dado origen a jurisprudencia nipona discrepante: SSTs de 22 marzo 1991, 24 noviembre 1999 y 10 marzo 2005 (*Op. cit.*, pp. 302-305).

(71) *Op. cit.*, pp. 305-337.

suscrito y ratificado, así como las reformas legislativas, las orientaciones de la jurisprudencia y la opinión mayoritaria de la doctrina civilista, que, a juicio de los autores (72), representa la antítesis de la opinión común tradicional y supone un giro paradigmático en el Derecho de obligaciones. El Libro III utiliza el término *Saiken* (créditos) en lugar de obligaciones (*Saimu*). El Tít. I regula el Derecho general o Parte general de obligaciones, y los Títulos II a V contiene el Derecho especial de obligaciones. Como fuentes de obligaciones se consideran la ley, los contratos, la gestión de negocios ajenos, el enriquecimiento injusto y los actos ilícitos.

Bajo el epígrafe de *Sinopsis del Derecho general de obligaciones*, incluyen las siguientes materias: Objeto de las obligaciones, eficacia (cumplimiento forzoso, ejecución forzosa, ejecución subsidiaria, cumplimiento forzoso indirecto; daños y perjuicios derivados de incumplimiento, mora del acreedor; sistemas de aseguramiento del patrimonio destinado a responder de las obligaciones –acciones subrogatoria y revocatoria–), pluralidad de acreedores y deudores, cesión de créditos, y extinción de obligaciones. A continuación desarrollan las líneas generales de las diferentes regulaciones sobre obligaciones, observando que, en este punto, se sigue también el modelo pandectista (formación, eficacia, excepción de cumplimiento simultáneo, responsabilidad por *periculum*, y resolución).

Los más significativos de los *trece contratos típicos* (73) se ordenan como sigue: compraventa, donación, préstamo de consumo (mutuo), préstamos de uso comodato y arrendamiento (74), contratos de servicio (prestación laboral de servicios, arrendamiento de obra, mandato y depósito. La gestión de negocios ajenos se regula en los artículos 697 a 702 del Ccjp. Mayor atención se presta al enriquecimiento sin causa (los artículos 703 y 704 lo tratan con carácter general, el 705 el pago a sabiendas de la inexistencia de obligación, el 706 el pago antes del vencimiento, el 707 el pago de

(72) *Op. cit.*, p. 306.

(73) Ya se comprende que en esta recensión solo cabe hacer una descripción muy general.

(74) Hay una Ley de Arrendamientos Urbanos para proteger al arrendatario.

deuda ajena, y el 708 el pago de deuda ilícita). La actual doctrina civilista propugna la aplicación analógica de este régimen jurídico, lo que se entiende que ha venido a cambiar su sentido (75).

Los actos ilícitos se regulan en el Tít. V del Libro III con el siguiente desarrollo:

— según el art. 709: *El que dolosa o culposamente lesione derechos o bienes ajenos jurídicamente protegidos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados* (76). En relación con la pesada carga de la prueba que recae sobre el demandante, especialmente en daños medioambientales o de negligencia médica, los tribunales admiten presunciones de culpa, o la probabilidad de producirse la relación de causalidad a la luz de las reglas de la experiencia;

— el art. 710 regula el daño no patrimonial (*daño moral*) aplicable al supuesto anterior; la doctrina y la jurisprudencia aceptan que se aplique también en la responsabilidad contractual (77);

— el art. 711 extiende la indemnización de daños y perjuicios a parientes cercanos: *El responsable de la muerte de otra persona está obligado a indemnizar a los padres, cónyuge e hijos del difunto, aun cuando no hubieren sufrido ningún daño patrimonial*. En relación con la problemática suscitada por este precepto los autores estiman, conforme a la opinión mayoritaria, que basta con recono-

(75) Gráficamente se afirma que la aplicación de la analogía origina que este regulación del enriquecimiento sin causa no es ya la *papelera* que era antes, sino el *jardín* que refleja todo el sistema de normas de contenido patrimonial (*op. cit.*, p. 333).

(76) En el *Ccjap* (2006), p. 358, n. 926 se dice que en Japón está muy extendida la teoría del riesgo objetivo que se denomina de la *responsabilidad sin culpa*, aplicable sólo a los daños personales, no a los materiales, y que en la práctica opera mediante inversión de la carga de la prueba. Se mencionan como supuestos de ella: La responsabilidad de accidentes de circulación de la Ley 97/1955, de 29 julio; la responsabilidad por defectos de los productos que elaboran y distribuyen, Ley 85/1994, de 1 julio de garantía de bienes de consumo; la responsabilidad por actos ilícitos de los funcionarios, Ley 125/1947, de 27 octubre, de responsabilidad patrimonial del Estado.

(77) Nota 930, de la p. 350 del *Ccjap* (2006).

cer a los parientes cercanos su acción específica de reclamación por indemnización de daño moral, denegando, en cambio, el reconocimiento de los citados derechos a la víctima y su consecuente posibilidad de transmisión *mortis causa* (78);

— el art. 712 exime de responsabilidad al menor que carece de discernimiento;

— el art. 713 aplica la misma exención al causante de daño en igual situación, a no ser que tal estado mental hubiera sido eventualmente propiciado por él con dolo o culpa;

— el art. 714 determina la responsabilidad del obligado al cuidado del inimputable y del que le sustituye legalmente (sólo se le exime si actuó con diligencia o si los daños se hubieran producido en todo caso) (79);

— el art. 715 trata de la responsabilidad del empleador;

— el art. 716, a propósito del promotor, establece que *el que encargue una obra no será responsable de los daños causados por el contratista a terceros, a no ser que en su encargo o en las directrices dadas por él concurriera culpa*;

— el art. 717 formula la responsabilidad del propietario y del poseedor de una obra edificada sobre el suelo;

(78) *Op. cit.*, p. 336.

(79) Los supuestos comprendidos en los artículos 714 a 718 (dudosamente, el 717 que algunos consideran claramente de responsabilidad objetiva), se consideran por los autores como *actos ilícitos especiales*, por suponer meramente una corrección o moderación del principio culpabilístico. Se trata de una responsabilidad a medio camino entre la culpabilística y la objetiva, que en japonés se califica de *responsabilidad intermedia* (*Chūkan Sekinin*) (*op. cit.*, p. 336). Más adelante afirman que en la base de ambas responsabilidades, intermedia y objetiva, se halla la idea de la responsabilidad retributiva o en lucro, sustentada por los adagios *ubi emolumentum ibi onus*, y *cuius commoda eius incommoda*, y también la idea de la responsabilidad por riesgo (*op. cit.*, p. 337).

— el art. 718 establece la responsabilidad del poseedor de un animal;

— el art. 719 determina la responsabilidad por actos ilícitos colectivos: 1. *Si dos o más personas causan daños un tercero mediante un acto ilícito realizado en común, cada una de ellas quedará obligada solidariamente a la indemnización de daños y perjuicios. Lo mismo ocurrirá cuando no se pueda determinar cuál de los coautores causó el daño.*

2. *A los inductores y a los cómplices se les considerarán coautores y, en consecuencia, les será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior;*

— el art. 720 regula daños ocasionados en legítima defensa y estado de necesidad;

— el art. 721 dispone que *a los efectos del derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios, el concebido se tiene por nacido;*

— el art. 722 trata del modo de indemnizar y la compensación de culpas;

— el art. 723 en caso de lesión de la fama del honor, autoriza al Tribunal a sustituir o completar la indemnización por la adopción de medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la fama o el honor del afectado [por ej. obligación de emitir una disculpa pública, o incluso el secuestro preventivo de publicaciones (80)].

— el art. 724 fija un plazo trienal de prescripción de la acción, desde que tuvo conocimiento de los daños y su autor, y que no haya transcurrido veinte años para poder ejercitar la acción.

(80) *Op. cit.*, pp. 334.

A.3.) Derecho de Familia (81)

A cargo de la Prof.^a Kyōko OKUYAMA, Catedrática de Derecho civil de la Univ. Nacional de Yokohama; y de los Profesores Don Luis PEDRIZA y D.^a María Teresa RODRÍGUEZ NAVARRO.

Bajo el *Código civil Meiji*, lo más característico del Derecho de familia era la institución de la *Casa (Ie)*. Bajo este sistema el *Jefe de la Casa (Koshu)* era el propietario del patrimonio familiar, y cuando fallecía o renunciaba, el nuevo jefe, –normalmente, el primogénito–, pasaba a ocupar la posición de su antecesor en el conjunto de las relaciones patrimoniales de la casa, ejerciendo su poder sobre todos los miembros de esta, al tiempo que tenía obligaciones de manutención para con ellos. Después de la II.^a GM, la Constitución introducirá los principios de dignidad individual e igualdad entre el hombre y la mujer. Después de la reforma de 1947, el matrimonio se perfecciona por el mutuo consentimiento entre ambos contrayentes, iguales en derechos, y se fundamenta en la mutua ayuda conyugal (art. 24.1 de la Constitución). A partir de 1970, especialmente debido a la influencia del movimiento de liberación de la mujer en el ámbito nacional e internacional, se realizan nuevas e importantes reformas en este campo (así en 1962, mantenimiento del apellido de soltera; 1980, introducción de la cuota hereditaria del cónyuge; 1987, introducción de la adopción plena; 1999, la tutela de mayores; 2004, transferencia a los Juzgados de Familia de la jurisdicción sobre los asuntos relativos al estatus familiar).

Por regla general, los asuntos familiares se ventilan ante los Juzgados de Familia, establecidos en cada Prefectura del país, con delegaciones en las ciudades más populosas. Siguiendo el principio de obligatoriedad del acto de conciliación previo, toda causa familiar debe iniciarse mediante solicitud de conciliación (*Chōtei*) ante el Juzgado de Familia competente, cuya finalidad es que las partes alcancen una solución dialogada. Cuando fracasa se inicia un procedimiento de *conciliación forzosa (Shinpan)*, regulado en la Ley de conflictos familiares, en el cual el juez actúa como un árbitro resolviendo la causa conforme a derecho. En los actos de jurisdicción voluntaria se prescinde del *Chōtei* y se va directamente al *Shimpan*. Si este fracasa o no hay obligación de intentarlo, se interpone la

(81) *Op. cit.*, pp. 337-353.

demanda ante el Juzgado de Familia. Cabe apelación en todos los asuntos mediante el *recurso inmediato*, que se plantea ante el Tribunal superior con efectos suspensivos de la resolución recurrida. La Ley de 2004 ha atribuido a los Juzgados de familia competencia para conocer en primera instancia de las causas de divorcio, reconocimiento de paternidad y filiación, así como reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios.

El *parentesco* se regula en los artículos 725 a 730. Se consideran parientes los consanguíneos hasta el sexto grado, los esposos, y los afines hasta el tercer grado. El parentesco de adopción surge entre el adoptado y el adoptante y los consanguíneos de éste tienen la misma relación de parentesco que los de consanguinidad. La afinidad se extingue por el divorcio; igualmente se extingue cuando, tras la muerte de uno de los cónyuges, el supérstite así lo manifiesta expresamente (82). El parentesco derivado de la adopción se extingue al extinguirse esta. El art. 730 ordena: *Los consanguíneos en línea recta y los parientes que vivan bajo el mismo techo están obligados a asistirse mutuamente*(83).

El Tít. II del Libro IV trata *Del matrimonio* (artículos 731 a 771), y contiene íntegramente su regulación comprendiendo los requisitos de su celebración, sus efectos personales y patrimoniales, y el divorcio. Observa el *Ccjp* (2006) (84) que el legislador evita las definiciones y comienza regulando la edad. La primera nota que sorprende al jurista occidental es que en Japón el matrimonio no es un acto solemne o formal. En el sistema japonés el matrimonio se perfecciona por la mera declaración de voluntad de los contrayentes formulada ante el RC, a modo de comunicación por ellos mismos, sin necesidad de que un tercero investido de autoridad oficie y declare el matrimonio. Por eso se habla de mero registro y no de inscripción, y los efectos surgen, no con la inscripción, sino con la declaración del matrimonio. No se exige más requisito formal

(82) El *Ccjp* 2006, llama la atención sobre esta extinción del parentesco por mera declaración de voluntad. Invoca la reforma en 1990 del Código civil coreano –inspirado en aquél–, según el cual la extinción de la afinidad se produce al contraer el supérstite nuevas nupcias (p. 370, nota 951).

(83) El *Código civil japonés* 2006, p. 370, nota 952, dice que se trata de uno de uno de los restos de la antigua Casa japonesa con la que acabó el legislador norteamericano en 1947 por considerarla inconstitucional.

(84) *Código civil japonés* (2006), p. 371 y n. 954, y p. 374, n. 971.

que la simple declaración de voluntad de los contrayentes, oral o escrita con un formulario especial, en presencia o con la firma de dos testigos ante el oficial del RC del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o del lugar de residencia del declarante en la fecha de su declaración. La autoridad se limita a recibirla y aceptarla, o instar la subsanación de sus posibles errores o carencias. La edad núbil es 18 años para el varón y 16 para la mujer. Si esta reitera matrimonio debe esperar seis meses hasta volver a casarse. La STS de 5 diciembre 1995 declaró la constitucionalidad de este requisito que sirve para reforzar la presunción de paternidad y no contravenir el principio de igualdad. Como la mayoría se alcanza a los 20 años, el matrimonio de un menor requiere consentimiento paterno; si el contrayente mayor está sujeto a tutela, no se requiere el consentimiento del tutor para su matrimonio. Es nula la declaración matrimonial cuyo objeto es exclusivamente otorgar el estatus de hijo legítimo (STS 31 octubre 1969). La anulación del matrimonio produce efectos *erga omnes*, pero no tiene efectos retroactivos, y en la liquidación de los bienes del matrimonio se atiende a si los bienes han sido adquiridos de buena o mala fe. Con base en el principio de unidad del apellido, los cónyuges, al declarar el matrimonio, deben elegir el apellido familiar. Tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, el supérstite puede recuperar, en su caso, su apellido de soltero (art. 751). Los cónyuges están obligados a vivir juntos, colaborar entre sí y ayudarse mutuamente (art. 752). Al menor que se ha casado se le tendrá por mayor de edad (art. 753). El contrato celebrado entre cónyuges podrá ser anulado en todo momento por cualquiera de ellos mientras dure el matrimonio, siempre que no se perjudiquen con ello derechos de tercero. El contenido de las relaciones patrimoniales del matrimonio puede establecerse mediante capitulaciones matrimoniales, que deben registrarse al tiempo de la declaración del matrimonio para que tengan efectos frente a los causahabientes de los cónyuges y demás terceros. Efectuada la declaración de matrimonio, el contenido de las capitulaciones sólo podrá modificarse en los casos previstos por la ley (mala gestión de un cónyuge que pone en peligro el patrimonio del otro). En ausencia de capitulaciones se aplica el régimen legal basado en el principio de adecuación del reparto de las cargas del matrimonio, que se realiza mediante consenso o mediante *Shimpan*. Cuando un cónyuge perfeccione con un tercero un negocio jurídico relativo a asuntos

domésticos cotidianos, el cónyuge no interviniente responde solidariamente (85).

El matrimonio termina por fallecimiento de uno de los cónyuges o por divorcio. El sistema actual establece un divorcio contencioso (*Saiban Rikon*) causal y un divorcio de mutuo acuerdo (*Kyōgi Rikon*) para el que no se establece causa y se perfecciona con la mera aceptación de la declaración de divorcio emitida por los cónyuges. Cabe que un cónyuge se oponga al divorcio, dado que ningún organismo o autoridad comprueba la existencia real de la voluntad de divorcio. En la práctica es el más frecuente, y el procedimiento que se utiliza ha originado problemas para ser reconocido en otros países (86). Las causas tasadas del divorcio judicial son: a) Infidelidad conyugal; b) abandono de mala fe; c) ausencia superior a tres años; d) enfermedad mental grave; y 5) cualesquiera otras causas graves que dificulten la continuación del matrimonio. El Juez no está vinculado por la solicitud si considera conveniente la continuidad del matrimonio. Como principios básicos los tribunales se inspiran: 1) en que el divorcio se declare cuando la relación matrimonial se haya destruido; y 2) que no procede cuando lo solicita la parte responsable de su causa. Pero algunas veces se ha atenuado el segundo (así la STS de 2 septiembre 1967, que teniendo en cuenta la edad de los cónyuges, el tiempo de convivencia, la existencia o no de hijos

(85) Los autores (*op. cit.*, p. 343) no califican la naturaleza de este régimen subsidiario legal de bienes. En el *Ccjp* (2006), (p. 382, nota 993, y p. 383, nota 995) se opina que se ha optado por un régimen próximo al de separación de bienes que resulta muy perjudicial para la mujer no trabajadora pues esta queda desprotegida. Sin embargo el art. 762.2 viene a establecer una especie de *presunción de ganancialidad* que favorece a aquélla. En todo caso hay que decir que el régimen legal nipón resulta extremadamente parco (se regula sólo en los artículos 760, 761 y 762).

(86) En *Ccjp* (2006) se insiste en que resulta más adecuado, desde el punto de vista de la literalidad del término, hablar del divorcio consensuado o paccionado, que de divorcio por mutuo consentimiento, pues sólo el divorcio judicial es decretado por un tercero con autoridad suficiente para ello. Algunos países occidentales han rechazado el *exequatur* al no existir resolución judicial a la que poder reconocer. Pero el TS español se ha pronunciado considerando que las certificaciones del registro civil japonés que contienen la declaración de divorcio extrajudicial por mutuo acuerdo son susceptibles de *exequatur* (así AA del TS de 16 y 30 marzo 2004) (loc. últim. cit. p. 384, nota 999, y p. 386, nota 1001).

pequeños y las dificultades en que puede verse la contraparte, se estima que el divorcio no genera especiales circunstancias de injusticia social). Entre los efectos el divorcio se encuentra la liquidación del patrimonio común y el intentar asegurar la manutención de la parte más necesitada de protección tras el divorcio. La STS de 23 julio 1971 estableció que se puede solicitar una compensación en caso de generación de daños morales o sufrimiento psicológico. Si bien durante el matrimonio los padres ostentan la patria potestad conjuntamente, tras el divorcio ésta pasa a ser ejercida de manera independiente por uno sólo de ellos. En el divorcio de mutuo acuerdo ambos padres determinarán quién será el titular de la patria potestad. Ante la falta de acuerdo, el juez resolverá mediante *Shimpan*, atendiendo, no sólo a la capacidad económica de los padres sino también al entorno familiar y educativo. Debe respetarse la voluntad del hijo mayor de 15 años. Cabe también pactar sobre la guarda o custodia, y en ocasiones también se otorga un derecho de visita al progenitor no conviviente (87).

Originariamente en Japón la patria potestad se configuraba como un derecho de los padres al que quedaban sometidos los hijos, pero ahora se entiende como un deber impuesto a los padres para la protección y educación de su descendencia, y se establecen como ideales de protección el bienestar y el mayor interés del menor de edad, conforme a la Convención de 1989. En materia de *filiación* se distingue entre hijos naturales (o biológicos) y adoptados, y dentro de los primeros, entre matrimoniales y extramatrimoniales, diferenciándose también entre adopción ordinaria y plena. Entre los hijos nacidos del matrimonio se aplica la presunción de legitimidad por la que el hijo concebido por la mujer durante el matrimonio lo es también del marido (art. 772.1); idéntica presunción al hijo nacido 200 días después de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 siguientes a su disolución (art. 772.2). Cabe impugnar judicial-

(87) Se dice en *Ccjp* (2006), (p. 385, nota 999), que el mayor inconveniente es que en el sistema extrajudicial de divorcio japonés, nadie vela por el interés de los hijos menores, pues no es preceptiva la intervención del MF. La adopción de medidas en interés de los menores se confía exclusivamente a la buena voluntad de sus progenitores. El porcentaje de hijos cuya custodia resulta encomendada a la esposa ha sido del 80,3 % en 2002, y del 79,8 % en 2003 (según estadísticas del Ministerio de Salud, Trabajo y Bienestar social).

mente la presunción de legitimidad, y también se habla de causas por las que se desvanece la presunción (ausencia prolongada del presunto padre). Una corriente doctrinal considera discriminatoria la denominación de filiación no- o extramatrimonial. Esta filiación debe ser objeto de su reconocimiento (*Ninchi*). Respecto de la madre, resulta ocioso, en principio, el reconocimiento de la filiación no matrimonial. Pero puede ser problemática en supuestos de procreación asistida y de madres de alquiler (prohibida en Japón). Respecto del padre existe el reconocimiento potestativo (mediante declaración o testamento) y forzoso mediante sentencia judicial. Pueden reconocer por sí solos, el menor de edad y el mayor sujeto a tutela. El reconocimiento es un acto unilateral, pero si recae sobre mayores de edad ya fallecidos y que contaran con descendientes en línea recta, será necesario el consentimiento de la contraparte. El reconocimiento es impugnabile, por ej. el realizado sin voluntad real de reconocer (¿de complacencia? ...). También es irrevocable. El reconocimiento forzoso se dirige contra el presunto padre que se niega a reconocer a su hijo; el MF sustituirá al padre fallecido. Los efectos del reconocimiento se retrotraen al momento del nacimiento, pero no pueden perjudicar los derechos de terceros. El padre podrá ostentar la patria potestad, y el hijo sucederá a su padre pero sólo en la mitad de la cuota del hijo legítimo. El TS ha declarado la constitucionalidad de esta norma. El hijo extramatrimonial tiene el apellido de su madre, y con autorización judicial también el de su padre. El hijo reconocido puede convertirse en hijo legítimo por el matrimonio de sus padres, antes o después del reconocimiento.

Hay dos modalidades de *adopción*, la ordinaria y la plena. La adopción ordinaria se perfecciona mediante declaración de manera análoga al matrimonio (88). Si el adoptado es menor de 15 años, su consentimiento se otorga por su representante legal; tras la reforma de 1947, en caso de existir un encargado de la custodia éste deberá consentir también. El adoptante debe ser mayor de edad, no se puede adoptar a ascendientes ni a personas de mayor edad que el adoptante. El Juez de Familia debe aprobar la adopción entre tutor y tutelado. Después de la reforma se admite la adopción unilateral por uno sólo de los cónyuges (art. 796), cuando se trata de la adopción matrimonial del otro cónyuge. Las causas de nulidad

(88) El art. 799 remite a los artículos 738 y 739.

son análogas a las del matrimonio, pero los efectos de la revocación no son retroactivos. Entre adoptante y adoptado surge una relación de consanguinidad legal equiparable a la del hijo matrimonial. Pero esta adopción ordinaria o simple, aunque crea nuevos vínculos con la familia del adoptante, no rompe los que el adoptado tenía con su familia anterior (89). En principio, el adoptado tomará el apellido de su adoptante. Si el adoptado está casado, puede conservar su apellido conyugal (90). La adopción se extingue por su extinción o por muerte de una de las partes. Al igual que el divorcio, la extinción puede ser acordada mutuamente o en forma judicial. Si el adoptado es menor de 15 años, el acuerdo se perfecciona entre el adoptante y la persona que representará al menor tras la extinción. La reforma de 1987 estableció un nuevo tipo de adopción, denominado *plena*, para los supuestos en que los padres biológicos no estén en situación de proporcionar un cuidado y educación adecuados al interés del menor. Este sistema se reserva para casos de necesidad (91), y extingue todo lazo familiar con los padres biológicos. Pero en la adopción plena no cabe su extinción. Su constitución se lleva a cabo mediante *Shimpan* tramitado en el Juzgado de Familia. El adoptante debe estar casado y tener 25 años (su cónyuge, 20). El adoptado no puede exceder de 6 años, aunque excepcionalmente se puede adoptar plenamente a menor de 8 años cuando hubieren perma-

(89) Por ej. los derechos sucesorios y de alimentos (así *Ccjap* (2006), p. 397, nota 1044.

(90) Puede leerse en *Ccjap* (2006), p. 404, nota 1069: "La excepción contenida en el presente artículo es una curiosidad jurídica difícil de comprender para el jurista español, habida cuenta de que nuestro ordenamiento solo admite, en principio, la adopción de los menores no emancipados. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico japonés encontramos, de un lado, que los dos cónyuges tienen que tomar un mismo apellido común (art. 750 *Ccjap*) y, de otro, que el adoptado ha de tomar el apellido del adoptante, y a ambas previsiones hay que unir el hecho de que en el Japón es posible que el adoptado sea mayor de edad y esté casado al tiempo de producirse la adopción". El recensor, con ocasión de un Congreso efectuado en Tokio por la ISFL, recibió la siguiente respuesta *in voce* durante la visita oficial al TS nipón: La adopción de mayores se utiliza cuando un matrimonio sólo tiene hijas, y al casarse la primogénita, invitan los suegros al yerno a aceptar su adopción *para continuar el culto a los antepasados* que sólo continúan los varones.

(91) *Op. cit.*, p. 349.

necido al cuidado de lo adoptantes de forma ininterrumpida desde antes de cumplir 6 años. Como extingue la filiación biológica previa, se requiere el consentimiento de sus progenitores. La idoneidad de los adoptantes se evalúa tras un periodo de custodia del menor superior a seis meses. Resuelta la tramitación del procedimiento del *shimpan*, la declaración judicial de adopción plena se inscribe en el RC, en folio individual para el adoptado en el que figurará el apellido de sus adoptantes, con lo que se pretende no publicar la identidad de los padres biológicos. A diferencia de la adopción ordinaria, no cabe extinguir la adopción plena, salvo casos excepcionales (maltrato del adoptante y posibilidad de los padres biológicos de asumir la custodia); en estos últimos se insta al Juzgado de Familia, sea por el adoptado, por sus padres biológicos o por el MF.

Bajo el antiguo sistema nipón de la Casa, la *patria potestad* (*Shinken*) se configuraba como una potestad de control discrecional atribuida al jefe, pero actualmente se entiende como una serie de deberes de los padres. Sujeto a ella es el hijo menor de edad; con respecto a los hijos matrimoniales, los titulares de la patria potestad son ambos padres mientras dura el matrimonio y uno sólo de ellos si este se extingue; habiendo divorcio, habrá que decidir quién la ostentará, bien por acuerdo de los padres, bien por resolución judicial (si el divorcio se produce estando embarazada la mujer, la patria potestad se atribuye a la madre). La patria potestad de los hijos no matrimoniales la ejerce la madre; la de los adoptados, los padres adoptantes o el adoptante. y si fallece uno, la ejercerá el supérstite. En caso de patria potestad individual, el Juez de Familia puede transferirla al otro progenitor si lo estima conveniente para el interés del menor. El contenido de la patria potestad es la custodia del menor y la administración de sus bienes. La custodia tiene por objeto el cuidado y educación del hijo, encaminada al pleno desarrollo psicológico y físico del mismo; en particular, elección del domicilio del menor, autorización de su trabajo, corrección disciplinaria, administración de su patrimonio y representación. Su ejercicio abusivo (especialmente la facultad correctora) puede conllevar su privación (92). El ejercicio del trabajo significa cualquier tipo de labor en favor de terceros, y su autorización puede revocarse y limi-

(92) Advierten los autores que no siempre resulta sencillo distinguir el uso del abuso en este ámbito (*op. cit.*, p. 351).

tarse discrecionalmente en cualquier tiempo. Las facultades de administración patrimonial autoriza al titular a realizar cualquier acto de disposición, conservación y mantenimiento de los bienes del hijo, empleando la misma diligencia que si tratase de bienes propios; al llegar a la mayoría debe rendir cuentas de su administración. En cuanto a la representación del menor, siendo dual, son válidos los actos de representación efectuados por uno en nombre de ambos progenitores. Hay conflicto de intereses cuando uno de los padres tuviere intereses opuestos a los hijos, y también si habiendo varios hijos colisionan los de éstos entre sí; en estos casos debe solicitarse al Juzgado de familia el nombramiento de un representante especial. En caso de abuso de la facultad de representación cuando la contraparte conocía o pudo conocer del abuso de representación, el acto jurídico no surtirá efectos para el menor. La patria potestad se extingue por la muerte, matrimonio o mayoría de edad. Su abuso o un uso infame de la misma, alejado del supremo interés del menor, conllevará la privación del titular actual; si es dual, se transfiere al otro; si es individual, se abrirá la tutela. La pérdida de la patria potestad no afecta a la obligación parental de prestar alimentos, ni a los derechos sucesorios entre padres e hijos; cabe privación parcial (por ej. de la administración de los bienes), subsistiendo las restantes. El Juez de Familia puede anular la privación total o parcial de la patria potestad, al haber cesado las causas que la motivaron. Con autorización del Juzgado de Familia y por causa grave puede renunciarse a la patria potestad o a la facultad de administrar, recuperándose al desaparecer la misma (art. 837).

Originalmente, el Ccjp regulaba conjuntamente en sus artículos 838 y ss., bajo la denominación *De la tutela* (93), los sistemas de tutela de menores y de curatela para personas de nulas o mermadas facultades intelectuales, cuyo objetivo era servir de complemento a esa capacidad. El sistema de curatela, sin embargo, poco atento a las necesidades de custodia personal de los sujetos a ella y sometido a los requisitos de publicidad, no era acorde con el sentir popular, por lo que muchas voces exigían su reforma, que se llevó a cabo por Ley 149/1999, de 8 diciembre, que entró en vigor el 1 abril 2000, y que modificó en profundidad el cap. 2.º, Tít. I, Libro I, sobre ca-

(93) La breve exposición de los autores (*op. cit.*, p. 352) se completa con los datos del *Estudio preliminar* del Ccjp (2006), p. 51 s.

pacidad de obrar (artículos 4 a 21 Ccjap), y también revisó el Tít. V, Libro IV (artículos 838 a 875), ampliando el contenido de la curatela e introduciendo la asistencia. Se suprimió el concepto de *incapacitado*, por considerarlo desafortunado dadas sus connotaciones negativas; en consecuencia, la tutela se ejerce sobre el menor y el *mayor* que la necesite. A ambos tutores se les asignan facultades distintas: el tutor de menores debe ser, en todo caso, único (art. 842), pero no necesariamente el de mayores al que se puede designar un cotutor (artículos 843.3 y 859.2). La gran novedad de la reforma es, sin duda, la *asistencia*, institución de guarda que cubre una laguna, a saber, la atención de aquellas personas que sin necesidad de tutor, ni de curador, requieren sin embargo el cuidado y la atención de otra persona (art. 15); los términos legales son los suficientes amplios para abarcar el mayor número posible de personas que, a juicio del Juzgado de familia, necesiten de un asistente. El Japón muestra un serio problema de envejecimiento de la población pues estadísticas oficiales muestran que en 2003, más de 24 millones de japoneses (es decir, el 19 % de la población) superaba los 65 años. Más adelante se trata del tema.

La obligación de *alimentos* tiene como objeto la manutención de quienes no pueden valerse económicamente por sí mismos. El Estado y las Administraciones locales otorgan subsidios públicos fundamentados en la Ley de garantía de calidad de vida que, a su vez, acoge el principio del *derecho a la subsistencia* (*Seizonken*) garantizado por el art. 25 de la Constitución. Pero el art. 4 de aquella Ley establece la subsidiariedad de la ayuda pública respecto de la privada, principio que reside en el deber de asistencia recíproca entre familiares que parte del mutuo afecto y goza del reconocimiento social. Pero la concreción del mismo se sujeta al sentir de la sociedad, a la situación económica y la política de bienestar de cada momento. Existe obligación legal de prestar alimentos entre cónyuges, consanguíneos en línea recta y hermanos, así como, en circunstancias especiales, entre parientes hasta el tercer grado. Se identifican dos tipos de obligación de alimentos: a) Entre cónyuges y de los padres para con sus hijos menores; y b) La que temporal y ocasionalmente pueden prestarse a los hijos mayores, entre abuelos y nietos, y entre hermanos. Pero la doctrina discute la existencia de esta distinción. El Ccjap no define con precisión los requisitos para surja la obligación de alimentos, ni su alcance, ni su modo

de prestación. Si no hay acuerdo entre las partes, decidirá discrecionalmente el Juzgado de Familia, atendiendo a las circunstancias del caso, aunque en general se tienen en cuenta unos estándares de manutención y gastos familiares. Puede cumplirse con la obligación de alimentos, hacerse cargo directamente del necesitado o proporcionarle una cantidad económica; en ausencia de acuerdo, la prestación será básicamente de contenido económico (incluyendo el suministro de víveres o la cesión gratuita de una vivienda). En el *Código civil japonés* (2006) (94) acaso se acierta plenamente al apuntar a los criterios del *Common law* como determinantes de las actuales deficiencias del derecho nipón.

A.4) Derecho de sucesiones (95)

En el antiguo Derecho *Meiji* el sistema sucesorio era el de la sucesión del jefe de la Casa (*Katoku Sōzoku*), en el que gozaban de preferencia el descendiente de grado más cercano y el varón sobre la mujer. También existía un sistema de sucesión hereditaria patrimonial sobre los bienes privativos de cada uno de los miembros de la Casa (*Isan Sōzoku*), aunque en la práctica la mayor parte de la sucesión de contenido patrimonial se ordenaba bajo el primer sistema. La reforma de 1947 eliminó el sistema de sucesión del jefe de la Casa por ser contrario a los principios de dignidad individual y de igualdad entre hombre y mujer, pasando el sistema de sucesión hereditaria patrimonial a constituir el núcleo del Derecho sucesorio japonés.

El Libro V, *De las sucesiones* (artículos 882-1044), ofrece la siguiente estructura: Tít. I, Disposiciones generales, Tít. II, De los he-

(94) P. 442, nota 1196, se dice que la regulación primitiva de la obligación alimenticia, inspirada en el BGB, era más completa (incluso cuantitativamente: diez artículos frente a cinco actuales) y descendía a detalles necesarios para determinar la obligación alimenticia. La razón del cambio fue que el legislador americano optó por otorgar amplias facultades discrecionales al recién constituido Juzgado de Familia, por lo que consideró que en esta materia carecía de sentido una regulación de detalle. Inspirado aquél probablemente en la legislación de USA, no advirtió que en Derecho comparado la importación de instituciones requiere ciertos condicionamientos.

(95) *Op. cit.*, p. 354-366. Con idéntica autoría que el Derecho de familia.

rederos, Tít. III, De la eficacia de la sucesión hereditaria, Tít. IV, De la aceptación y repudiación de la herencia, Tít. V, De la separación del patrimonio hereditario, Tít. VI, De la inexistencia de herederos. Tít. VII, Del testamento, y Tít. VIII, De la legítima.

La sucesión se abre con la muerte, en el domicilio del causante, y la acción para reclamar la sucesión prescribirá por su falta de ejercicio en el plazo de cinco años a contar desde que el heredero o su representante legal tuvieron conocimiento de la violación del derecho sucesorio, y lo mismo ocurrirá (en realidad, caduca la acción), cuando hayan transcurrido veinte años desde la apertura de la sucesión. Los gastos relacionados con la sucesión serán abonados con cargo al caudal relicto, salvo los debidos a culpa de los herederos. Desde el momento de la apertura de la sucesión, los herederos suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones, excepto los que fueren personalísimos. La preferencia de la sucesión testamentaria sobre la intestada parece deducirse del art. 902.1, según el cual, con independencia de lo dispuesto en los dos artículos anteriores (relativos a la sucesión legal o intestada), el causante podrá fijar en testamento la porción que corresponda a cada coheredero, o encargar a un tercero que la determine él, siempre que al hacerlo no contravenga las disposiciones sobre la legítima. El heredero puede aceptar la herencia formulando reserva en relación con la obligación de pago de las obligaciones y legados del causante hasta el límite del patrimonio que obtenga con la sucesión. También cabe la separación del patrimonio hereditario a instancia de legatarios o acreedores (artículos 941 ss.).

La sucesión legal se extiende a los hijos, y, por sustitución, a los nietos y descendientes en línea recta, a los ascendientes, hermanos y al cónyuge. Cuando existan varios descendientes del mismo grado, formarán una comunidad hereditaria. El grado más cercano excluye al más lejano. El cónyuge heredará siempre, con tal que haya contraído matrimonio con el causante; por ello, el cónyuge de hecho, carece, en principio, de cuota legal hereditaria. Sin embargo, el art. 958-3 contiene un singular llamamiento o beneficiario de la herencia, cuando no aparece persona alguna que alegue derechos como heredero, el Juzgado de Familia podrá, cuando lo considera oportuno, y a instancia del interesado, donar todo o parte de la masa hereditaria resultante después de la liquidación a la persona que hubiere convivido con el causante, se hubiere esmerado en su

cuidado y atención o hubiere tenido con él una especial relación por cualquier causa (96).

Son causas de indignidad: a) Haber sido condenado por homicidio doloso, consumado o en grado de tentativa, contra el causante o cualquiera de sus causahabientes; b) saber del homicidio del causante y no denunciarlo; c) impedir al causante, mediante fraude o intimidación, hacer testamento, revocarlo o modificarlo; d) forzar al causante, mediante fraude o intimidación, hacer testamento, revocarlo o modificarlo; e) falsificar, modificar, destruir u ocultar el testamento del causante. Los incursos en tales conductas no pueden ser herederos ni legatarios. Son causas de desheredación: a) maltrato del causante; b) vejaciones graves; c) conducta notoriamente inapropiada del heredero. La desheredación puede instarse ante el Juzgado de Familia o disponerse en testamento.

Cuando los hijos y el cónyuge del causante sean llamados a la herencia, les corresponde respectivamente una mitad del caudal hereditario. Cuando concurren el cónyuge y los ascendientes del causante, las cuotas correspondientes serán de dos tercios y un tercio. Si el cónyuge concurre con los hermanos o hermanas, al primero corresponden tres cuartas partes del caudal relicto, y la cuarta parte restante a los hermanos. La cuota del hijo no matrimonial es la mitad del hijo matrimonial, al igual que la del hermano de vínculo sencillo en concurrencia con los hermanos de doble vínculo. El derecho de representación se da sólo en la línea recta descendente.

A la hora de interpretar la naturaleza de la comunidad hereditaria existe controversia sobre si se trata de una copropiedad por cuotas o de tipo mancomunado. La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria parecen seguir la comunidad romana, de modo que los coherederos disponen de un derecho sobre la cuota hereditaria susceptible de ser enajenado (97). La acción hereditaria se configura como una acción para la defensa de los derechos sucesorios vulnerados, con

(96) Se menciona el caso ocurrido en 1963, tan solo unos meses después de la reforma, respecto de una pareja que había celebrado la ceremonia religiosa hacía treinta años (antes por tanto de la ocupación americana), que nunca inscribió en el RC. El Juzgado de Familia se apoyó en este precepto para otorgarles bienes hereditarios a la viuda de hecho. Con alguna amplitud, *op. cit.*, p. 362.

(97) *Op. cit.*, p. 357, con análisis jurisprudencial.

breve plazo de prescripción de cinco años (98). Por razones de seguridad jurídica, tanto la aceptación a beneficio de inventario, como la repudiación de la herencia, deberán llevarse a cabo en un corto espacio de tiempo (tres meses, ampliables, desde el momento de la delación), transcurrido el cual en silencio se entenderá aceptada pura y simplemente la herencia. También se admite la aceptación tácita cuando el heredero realiza un acto dispositivo sobre todo o parte del haber hereditario. La aceptación y la repudiación son irrevocables, si bien pueden impugnarse conforme a la doctrina general dentro de un plazo de seis meses desde que fue posible la ratificación. La partición hereditaria se lleva a cabo desde la apertura de la sucesión para adjudicar a cada heredero su cuota. Debe realizarse en atención a la especie y naturaleza de los bienes y derechos que integran el haber hereditario, a la edad, ocupación laboral, estado psicofísico y condiciones de vida de cada uno de los coherederos, así como todas las demás circunstancias concurrentes. Puede realizarse por adjudicación directa de los bienes, reparto de su valor, o adjudicación íntegro del haber hereditario a uno sólo de los coherederos que se obliga con el resto por el montante de sus respectivas cuotas (el sistema más habitual cuando el patrimonio afecta a una actividad agrícola). La colación de liberalidades y la compensación son mecanismos modificadores de la partición legal de la herencia. Si se desconoce la existencia de herederos, la herencia yacente se considera como una persona jurídica, titular de derechos y obligaciones (art. 951). Se iniciarán trámites para localizar a los herederos y liquidar la herencia. El remanente se ingresará en el erario público en caso de inexistencia de herederos; pero no hay inexistencia cuando existe un legatario del total de la herencia (STS de 12 septiembre 1997). El Juez de Familia puede hacer uso del art. 958-3, ya aludido.

Tradicionalmente en Japón, la sucesión legal o *abintestato* ha sido más general que la testada, aunque en los últimos años se ha incrementado el número de testamentos, con la subsiguiente casuística (99). En el testamento, además de la disposición patrimonial, puede reconocerse a un hijo no matrimonial, constituir tutela para un me-

(98) Que la jurisprudencia interpreta en perjuicio del coheredero que ha usurpado con dolo bienes hereditarios o conocía la existencia de otros (*op. cit.*, p. 358).

(99) *Op. cit.*, p. 362.

nor o desheredar a un heredero. Pero no tienen eficacia las disposiciones testamentarias de contenido distinto al previsto por Ley. Al cumplir 15 años se tiene capacidad testamentaria, siendo inaplicables los artículos 5, 9, 13 y 17 del Ccjp. Como el testamento despliega su eficacia muerto el testador, resulta imposible comprobar su voluntad en caso de dudas, por lo cual se exige cumplir con estrictas formalidades a la hora de otorgarlo. Hay formas ordinarias de testar (ológrafo, abierto y cerrado) y especiales (en inminente peligro de muerte). El testamento ológrafo deberá ser escrito íntegramente de puño y letra del testador, fechado, firmado con nombre y apellido, y sellado por él mismo. Puede otorgarse testamento abierto o protocolizado, dictado por el testador y redactado por un notario ante la presencia, al menos, de dos testigos. El mudo puede otorgarlo mediante intérprete, o redactándolo él mismo; también el sordo de modo análogo. Para evitar que el contenido se filtre a tercero, se admite el testamento cerrado y protocolizado ante notario, que el testador redacta, cierra y sella entregándolo inmediatamente a un notario para que complete la formalidades legales (art. 972). La STS de 24 septiembre 2002 reconoce la validez del testamento cerrado y protocolizado ante Notario redactado con procesador de textos. El mayor bajo tutela puede, en un momento de lucidez, otorgar testamento, en presencia, al menos de dos facultativos médicos. El testamento surte efectos desde la muerte del testador; respecto del legatario de cosa específica, el legatario adquiere su propiedad desde el momento de la muerte del testador. Hay una minuciosa regulación del legado, en general y particular (artículos 986 a 1003).

El testamento sirve para que el causante pueda determinar libremente el destino de sus bienes tras su muerte; esta libertad testamentaria encuentra su límite en el derecho (*Irbuyun*) que la ley otorga a ciertos sucesores (herederos forzosos o legitimarios) para garantizarles unas mínimas condiciones de vida. La cuota de la *legítima* es de un tercio del haber hereditario para los ascendientes en línea recta, si estos concurren solos a la herencia, y la de un medio del haber cuando el único heredero es el cónyuge, o este concurre con los hijos, o cuando lo hace con los ascendientes en línea recta (art. 1028); los hermanos nunca son legitimarios. La legítima se calcula sumando las donaciones efectuadas por el causante al valor de la masa hereditaria al momento de la apertura de la sucesión y deduciendo las obligaciones. Las donaciones colacio-

nables son las realizadas por el causante hasta un año antes de la apertura de la sucesión, así como aquellas realizadas a sabiendas de que lesionaban los derechos de los legitimarios. Se regula una acción de reducción de legados y donaciones para la salvaguarda de la legítima; la acción prescribe al año desde que el legitimario tuviera conocimiento de la apertura de la sucesión y de la existencia de legados y donaciones susceptibles de reducción, y caduca a los diez años desde la apertura.

A.5.) Temas de actualidad. Toca cuestiones concretas que suscitan controversias doctrinales o jurisprudenciales. Suelen ser poco extensas y carecen de bibliografía (que sería difícil de consultar al lector español), y acostumbran a expresar opiniones personales.

Tendencias reformistas del Derecho de familia en los últimos años(100). Hacen referencia al *Anteproyecto de reforma parcial del Código civil (1996)* del que destacan como cuestiones todavía no convertidas en ley las siguientes:

- el apellido de la mujer casada (los argumentos que se aducen a favor y en contra los consideran los autores de matiz socio-político, más que jurídico).

- eliminación de la prohibición de contraer nuevas nupcias a la mujer antes de seis meses desde la disolución del anterior matrimonio. Estiman que podría reducirse a cien días. Por otra parte, la prohibición se elude en las uniones de hecho por lo que su utilidad real es más que discutida. No obstante, el llamado *problema de los trescientos días* (art. 772.2) deviene en problema social cuando los niños nacidos en ese intervalo se hacen mayores sin que su nacimiento sea registrado para evitar que la presunción de paternidad opere en favor del cónyuge anterior. En los casos más extremos (hijos nacidos sin género de dudas del matrimonio posterior o de una situación de concubinato) se ha admitido la presentación de un certificado médico en el Registro para descartar la presunción. En último término los autores se plantean si la verdad desde una perspectiva biológica no debiera determinar jurídicamente la filiación.

(100) Kyōko OKUYAMA, Luis PEDRIZA y María Teresa RODRÍGUEZ NAVARRO, *op. cit.*, pp. 356 s.

— sustitución del sistema del divorcio causal por el principio del fracaso matrimonial, siendo indicativo el transcurso de un determinado plazo de separación.

— en relación con los derechos sucesorios del hijo no matrimonial, la STS de 4 septiembre 2013 ha declarado inconstitucional el art. 900.4 por violar el principio de igualdad.

— en cuanto a la sustracción interparental de menores, la Dieta ha aprobado ya la adhesión del país a la Convención de La Haya sobre secuestro de menores, tras décadas de presiones por parte de numerosos países occidentales. Se prevé que la adhesión propicie una reforma sustancial de la patria potestad.

— las tendencias reformistas afectan también a la normativa procesal, como la Ley de conflictos familiares.

Registro civil (101)

La primera Ley japonesa de Registro civil se promulgó en 1871, y su EM señalaba que, determinar de manera clara, el número de casas y el de los miembros que las integraban, era una de las prioridades del gobierno de la época, cuyo objetivo era establecer un nuevo control político unificado para todo el país. Así se dispuso un Oficial del RC en cada Delegación prefectural y un Director de RC en cada municipio, se uniformizaron los modelos registrales y, a través de los centros de control, se concentraron las facultades rectoras en el Consejo de Estado. Ciertamente, al quedar registrados los nacimientos, defunciones y otras anotaciones, el RC ejercía una función de dación de pública sobre las relaciones de parentesco, pero el verdadero objetivo –se insiste– era generar un censo de *casas* cuya naturaleza de policía administrativa aparecía patente. Al entrar en vigor en 1898 los Libros IV y V del Ccjap, entró también en vigor el sistema de tramitaciones del RC, incorporándose la declaración de estado civil y los procedimientos de dación de fe pública sobre las relaciones inscritas, más acorde con un sistema registral que admi-

(101) Kyōko OKUYAMA y María Teresa RODRÍGUEZ NAVARRO, *op. cit.*, pp. 399-402.

nistrativo. En 1947, se abolió el sistema de la casa, también en el ámbito registral, pasando de regularse por familias de modo colectivo, a ser por relaciones de parentesco, matrimonio y defunción, adecuándose el RC a los principios constitucionales. Pero aunque la norma, por ejemplo, dejó a la libre elección de los contrayentes el único apellido familiar, en la práctica las costumbres sociales que regían antes, se conservaron y el número de varones que figuraban inscritos como titulares de la unión familiar siguió siendo muy superior al de las mujeres, perviviendo la familia tradicional reflejada en el RC. Últimamente se han producido algunos cambios en la conciencia ciudadana, calificable de verdadero fenómeno social; el Cc-jap sigue sin reconocer el matrimonio homosexual, pero la existencia de personas que sufren por tener que vivir con un sexo biológico que no sienten como propio, originó la Ley de 2003 que autorizó, en determinados casos, el reconocimiento judicial del cambio de sexo (102), que permite variar la anotación registral relativa al sexo y contraer matrimonio conforme al mismo. En 2007 se regula la protección de los datos de carácter personal, limitándose el acceso al RC y la obtención de certificaciones, notas y similares, previniendo al mismo tiempo las declaraciones fraudulentas o falsas. En 1994 y 2007, ciertos municipios designados por el Ministerio de Justicia practican la gestión electrónica de la información. Con la introducción de la tutela de mayores se ha incorporado al RC un sistema de ficheros independiente y separado.

Contratos de consumo (103)

La Ley sobre contratos de consumo del año 2000, parte del reconocimiento de las desigualdades existentes en cuanto a información y a la capacidad negociadora entre empresas y consumidores, que a menudo hacen que éstos suscriban contratos sin contar con una base para ello. La Ley no contiene una regulación global so-

(102) Para el cambio de sexo se requiere: 1) La convicción permanente de que psicológicamente se pertenece al otro sexo; 2) Un diagnóstico de trastorno identitario de género emitido por dos o más facultativos expertos; 3) Ser mayor de edad; y 4) No estar casado ni tener hijos.

(103) Toshihiro NAKAGAWA (Prof. Titular de Derecho civil de la Fac. de Derecho de la Univ. de Senshu, Tokio), y M^a Teresa RODRÍGUEZ NAVARRO.

bre la materia, sino sólo sobre dos aspectos de ella: la relativa al proceso de celebración del contrato, y la que permite declarar total o parcialmente nulas las llamadas cláusulas abusivas. Se llama la atención sobre la existencia de normas incompletas (104) que muestran el largo camino que todavía ha de recorrer en este campo el legislador nipón. El consumidor puede acudir al Ccjap, invocando los vicios del consentimiento del contrato, pero si se basa en la Ley del 2000, puede instar la anulación bajo unas condiciones menos exigentes que las requeridas por el engaño o la intimidación. En efecto la empresa ha inducido al consumidor a la celebración del contrato llevando a cabo actos que 1) generan error en el consumidor (supuestos de malentendido); o 2) provocan confusión (supuestos de turbación); los primeros abarcan los casos de suministro de información inveraz, ofrecimiento de un juicio o valoración de futuro definitivos en relación con los productos o servicios ofrecidos, o falta de información sobre los hechos desventajosos (engaño); los segundos incluyen la negativa al abandono del lugar por parte de la empresa, y el impedimento para que el consumidor abandone el lugar (intimidación o coacción). Con todo resulta aplicable el art. 96.3 Ccjap, según el cual la anulación de las declaraciones de voluntad prestadas a causa de malentendido o turbación no podrá oponerse a los terceros de buena fe. Más intensa parece, en principio, la protección que la ley dispensa en relación con el contenido del contrato. Se consideran injustas o abusivas, todas aquellas cláusulas que, en contravención del principio de lealtad y buena fe, supongan un perjuicio injusto para el consumidor, y se declaran nulas, total o parcialmente, tales cláusulas, fijando un listado para su mejor concreción y clarificación. También declara nulas, con carácter general, las cláusulas contenidas en los contratos de consumo que, en comparación con la regulación de carácter dispositivo contenido en los códigos civil o mercantil u otras normas similares, limiten los dere-

(104) Por ejemplo, para proteger al consumidor, se le impone al empresario la obligación de informarle previamente; pero ocurre que el incumplimiento de tal deber carece de sanción, pues se la considera como mera *obligación de esfuerzo* (*Doryoku Gimu*). A diferencia de la Ley reguladora de la compraventa de instrumentos financieros -promulgada en la misma época - que impone la obligación de indemnizar daños y perjuicios al empresario que ha incumplido el deber de ofrecer información (*op. cit.*, p. 403).

chos del consumidor o endurezcan, o agraven, las obligaciones del consumidor, perjudicando unilateralmente sus intereses (se habla del fenómeno de *semi-imperativización de las normas dispositivas* (105)). En 2005, siguiendo los modelos extranjeros, se reformó la Ley del 2000, para permitir que las organizaciones de consumidores acreditadas pudieran entablar *procesos judiciales colectivos* para exigir el cese en los actos desleales de inducción a la contratación y en el uso de cláusulas abusivas por parte de las empresas. En la actualidad hay nueve organizaciones de consumidores reconocidas oficialmente.

Registro de la propiedad inmobiliaria (106)

La vigente Ley del Registro de la Propiedad (LRP) procede de 1889 (sustituyendo a la de 1887), experimentando en 2004 una renovación integral al permitir la posibilidad de cursar solicitudes a través de Internet, una completa modernización del lenguaje de la Ley, la digitalización de los libros de registro, mapas, gráficos de situación y demás datos, ampliándose el contenido de la información divulgable pudiéndose acceder a los documentos anexos a las solicitudes de inscripción. Hay dos tipos de libros de registro, de terrenos y de edificios, pues se consideran inmuebles de distinta naturaleza, siendo las edificaciones una accesión del suelo con el que no forman una unidad indisoluble. A cada inmueble se le dedica un folio registral que consta de dos secciones: la de descripción, en la que figuran su ubicación y configuración física, y la de derechos en la que figuran los relacionados con el inmueble; esta última consta de dos secciones, la relativa a la propiedad y la referente a los demás derechos. En las inscripciones se hace constar: (1) el objeto de la inscripción; (2) la fecha de recepción de la solicitud y su número de registro; (3) la causa de la inscripción; (4) el nombre, apellido y domicilio de los titulares registrales, y en caso de ser dos o más, la cuota de cada uno, y (5) otros aspectos. Antes las inscripciones figuraban en libros encuadernados, pero actualmente se almacenan

(105) *Op. cit.*, p. 405.

(106) Jirō KOKAN, Gestor jurídico, especialista en Derecho registral (Colegio de Gestores Jurídico de la prefectura de Kanagawa), y M.^a Teresa RODRÍGUEZ NAVARRO. (*Op. cit.*, pp. 406-408).

en discos electromagnéticos. Toda persona tiene derecho a acceder al registro. Los modos de publicación registral son las certificaciones y las notas informativas o simples; las primeras pueden obtenerse directamente de cualquier oficina, por correo postal o bien *on line*; las notas obtenidas por Internet carecen de fuerza probatoria; al formular una solicitud *on line*, los documentos anexos no digitalizables han de remitirse por correo postal (107). En realidad no hay una organización nipona que pueda denominarse Registro de la Propiedad, ni funcionarios equivalentes de nuestros Registradores, sino que se trata de dependencias y funcionarios del Ministerio de Justicia. La inscripción es un requisito de oponibilidad a tercero, y por ello puede decirse que *aunque los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles son eficaces* (108) *por la simple declaración de voluntad de las partes (art. 176 Ccjp), en lo que respecta a las relaciones con terceros, los derechos nacidos de tales negocios se hallan, en tanto no sean inscritos, en una situación de incompleción (sic) que se perfecciona con la inscripción*. Sin embargo, tras la reforma de 2004, se impuso al registrador la obligación de exigir a los propios interesados las comprobaciones pertinentes, al tiempo que se reforzaron sus facultades de inspección para reclamar de los solicitantes la aportación de documentación justificativa (109).

(107) Información sobre los gastos de inscripción, en *op. cit.*, p. 407.

(108) *Op. cit.*, p. 408. El Registrador no efectúa una averiguación sustantiva sobre la adquisición, pérdida o modificación de las relaciones jurídicas expresadas en la solicitud.

(109) La conclusión [*pro domo?*] es que, en la práctica, gracias a la intervención de profesionales como los gestores jurídicos en los trámites registrales, son sumamente escasos los supuestos en que se declara la nulidad absoluta de una inscripción o resulta dañada la seguridad del tráfico jurídico a consecuencia de la falta de reconocimiento de la fuerza jurídica de la apariencia del derecho [¿efecto, acaso, de la ausencia en el ordenamiento nipón del art. 34 LH española?].

La tutela de mayores (110).

El sistema originario de tutela en el Ccjap ha sido modificado en el año 2000 pasando a denominarse tutela legal (*Hōtei Kōken*), introduciéndose junto a ella la tutela voluntaria (*Nin'i Kōken*) que afecta a las personas mayores y que ha tenido gran acogida social (111).

La tutela legal es una institución que autoriza al Juzgado de familia, a instancia de las personas legitimadas a dictar resolución de constitución de tutela con respecto a quien se encuentre en situación de permanente carencia de capacidad de entendimiento derivada de impedimento mental, nombrándole un tutor, asistente o persona similar para que vele por sus intereses. Esta tutela en sentido amplio puede ser de tres tipos: asistencia (*Hojo*), curatela (*Hosa*) y tutela en sentido estricto (*Kōken*). La tutela voluntaria permite al interesado, en tanto disfrute todavía de la capacidad de entendimiento suficiente para poder celebrar contratos, designar mediante un acuerdo escrito, de manera anticipada y con miras al momento en que su capacidad de entendimiento merme, a la persona que deberá asumir las tareas de su tutela llegado el momento. La tutela voluntaria es un contrato de mandato mediante el cual, el mandante confía total o parcialmente las tareas de atención y cuidado de su persona, así como de la administración de su patrimonio, a quien será su tutor (mandatario), cuando su capacidad de entendimiento devenga insuficiente a causa de impedimento mental, confiriéndole facultades de representación en relación con las tareas encomendadas. El contrato de mandato voluntario ha de otorgarse en documento público. En el *Ccjap* (2006), se sostiene que pueden

(110) Madoka MIWA, Profesora Titular de Derecho de la Seguridad Social, de la Fac. de Ciencias Políticas de la Univ. de Nanzan (Nagoya). y María Teresa RODRÍGUEZ NAVARRO (*op. cit.*, pp. 409-412).

(111) Transcurrido más de una década desde su implantación, más de 170.000 personas se han beneficiado de la tutela voluntaria. La promoción entre los afectados por demencia senil (que se estima en 200.000 personas) ha suscitado un debate social pues preocupa la carencia de medios humanos para satisfacer su demanda si se fomenta su uso a gran escala, proponiéndose al Ministerio de Salud, Trabajo y Bienestar Social, que facilite el empleo y la formación como tutores de ciudadanos denominados tutores civiles (*Shimin Kōkennin*) (*op. cit.*, p. 411).

designarse uno o varios tutores, e incluso personas jurídicas; pero ponen énfasis en exigir como condición *sine qua non* de su funcionamiento la designación de un protutor que fiscalice la actuación del tutor voluntario designado (112). Adviértase que en todo caso de designación de tutela de mayores, el Juez de Familia (si se trata de tutela legal) y el Notario (tutela voluntaria) disponen la práctica de su inscripción registral, a la que solo tienen acceso el interesado, su cónyuge, sus parientes hasta el cuarto grado y el propio tutor, limitación de la publicidad registral para conservar la intimidad. El tutor no puede impugnar los negocios jurídicos de escasa cuantía como compraventas de uso cotidiano. El tutor voluntario carece de la facultad genérica de prestar consentimiento e instar anulaciones. Las tareas del tutor voluntario son más reducidas que las del tutor legal, y están legalmente tipificadas: administración del patrimonio, guarda y custodia de la persona. Entre estas últimas figura la de contratar los servicios de asistencia social y supervisar la correcta prestación de los mismos, abonarlos, resolver el contrato, solicitar la condición de necesitado de asistencia de larga duración, e interponer recursos administrativos sobre ello. Sobre el tutor voluntario recae la obligación de la diligencia de un buen administrador (art. 400 Ccjp), respetar la voluntad del tutelado y la consideración hacia su persona (art. 858). En cuanto al respeto a la voluntad del interesado, la tutela voluntaria prevalece sobre la legal. El tutor voluntario carece de algunas facultades en relación con actos médicos del tutelado (por ej. decidir sobre su vacunación; en cambio, debe procurar que siga el tratamiento médico). Se concluye que la figura sigue discutiéndose en el Japón (113).

B) Derecho procesal civil (114)

A cargo de Ichirō SHIMODA, Abogado especialista en Derecho procesal civil (Colegio de Abogados núm. I de Tokio), y Francisco BARBERÁN.

Como advertencia previa, en la obra recensionada se le trata conjuntamente con el Derecho civil, y, por tanto, perteneciente al

(112) *Ccjp* (2006), cit., p. 66 nota 117.

(113) *Op. cit.*, pp. 412.

(114) *Op. cit.*, pp. 368-399.

ámbito del Derecho privado. En la recensión se le independiza, aunque se incluye a continuación de aquél.

La primera Ley japonesa de enjuiciamiento civil se promulgó en 1890, tomando por modelo su homóloga alemana de la época, con anterioridad a la promulgación del Ccjp, reflejando en buena medida los valores propios de la sociedad japonesa (115). En febrero de 1926 se presentó ante la Dieta Imperial un proyecto de reforma de la Lec, que fue aprobado y promulgado en abril del mismo año, inspirándose en el reforzamiento del principio de oficialidad y de las sanciones por conductas dilatorias, tratando de agilizar los procedimientos. Tras la II.^a GM las reformas procesales fueron de escasa cuantía (supresión de acordar las pruebas de oficio, introducción de penas pecuniarias y privativas de libertad para la incomparecencia injustificada de testigos, actualización de la audiencia previa, sanciones pecuniarias para atajar el abuso del derecho de apelar, introducción de la conciliación y mediación por amigables componedores ante los Juzgados de Distrito, abolición de los tribunales administrativo). En 1996 se aprueba otra reforma que entró en vigor en 1998 cuyos aspectos más destacados son: Adecuación y mejora de los trámites tendentes a la fijación de los puntos en litigio; Impulso a la concentración de las pruebas y a la ampliación de los procedimientos para su obtención, que se convirtió en un método generalizado de todos los procedimientos civiles; Reforma de la casación. Finalmente en 2011 se reformó de nuevo la Lec estableciendo nuevas normas sobre competencia internacional, que entraron en vigor el 1 abril 2013.

El art. 76.1 de la Constitución japonesa establece que el poder judicial reside en el TS y en los demás Tribunales de rango inferior establecidos por la Ley. Conforme al art. 2 de la Ley básica de

(115) Se mencionan en esta materia los siguientes: 1) Se descartó la obligatoriedad de la intervención de abogado ante los Tribunales civiles; 2) Se toleró la sucesión procesal; 3) El sistema de interrogatorios de los interesados que se introdujo no contemplaba sanciones en caso de falsedad; 4) No se confirió preferencia a las obligaciones declaradas en sentencia sobre las demás; 5) En el incumplimiento de las obligaciones de no hacer y personalísimas no se introdujeron sanciones restrictivas ni privativas de libertad; 6) No se adoptó el sistema de manifestación de bienes del ejecutado; y 7) Se estableció un modelo de embargo preventivo que exigía la especificación previa del bien a embargar (*Op. cit.*, p. 369).

Tribunales la jerarquía judicial se compone de cinco categorías de tribunales, con un total de 547 órganos judiciales:

- Tribunal Supremo (*Daishin'in*)
- 8 Audiencias Territoriales (*Kōtō Saibansho*)
- 50 Tribunales Regionales de Primera Instancia (*Chihō Saibansho*)
- 50 Tribunales de Familia (*Katei Saibansho*)
- 438 Juzgados de Distrito (*Kan'i Saibansho*)

Después de la reforma de 2011, se atribuye a la competencia de los Tribunales japoneses en los siguientes casos: a) el demandado tiene su domicilio, sede principal o centro de trabajo en Japón; b) si se trata de demandas sobre incumplimiento de obligaciones contractuales cuando Japón resulte ser el lugar de cumplimiento; c) en la culpa extracontractual, si Japón es el lugar de producción del acto ilícito.

Los principios que deben informar el desarrollo de los juicios civiles son: a) publicidad, b) bilateralidad, c) oralidad, d) intermediación. Los procesos se desarrollan mediante la acción conjunta del Juzgado y de las partes, distinguiéndose entre el impulso de oficio y la instancia de parte. Como caracterización general concluyen los autores que lo habitual es que los dos principios se apliquen de forma conjunta y se usen de modo combinado, adoptándose uno u otro en función de la naturaleza de cada acto procesal, para garantizar los derechos de las partes a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo y sin dilaciones los derechos de las partes (116). El detalle de cada uno de ellos excede del ámbito de la recensión (117). El juez puede formar su convicción de un modo absolutamente libre, sin ningún tipo de restricciones, apreciando las pruebas conformes a las reglas de la lógica y de la experiencia. El recurso de apelación constituye verdaderamente una verdadera segunda instancia o de instancia continua (*Zokushinsei*), pues permite la revisión, tanto de los hechos declarados probados, como del Derecho aplicado en la sentencia impugnada. En cambio, la casación es una instancia es-

(116) *Op. cit.*, p. 384.

(117) Sobre las actuaciones e impulso de oficio, loc. cit. pp. 384-388, y sobre el principio dispositivo y de aportación de parte, loc. cit. pp. 388-390.

trictamente jurídica (*Hōritsu-shin*), y sólo puede interponerse: a) por error en la aplicación de normas constitucionales o su interpretación, y b) infracción procesal de carácter grave; pudiendo también el TS admitir, c) recursos de casación relacionados con sentencias que contravengan su doctrina o con casos en que se diluciden aspectos importantes relacionados con la interpretación del Derecho (118).

Como temas de estudio en materia procesal se alude a la orden de exhibición de documentos y a la obligatoriedad de exhibir documentación interna de la empresa (así ocurre con las deliberaciones mediante las que se decide la concesión o denegación de un préstamo, que no puede reclamar un tribunal), y la sustitución en ciertos casos (cuando se trata de médicos, abogados, notarios, bomberos, policías, funcionarios públicos, etc.) de la testificación oral por la escrita, singularidad a la que se augura un futuro desarrollo (119).

C) Derecho Mercantil (120)

A cargo del Prof. Kiyohiko KURODA, Masahiro KASHIRO (Licenciado en Derecho de la Univ. de Nanzan; Aspirante opositor a Gestor jurídico, Investigador en el área de Derecho mercantil, Administrador del sitio *Web* de la Asociación de Estudios de Derecho Hispánico en Japón), y FRANCISCO BARBERÁN.

Esta extensa parte de la obra (similar a la de Derecho civil) ofrece la sistemática siguiente: Parte general, Derecho de Sociedades, Derecho Bursátil y sobre Títulos valores, y Derecho sobre seguros, además de un interesante haz de temas de actualidad. Basado el ordenamiento nipón sobre la materia en la existencia de códigos separados según el modelo germánico, no plantea graves problemas de seguimiento al lector que, en su caso, proceda de sistemas que hayan unificado la materia civil y mercantil (Suiza, Italia).

El primer Ccomjap. moderno aparece en 1890, durante la restauración *Meiji* inspirado en el derecho europeo continental, y en cuya redacción participó de modo muy activo el jurista alemán RÖSLER, y sólo estuvo en vigor un sexenio, dada su inadecuación a la realidad

(118) *Op. cit.*, p. 393.

(119) *Loc. cit.*, pp. 393-399.

(120) *Op. cit.*, pp. 413-532.

del país, por imitar excesivamente a una legislación que no se adaptaba a la idiosincrasia nipona. El segundo intento de codificación ocurre en 1899, y aunque sigue inspirándose en el Derecho alemán, se redacta exclusivamente por juristas japoneses, y logra consolidarse pues sigue formalmente en vigor. Se componía originariamente de cinco libros (parte general, compañías, actos de comercio, letra de cambio y comercio marítimo) pero ha sido objeto de gran número de reformas hasta nuestros días. Destacan, en 1911, la regulación de la sociedad anónima que debió acomodarse al gran desarrollo del comercio nipón tras la victoria de la guerra contra Rusia, así como la necesidad de acomodar el comercio marítimo al Convenio Internacional de 1910 en materia de asistencia y salvamento. En 1932 y 1933 se derogaron las normas sobre letra y cheque después de suscribir las Convenciones de Ginebra en 1930 y 1931, respectivamente. La ocupación norteamericana obligó a modificar las normas sobre la transformación de los órganos sociales y sus funciones, habiéndose producido desde entonces más de cuarenta reformas parciales, hasta llegar a la nueva Ley de Sociedades de 2005.

Tras largos años de disputas doctrinales se identifica el Derecho mercantil como el Derecho de la empresa, entendiendo esta última como *toda actividad de producción de artículos o suministro de servicios con ánimo de lucro, que conlleva una inversión de capital y de trabajo constante y programada* (121). De este modo, el concepto de empresario se equipara al de comerciante y pasa a constituir junto a los actos de comercio, una de las nociones fundamentales del Derecho mercantil japonés. Hay actos de comercio absolutos y relativos. Los primeros se consideran actos de comercio aun cuando sean llevados a cabo por quien no tengan la cualidad de comerciante. El art. 501 Ccomjap enumera cuatro tipos de *actos de comercio absolutos*: 1) Adquisición onerosa de bienes muebles, inmuebles o títulos valores con la finalidad de enajenarlos para obtener una ganancia, y la enajenación de bienes así adquiridos; 2) Concertación del suministro de bienes muebles o títulos valores previa su adquisición de terceros y la realización onerosa de tal adquisición, en cumplimiento de la pactado; 3) Los negocios y transacciones verificados en bolsas y mercados de valores; y 4) actos instrumentados me-

(121) *Op. cit.*, p. 416.

diente letras de cambio, pagarés y otros títulos valores (122). Los *actos de comercio relativos* se enumeran en el art. 502 Ccomjap: 1) Adquisición onerosa o alquiler de muebles o inmuebles para su ulterior arrendamiento con fines lucrativos y efectivo arrendamiento de los bienes así adquiridos o alquilados, incluyendo el *leasing* o *rental* (incluyen toda clase de bienes, inmuebles, automóviles, vestidos, mobiliario, enseres de oficina, música o películas en soporte electromagnético o digital, etc.); 2) Fabricación o elaboración por cuenta ajena (la hecha por cuenta propia se incluye en el art. 501); 3) Suministro de gas o electricidad (sea por grandes empresas y también por empresarios individuales en el sector del gas propano); 4) Transporte (terrestre, marítimo o aéreo); 5) Contrata de obras o de suministro de mano de obra (una Ley de 1985 regula la subcontratación de mano de obra); 6) Publicación, impresión o fotografía y filmación o rodaje; 7) Actividades de hostelería o entretenimiento, desarrolladas en instalaciones o establecimientos destinados a prestarlas a sus visitantes; 8) Cambio de divisas y otros negocios bancarios; 9) Seguros privados; 10) Depósito; 11) Corretaje o comisión; 12) Agencia o representación en actos de comercio.

Entre los colaboradores del comerciante o empresario, se incluyen los factores, dependientes y mancebos, y también los agentes de comercio (empresarios que asumen de modo profesional la representación o mediación en nombre de otro empresario para la contratación en el ámbito comercial).

El nombre comercial (*Shōgō*) es la denominación que identifica al sujeto de la empresa, y no ha de confundirse, ni con la marca comercial (*Shōhyō*), que identifica la mercancía objeto de venta, ni con la marca de servicios que designa el servicio ofertado, si bien los tres tienen un importante valor económico y social. El nombre comercial, a diferencia de las marcas, deben incluir necesariamente letras pues consiste en la denominación de la persona que ostenta la titularidad de la empresa. Los empresarios individuales no tienen la obligación de inscribirse en el Registro Mercantil, pero sí debe inscribirse la denominación de las sociedades; a partir de la Ley de Registro Mercantil de 2002, es posible utilizar en el nombre de las sociedades caracteres occidentales, guarismos árabes y algunos otros signos ortográficos (dos puntos, punto y coma, guión,

(122) Más ampliamente, p. 418.

el signo &, etc.). En principio hay plena libertad para el nombre comercial, salvo respecto de las empresas que deben contener su denominación legal (sociedad anónima, banco, etc.). También se prohíbe practicar inscripciones con el mismo nombre que el de otro empresario perteneciente a la misma demarcación registral. Como el nombre comercial puede prestarse o cederse, la ley establece que el empresario que autorice a otra persona a efectuar sus actividades empresariales o explotar su establecimiento bajo su denominación, quedará obligado solidariamente junto a ésta al cumplimiento de las obligaciones derivadas del giro o tráfico realizado, frente a la contraparte que haya confundido al contratante con el verdadero titular del nombre comercial. Si la cesión del nombre comercial se hace a título oneroso, sólo será válida si se hace conjuntamente con el negocio o si se verifica al cerrar el establecimiento. La transmisión del nombre comercial produce efectos entre las partes mediante su acuerdo, y deberá inscribirse para que resulte oponible frente a terceros. Aunque doctrinalmente se concibe unitariamente la transmisión de la empresa, la ley obliga a respetar las normas de circulación previstas para cada uno de sus elementos. La Ley prohíbe ejercer la misma actividad que la cedida durante 20 años en el municipio instalado y en los colindantes; si medió pacto expreso, la prohibición llega a 30 años. A su vez, el adquirente debe asumir y cumplir las obligaciones dimanantes de la actividad que desarrollaba el anterior titular, salvo que nada más verificarse la transmisión, manifieste e inscriba en el Registro Mercantil su voluntad de no asumir tal responsabilidad, o de que ambas partes informen inmediatamente a los terceros la exención de responsabilidad efectuada por el adquirente del establecimiento.

El Ccomjap impone a todos los empresarios el deber de disponer y presentar los llamados *Shōgyō Chōbo* (*libros de comercio*), que son de dos tipos: libros de contabilidad y balances; los primeros contemplan cuentas separadas e independientes, según su clase (mercancías, bienes inmuebles, préstamos etc.); el Libro Mayor las contiene a todas agrupadas y existen otros auxiliares (de caja, pagarés etc.). El Balance general es el documento contable en que figura, el activo, el pasivo y el patrimonio neto. Todo empresario queda obligado a llevar estos libros y a conservarlos durante 10 años

desde su cierre, junto con otros datos relevantes sobre su establecimiento. En el caso de las sociedades la Ley les impone la obligación genérica de presentar unas *cuentas anuales* (123), y una *memoria* que complete el contenido de los documentos contables, así como un informe de gestión. Estos documentos han de ser verificados por los auditores y censores de cuentas, así como autorizados por el Consejo de Administración, para su aprobación por la Junta General de accionistas; el auditor es un órgano interno, y el censor de cuentas, lo es externo. Concluida la Asamblea y aprobadas las cuentas, la Ley obliga a las sociedades anónimas a publicar inmediatamente su balance, y si pertenece a sociedades cuyo capital supere los 500 millones de yenes, o cuyo pasivo supere los 20.000 millones de yenes, haga lo propio con su cuenta de pérdidas y ganancias. En el Japón se desconoce el depósito de cuentas en el Registro Mercantil (RM), y en su lugar la ley contempla tres medios de publicación de las cuentas sociales (124).

La regulación del Registro Mercantil trata de mantener el equilibrio entre los requerimiento de la publicidad y el mantenimiento del secreto empresarial. Hay nueve libros del RM: de nombres comerciales, de menores de edad, de tutores, de factores, de sociedades extranjeras, y de sociedades (uno para cada clase, anónima, colectiva, comanditaria y mixta). La eficacia se logra, bien a través de medios de coerción directa (sancionando con multas de hasta un millón de yenes a los administradores y otros cargos sociales que no inscriben en el plazo de dos semanas desde su constitución), o indirecta, confiriéndole determinados efectos jurídicos a quienes inscriban (125). Son inscripciones liberatorias las que tienen eficacia exoneratoria de responsabilidad. La persona que hubiera realizado

(123) Que han de comprender: El Balance general, la Cuenta de pérdidas y ganancias, el Estado de cambios del patrimonio neto y el Libro de determinadas materias específicas.

(124) El BOE, uno de los medios de actualidad, y los medios de difusión electrónico (eventualmente a través de la red electrónica EDINET) (*op. cit.*, p. 430).

(125) Así el art. 9.1 Ccomjap dice que no serán oponibles a terceros de buena fe los aspectos cuya inscripción venga determinada por la Ley, salvo después de practicada; y otro tanto ocurrirá, incluso después de haberse practicado la inscripción, si por causa justificada el tercero no pudo saber que tal inscripción existía. Véase un cuadro explicativo en p. 436.

una inscripción inveraz interviniendo dolo o negligencia, no podrá oponer frente a terceros de buena fe tal falta de veracidad. Se habla de eficacia subsanatoria con referencia a la virtualidad que tiene la inscripción de impedir la alegación de determinados vicios de la relación jurídica afectada.

C.2.) Derecho de sociedades (126)

Se debe al Prof. Kiyohiko KURODA.

Después de una introducción general, trata de la fundación de la SA, acciones, Junta General de accionistas y Órganos de administración. Se trata de una materia extraordinariamente dinámica, que inicialmente formaba parte del Ccomjap, pero que ha estado en continua transformación, aconsejada no solo por la doctrina y los círculos académicos mercantilistas, sino también por la mayoría de los empresarios y políticos, hasta llegar a la Ley de Sociedades de 29 junio 2005, que entró en vigor el 1 mayo 2006. Se trata de una norma extensa (979 artículos y 4 DA), acompañada de tres Reglamentos (Aplicación de la Ley, Contabilidad Social y Publicidad electrónica), que constan en total más de 450 artículos y reconocen dos categorías de sociedades, a saber, la conformada por acciones (sociedad anónima), y la compuesta por cuotas o participaciones sin consideración de acciones, y que pueden denominarse *sociedades personalistas*, por oposición a las *sociedades capitalistas*. La nueva Ley ha incluido entre las personalistas a la sociedad colectiva, comanditaria y mixta, habiendo desaparecido la de responsabilidad limitada, absorbida por la anónima.

La SA puede ser de fundación simultánea cuando los socios fundadores suscriben la totalidad del capital, o de fundación sucesiva mediante suscripción pública además de la llevada a cabo por los fundadores. En los Estatutos han de constar: 1) el objeto social; 2) la denominación; 3) el domicilio social; 4) el valor de la aportación o su importe mínimo; 5) los nombres y apellidos o la denominación de los fundadores, y sus domicilios. Para su validez deben protocolizarse ante Notario. Por regla general se ha eliminado el requisito del capital social. Desde 1950, el capital social debe estar íntegramente desembolsado. Cumplidos los requisitos formales, los

(126) *Op. cit.*, pp. 437-464.

fundadores pueden inscribir la constitución de la SA en el Registro de la demarcación en que radique la sede social, en cuyo momento nace la sociedad. Pueden instar la nulidad de la constitución de la SA los accionistas, administradores o liquidadores, auditores y gerentes ejecutivos, en los dos años subsiguientes a la fecha de constitución y únicamente en vía jurisdiccional. La sentencia que declara la nulidad de la constitución no afectará a las relaciones jurídicas preexistentes, de modo que las obligaciones y los créditos contraídos con la sociedad se someterán al régimen de liquidación (127).

Según el art. 108 de la Ley, la SA puede emitir, de acuerdo con sus Estatutos, los siguientes tipos de acciones: acciones que confieren un derecho preferente a la participación en el reparto de beneficios; acciones que confieren un derecho preferente en el patrimonio resultante de la liquidación; acciones con derecho de voto restringido; acciones cuya transmisión precisa ser autorizada por la sociedad; acciones rescatables cuyos titulares pueden exigir a la sociedad su adquisición total o parcial; acciones cuyos titulares quedan obligados a enajenarlos a la sociedad forzosamente cuando así lo acuerde la JG; acciones con derecho de veto (*acciones de oro*); y acciones con derecho a designación de administradores o auditores.

Hasta 2004 toda SA estaba obligada a emitir los títulos de sus acciones, quedando hacerlo desde entonces a la discrecionalidad de cada sociedad estableciéndolo en sus Estatutos. Desde 5 enero 2009, por disponerlo aquella Ley, las sociedades que entran en la cotización oficial están obligadas a las anotaciones en cuenta de las obligaciones, acciones y otros títulos. Se establece la libre transmisibilidad de las acciones, con algunas restricciones (128). En principio se había prohibido la adquisición por la sociedad de sus propias acciones, pero progresivamente se han admitido excepciones que, a partir de 2004 llegan al número de 13 (129). Finalmente, el régimen de la Junta General de Accionistas se expone con gran detalle, lo mismo que los órganos de administración (130).

(127) *Op. cit.*, p. 441.

(128) *Op. cit.*, p. 444 s.

(129) *Op. cit.*, p. 445 ss.

(130) *Op. cit.*, pp. 447-453, y 453-464.

C.3.) Derecho Bursátil y sobre Títulos valores (131)

A cargo de los Profesores Tsutomu SATO, Catedrático de Derecho económico, Fac. de Derecho de la Univ. de Nanzan (Nagoya), y Francisco BARBERÁN.

Se trata de una materia que ofrece vivísima actualidad, y de la cual el recensor destacará el sentido de su evolución y el derecho en vigor, con oportunas remisiones al texto. El punto de partida se sitúa en la Ley de 28 marzo 1947 sobre operaciones con títulos-valores, que sólo en parte entró en vigor por la oposición del ocupante, que obligó a promulgar la de 6 abril 1948 que incorporaba instituciones y conceptos del Derecho norteamericano. Ello originó graves desajustes con la sociedad nipona que ha dado lugar a numerosas reformas hasta llegar a la actual normativa (132). El 7 junio 2006 se aprobó la Ley de reforma parcial sobre transacciones de títulos-valores y otras normas financieras. Se derogaron cuatro normas cuyo contenido se refundió en otra Ley denominada sobre transacciones de instrumentos financieros, inspirada en los siguientes pilares o principios: 1) Regulación de los servicios de inversión 2) Establecimiento de un sistema de divulgación de información corporativa; 3) Garantía de imparcialidad en el ejercicio de las operaciones autorreguladas del mercado de valores, y 4) Severidad en el tratamiento de las transacciones desleales. Subrayan los autores que se ha logrado la ampliación del ámbito de los productos y servicios objeto de regulación, y la adaptabilidad de la normativa a cada tipo concreto de operaciones.

Se consideran títulos-valores exclusivamente los enumerados en el art. 2 (*numerus clausus*). Pero el sistema de divulgación corporativa se centra en los valores que tienen una negociabilidad relevante, como las acciones u obligaciones de empresa. La Ley también se aplica a las operaciones con derivados (133). La Ley establece la obligatoriedad de divulgar diversas informaciones en relación con

(131) *Op. cit.*, pp. 464-501.

(132) Entre las principales reformas se mencionan las realizadas en 1953, 1965, 1971, 1981, 1985, 1988, 1991, 1992 (Ley de reforma del sistema financiero, y sistema de inspección del mercado de valores y el de supervisión de las sociedades en él actuantes) (*Op. cit.*, pp. 465-471).

(133) *Op. cit.*, p. 475.

las sociedades emisoras y los títulos-valores, cuando se van a ofertar o ya circulan en él (información de una emisión e información periódica); información relativa a la tenencia de gran volumen de participación social; información relacionada con las ofertas públicas de adquisición. Con ello se trata de proteger, en mayor o menor medida, los intereses de los inversores (134). Con ocasión de la actual crisis financiera mundial se han suscitado polémicas en relación con las transacciones de derivados OTC y con los fondos de alto riesgo o de inversión libre (*hedge funds*), originando un Borrador de reforma parcial de la Ley, que fue hecho público el 19 mayo 2010 (135).

C.4.) Derecho sobre seguros (136)

A cargo de los Profesores, Michio KOBAYASHI, Catedrático de Derecho mercantil, área de Derecho de la Fac. de Humanidades de la Univ. de Shizuoka, Francisco BARBERÁN.

Inicialmente las fuentes reguladoras del contrato de seguro se encontraban en el Tít. X, Libro II del Ccomjap (artículos 629 a 683), y, en cuanto al seguro marítimo, en el Tít. VI, Libro III (artículos 815-841). Pero la mayoría de estas normas eran dispositivas, y se reclamaban normas imperativas que protegieran al tomador, al asegurado y al beneficiario, impidiendo cláusulas abusivas o desventajosas para ellos. La Ley del seguro de 2008, en vigor desde 2010, se ha hecho eco de estas aspiraciones. Siguen en vigor las normas sobre seguro marítimo, y otras como la de accidentes de vehículos a motor, accidente nuclear, y seguro de seísmos; así como la de control de la oferta de seguros, de 1948, y la de aseguradoras extranjeras de 1949. A la hora de abordar la reforma se optó por elaborar *ex novo* una Ley del seguro independiente, en lugar de modernizar la regulación contenida en el Ccomjap; ello parece se

(134) Detallada regulación en loc. cit. pp. 476-495.

(135) Se transcriben sus detalles en *op. cit.*, pp. 496-501. Consiste, en particular, en la mejora de la transparencia y la estabilidad en las transacciones de derivados fuera de mercado (operaciones *over-the-counter*); en el reforzamiento de la supervisión y regulación de los grupos empresariales; y en medidas de protección de los inversores (reconocimiento a las autoridades el derecho a instar la declaración de concurso de los operadores de instrumentos financieros).

(136) *Op. cit.*, pp. 501-521.

debió al propósito de incluir tanto los seguros lucrativos como los mutuos e incluso a la asistencia mutua siempre que su contenido resultara incardinable en el concepto legal de seguro. Los expertos del Ministerio de Justicia que se encargaron de las tareas legislativas enumeran las siguientes notas de *modernización del contrato de seguro*: 1) Ampliación del ámbito de aplicación a los contratos de asistencia mutua por grandes cooperativas; 2) Establecimiento *ex novo* de los seguros de accidentes y enfermedad; 3) Introducción de normas para la protección de los asegurados, incluyendo al tomador y al beneficiario; 4) Flexibilización de la regulación de los contratos de seguro de daños; 5) Aseguramiento del derecho preferente de los perjudicados en relación con los seguros de responsabilidad; 6) Introducción de la regulación del cambio de beneficiario; 7) Establecimiento de normas para evitar fraudes del asegurado (el llamado *riesgo moral*); 8) Establecimiento del denominado derecho de intervención en relación con los seguros de vida, y de accidente o enfermedad de prestación fija.

En función de la legislación reguladora de sus actividades, se clasifica a los *aseguradores* en: 1) Compañías aseguradores (sociedades anónimas y mutuas); 2) Proveedores de seguros de escasa cuantía y corto plazo, y 3) Cooperativas de todo tipo, incluyendo los contratos de asistencia mutua. Todos estos aseguradores encajan en la definición del art. 2.2 de la Ley del Seguro, ya que todos formalizan el mismo tipo de contrato, si bien las normas reguladoras de los aseguradores y a la supervisión de las mismas, son diversas (137). La Ley define los siguientes objetivos: 1) Mantenimiento de las instituciones aseguradoras; 2) Protección en sentido amplio de los intereses de los asegurados (incluyendo tomadores, beneficiarios y asegurados propiamente dichos; 3) Protección de personas ajenas al contrato de seguro (138).

Temas de actualidad. El Prof. Kiyohiko KURODA se ocupa de cuatro:

Derogación del régimen de capital mínimo : El régimen de capital mínimo se introdujo en 1990 para garantizar una base patrimonial con que responder a potenciales acreedores (10 millones de yenes

(137) Ampliamente, *op. cit.*, p. 514 ss.

(138) Minuciosa explicación en *loc. cit.*, pp. 517-521.

para SA, y se elevó a 3 millones para SL), y fue derogado en 2005, por influencia probablemente de los EEUU y de la UE. En justa correspondencia tampoco se exige que la sociedad tenga suscrito su capital y plenamente desembolsado al tiempo de su constitución. En teoría sería posible una sociedad con capital cero, pero en la práctica no debe ser inferior a 3 millones (139).

La cláusula estatutaria que impide ser apoderado al no accionista. La doctrina mayoritaria aboga por la validez de las cláusulas estatutarias que imponen al representante apoderado la obligación de ser accionista, sosteniendo lo razonable de esta restricción. Pero el autor sostiene lo contrario pues con aquella se corre el riesgo de privar a los accionistas de su libertad de elección de representante en JG, debiendo prohibirla la ley o, al menos, admitir la representación por un familiar, aunque no sea accionista. Alude el autor al fenómeno desarrollado en la década de los 70 del siglo pasado, de unos diez mil *accionistas perturbadores*, poseedores unas pocas acciones de grandes empresas que utilizaban el chantaje para obtener beneficios económicos. Si bien dicho número ha quedado reducido a unos 400.

Modelos de órganos de Administración en la Ley de Sociedades. El autor ofrece una veintena de tipos, distinguiendo entre sociedades cerradas y abiertas, pequeñas, medianas y grandes (140).

Transferencia de Delegaciones de Justicia a los Municipios y práctica registral mercantil. A cargo del Investigador Masahiro KASHIRO y del Prof. Francisco BARBERÁN. Tema organizativo patrocinado por el Partido Democrático bajo el lema *suprimamos lo innecesario en la Administración*, a lo que, razonadamente, se oponen los autores.

Seguro de seísmos (141). A cargo de los Profesores Michio KOBAYASI y Francisco BARBERÁN. Tema de desgraciada actualidad por el gran terremoto *Tōhoku-Kantō*, que el 11 marzo 2011 asoló la costa japonesa del Pacífico, causando tremendos daños (15.000 víctimas

(139) Op. cit., p. 523.

(140) Op. cit., pp. 525-527.

(141) Op. cit., pp. 529-532.

mortales, además de otros muchos desaparecidos y heridos la mayoría de ellos, a causa del tsunami sobrevenido a consecuencia de este devastador movimiento sísmico –magnitud superior a 9,0 grados–). Según la Asociación Japonesa de Seguro de Daños, la cuantía global de los daños ocasionados por este terremoto es la mayor de la historia. Dado que los daños se localizan en una franja territorial amplísima, su evaluación sobre el terreno resultaba tan dificultosa que ha sido obviada y sustituida por la toma general de fotografías aéreas y vía satélite, adoptándose medidas sin precedentes para el pronto pago de las indemnizaciones, como la declaración general de zonas catastróficas de las regiones que han sufrido los daños más devastadores. Es verdad que Japón es una de las regiones con mayor actividad sísmica del mundo, por lo que sus habitantes están relativamente habituados a sufrir los efectos de los terremotos. Pero el tratamiento que se da a este tipo de riesgos en las pólizas de seguro resulta de mayor complejidad. Era frecuente que las aseguradoras no concertasen contratos de seguros de daños relacionados con riesgos sísmicos, y aun habiéndolos suscrito se negasen a abonar las indemnizaciones pactadas. Por eso en 1966 se promulgó la Ley de seguro de seísmos de 1966, consecuencia del terremoto de Niigata de 1964. Desde entonces el sistema del seguro de seísmos fue mejorando con sucesivas reformas, que supusieron ampliación del ámbito de las indemnizaciones, aumento del límite de las sumas asegurables, el sistema de bonificaciones de primas y su posterior ampliación, desgravaciones fiscales de las primas abonadas, etc.

Según la Ley reguladora, el seguro de seísmos lo operan de modo conjunto el Gobierno de la nación y las compañías aseguradoras del ramo de daños. Este seguro se regula de modo uniforme en cuanto a su contenido, y tiene por objeto la indemnización de los daños y pérdidas debidos a incendios, derrumbamientos, sepultamientos y riadas o inundaciones producidos, de modo directo o indirecto, por los movimientos sísmicos, las erupciones volcánicas o los tsunamis. Sólo son asegurables las edificaciones destinadas a vivienda y los muebles necesarios para la vida cotidiana (no pueden serlo las fábricas, oficinas, hospitales, etc.). Es necesario suscribir el seguro de seísmos conjuntamente con uno de incendios, aunque no es preciso que lo sea simultáneamente. En cuanto a las sumas aseguradas, el asegurado puede elegir entre el 30 y el 50 % de las cantidades estipuladas en el seguro de incendios. En todo caso, hay un lími-

te máximo de 50 millones de yenes para inmuebles y de 10 para muebles. Producido el siniestro, se prevé el pago inmediato de un porcentaje de la suma asegurada en función de la magnitud de los daños sufridos por los bienes. Hay un límite cuantitativo global por evento sísmico, que en marzo de 2011 se había cifrado en cinco billones y medio de yenes. Las primas a pagar están en función de la estructura de cada edificación (madera, acero, hormigón), así como la prefectura en que se ubique. En función de la capacidad de aislamiento sísmico, amortiguación de vibraciones y sismorresistencia, están previstas cuatro tipos de bonificaciones, que van desde el 10% al 30% de su valor, y no son acumulables entre sí.

D) Derecho Penal

Conviene advertir que la obra, bajo este enunciado, incluye tres materias, relacionadas sin duda entre sí, pero que habitualmente entre nosotros poseen una sistemática diferente. Ante todo, el Derecho penal representa la sede matriz de una materia indudablemente perteneciente al Derecho público (que la obra enmarca, sin embargo, bajo el epígrafe del Derecho privado). Hay un Derecho penal del menor que sistemáticamente se aloja en el Derecho penal, aunque aquí se incluyen medidas protectoras, no siempre de naturaleza punitiva, por lo cual se conservará aquí el tratamiento separado. Por último, el Derecho procesal penal - también de naturaleza pública entre nosotros- será objeto en la recensión de una exposición por separado. En cuanto a la autoría nipona, sólo el último apartado se encomienda a un Catedrático, mientras que los dos primeros apartados se desarrollan por dos Abogados especialistas (al parecer, hermanos o parientes próximos). El colaborador español es Prof. de Derecho constitucional en Japón.

D.1.) Derecho penal en general (142)

A cargo de Takashi INAGAKI, Abogado especialista en Derecho penal, y el Dr. Don Luis PEDRIZA, Prof. de Derecho constitucional en las Facultades de Derecho de las Univs. de Kioto y Kinki (Osaka).

(142) *Op. cit.*, pp. 533-555.

La evolución de la codificación penal nipona viene a ser *mutatis mutandis* paralela a la civil. En 1880 se promulga apresuradamente el Cp de Boissonade, primer Código penal moderno japonés, inspirado en los principios del liberalismo clásico, de difícil anclaje en un régimen político todavía feudal. En 1907 se promulga otro texto cuyas fuentes eran el código penal imperial alemán, que elimina el principio de legalidad de los delitos y las penas, simplifica los requisitos de tipicidad y amplía el margen de discrecionalidad judicial para la aplicación de las penas, introduciéndose el sistema de suspensión del cumplimiento. En la década de los 30 del siglo pasado se da un giro hacia la represión de conductas contrarias al orden público, restringiendo, cuando no vulnerando directamente, los derechos y libertades de los ciudadanos. Después de la Constitución de 1946 se introducirán importantes reformas para adecuarlo a aquella (143). En 1947 el Consejo de Legislación publica un borrador de reforma que chocó con la oposición del Colegio de Abogados y de la doctrina, por lo que no llegó a presentarse a la Dieta. Paralelamente se introducen nuevas figuras de delito: en 1941, de obstrucción a la ejecución forzosa y a la licitación; en 1958, de intimidación de testigos y aceptación de soborno; en 1960, de posesión ilícita de inmuebles y destrucción de linderos y mojones; en 1964, de secuestro para obtención de rescate; en 1987, de creación fraudulenta de registros electromagnéticos, de obstrucción de un negocio mediante destrucción de equipos informáticos y de fraude a través de equipos informáticos; en 2001, delitos relacionado con tarjetas de pago electromagnéticas y conducción temeraria con resultado de muerte. A partir del año 2000 las reformas endurecen todavía más el sistema penal (así en 2004, elevación del límite superior de penas, desde 15 años a 20 o 30; como tipo agravado de la violación se ha creado el nuevo tipo de violación grupal; en 2005, siguiendo protocolos de la ONU, se ha creado el nuevo delito de tráfico de personas; en 2010 se derogó la prescripción de la acción penal para los delitos castiga-

(143) Los puntos principales fueron: 1) Supresión de la agravante de reincidencia; 2) supresión de los delitos de atentado e injuria contra la Casa Imperial; 3) Supresión de los delitos de sedición y traición; 4) Supresión de los delitos contra el orden establecido; 5) Supresión del delito de adulterio; y 5) Introducción de una cláusula para exonerar de la necesidad de probar los hechos en el delito de injurias.

dos con la pena de muerte, y se amplían los plazos de prescripción de los restantes delitos.

Resulta ilustrativa la enumeración de los principios informadores del Derecho penal nipón en vigor (144): Legalidad en la determinación de delitos y penas, Prohibición de la retroactividad, de la analogía y de las penas de duración indeterminada absoluta, Principio de claridad y Principio de adecuación del contenido. El Código penal es la norma fundamental sobre delitos y penas, denominándose *Derecho penal especial*, incluyendo el Derecho penal administrativo por responder a los mismos postulados (se habla de *Derecho penal en sentido material*), aduciendo como ejemplo la Ley de tráfico rodado (145). El Cpenaljp, en su Libro primero se ocupa de las disposiciones generales (artículos 1 a 72). En su art. 9 establece, por orden de gradación, las penas principales (pena de muerte, reclusión con obligación de trabajar, prisión, multa, reclusión menor o arresto, y multa leve; y como pena accesorio, el decomiso; el incumplimiento de las penas de multa origina el internamiento en una casa de trabajo por tiempo máximo de dos años. Se permite la suspensión de la condena y la libertad condicional. El Libro segundo *Sobre los delitos* (artículos 77 a 264) dedica en cuarenta secciones los delitos en particular (146). Los autores finalizan con una prudente consideración (147): "No puede decirse que la criminalidad en Japón haya empeorado. Sin embargo, es necesario analizar en detalle las influencias que las características de la sociedad japonesa actual ejercen sobre la razón de ser del Derecho penal [...], hay que atender también a los nuevos tipos de criminalidad que se generan en una sociedad cada vez más deprimida, con altos niveles de estrés, económicamente desigual y envejecida. Tal vez sea hora de replantearse los principios y funciones que el Derecho penal debe cumplir en la sociedad japonesa".

(144) Que se analizan con bastante detalle en *op. cit.*, pp. 538-542, con indicación de supuestos concretos y de jurisprudencia.

(145) Se destaca la función de los tribunales al aplicar la norma penal, del que resulta la especial función de la jurisprudencia de esta clase (*op. cit.*, p. 543 s.).

(146) La sección 1.^a dedicada a los delitos contra la Casa Imperial ha sido suprimida.

(147) *Op. cit.*, p. 555.

D.2.) La Ley de Menores del 2000 (148)

A cargo de Kiyoshi INAGAKI, Abogado especialista: y del Prof. Luis PEDRIZA.

La diversa edad penal de la mayoría, a lo largo de la época codificadora nipona, explica –en opinión del recensor–, las vicisitudes experimentadas por las normas penales que les eran en cada caso aplicables, y, que a su vez, determinan la existencia de normas especiales para situaciones de edad próximas. Podría decirse, visto del exterior, que ha podido darse hasta una excesiva preocupación –¿podría, incluso, hablarse de obsesión?– penal por los menores. En efecto, en el Cpenjap de 1880 se fijaba a los 12 años la mayoría de edad penal. Pero se eximía de enjuiciamiento penal a los comprendidos entre 12 y 16 años, y que adolecieran de falta de discernimiento, mientras que se consideraba atenuante que el autor tuviera entre 16 y 20 años. Había centros de internamiento penitenciario o reformatorios, con finalidad educativa, para menores comprendidos entre 8 y 16 años. Luego se promueven centros de menores, de finalidad privada, según modelos anglosajones. En marzo de 1900 se promulga la Ley de sensibilización que establece la creación en cada Prefectura de Centros de menores, bajo la dirección del Gobernador. El Cpenjap. de 1907 elevó a 14 años la mayoría penal y eliminó el sistema de reclusión en reformatorios, lo que aumentó el número de centros de menores en todo el país. Ante el aumento de la criminalidad infantil y bajo la influencia norteamericana, se reformó el Derecho de menores promulgándose en 1922 la primera Ley de Menores. Su art. 1.º consideraba como *menores* sujetos a la ley y protegidos por ella, a los que no habían cumplido 18 años, distinguiéndose los *menores infractores* que habían infringido una norma penal antes de cumplir los 14 años, y *menores peligrosos* a los potencialmente susceptibles de contravenirlos en el futuro. El art. 27 dejaba en manos del Fiscal el modo de exigir la responsabilidad penal. El art. 9 establecía hasta nuevos tipos de medidas de protección (amonestación, amonestación por el director de la escuela, promesa escrita de reforma, entrega condicionada a los guardadores del menor, custodia en un templo, santuario, iglesia o centro de protección, vigilancia de un protector de menores, confinamiento en un centro de sensibili-

(148) *Op. cit.*, pp. 556-573.

zación, de corrección o en hospital). Las instituciones encargadas de decidir este tipo de medidas eran los Centros de arbitraje de menores, dependientes del Ministerio de Justicia, y su personal eran árbitros de menores, protectores y secretarios. En el capítulo de medidas punitivas se establecía que, caso de delitos castigados con pena capital o condena *sine die*, si al cometer los hechos el menor no había cumplido 16 años, se le condenaba a reclusión de 10 a 15 años; en el caso de penas superiores a tres años, se le condenaba a penas comprendidas entre 5 y 10 años.

La Constitución en vigor obligará a la reforma en profundidad del Derecho de menores. Se dudaba de la idoneidad de los Centros de arbitraje de menores y por ello se encomendó a los nuevos Juzgados de familia las medidas de protección de aquellos, publicándose el Reglamento de arbitraje de menores. Se elimina la intervención discrecional del Fiscal y así todos los asuntos de menores se remiten directamente a los Juzgados de Menores. Pero la medida se discute ampliamente y se producen nuevos proyectos de reforma, que no llegan a su término. En el año 2000 se realiza una profunda reforma de la Ley de Menores (modificada luego en 2007 y 2008). El art. 1 establece que su objetivo es la adopción de medidas de protección destinadas a corregir la personalidad del menor de conducta inapropiada y reacondicionar sus relaciones personales, así como adoptar las medidas especiales requeridas en relación con los delitos cometidos por menores. Según el art. 2.1. menor es la persona cuya edad es inferior a 20 años, y adulto aquella que la supera. Por tanto, en Japón la mayoría de edad penal supera en dos años al fijado en la Convención de 1989 y en muchas legislaciones occidentales. Según el art. 3.1. los menores objeto de medidas de protección son: 1) Los que han cometido algún delito; 2) Los menores de 14 años que hubieren contravenido alguna norma penal; y 3) Los que, de acuerdo a su personalidad y circunstancias, se sospeche que puedan llegar a delinquir (149). La ley dispone que el menor de 14 años no puede

(149) Los Juzgados de Familia pueden conocer de las causas de *menores de edad inferior a 14 años*, remitidas por el Gobernador de la prefectura o por el director de un Centro de consulta de menores. Estos menores deberán ser objeto de medidas de protección encaminadas a garantizar su bienestar. Respecto a los *menores potencialmente peligrosos*, la norma menciona como razones para la adopción de medidas, su propensión a no

ser sancionado penalmente, sino exclusivamente sometido a medidas de protección tramitadas en los Tribunales de familia. Todas las causas en que existan indicios delictivos y aquellas en las que no estando éstos presentes, existen razones por las que los Juzgados de Familia deban entrar a conocer, deberán ser remitidos a los mismos por la policía judicial. El Tribunal de Familia decide si se le somete sólo a medidas de protección, en cuyo caso se sigue una tramitación especial (150), o bien estima que procede aplicar sanciones punitivas, en cuyo caso lo remite al Fiscal (151). Los autores subrayan el transfondo sociológico de las importantes reformas ocurridas iniciado ya el siglo XXI: Un arraigado debate sobre la racionalización de la comprobación de los hechos en los juicios de menores; el sensacionalismo desatado por ciertos incidentes protagonizados por los mismos; el aumento de la delincuencia juvenil; la edad cada vez más baja de los delincuentes y la crueldad mostrada por los mismos; todo lo cual ha despertado la sensibilidad ciudadana por la protección de los derechos de las víctimas (152). A modo de valoración final exponen críticamente la situación bajo la óptica constitucional. El art. 13 de la Constitución nipona establece que todos los ciudadanos serán respetados como individuos, y también

someterse a la guarda de sus protectores, el abandono del hogar sin causa justificada, el relacionarse con delincuentes y personas de dudosa moral, o el frecuentar lugares de mala reputación, así como la propensión a comportarse de manera que atente contra la moralidad propia o la de terceros.

(150) El texto expone con gran detalle la tramitación de las causas de protección, la instrucción de las causas, adopción de medidas de vigilancia en su caso (vigilancia en su domicilio, internamiento en un centro, reclusión en un reformatorio), formalidades del juicio de protección (que debe desarrollarse de manera *pacífica y cortés*, lo que refleja el ideal educativo y asistencial del procedimiento; de modo que el menor infractor tome conciencia y reflexiones sobre su conducta; y a puerta cerrada; a partir de la reforma del 2000, se regula en ciertos casos la intervención del Fiscal en colaboración con el Juez y en representación del interés colectivo para el esclarecimiento de los hechos; así como la intervención de un asistente del menor cuando no cuente con abogado), las medidas que se acuerden mediante auto (el más grave es el internamiento en un centro de menores que puede prorrogarse incluso alcanzada la mayoría de edad) y recursos (*op. cit.*, p. 562-569).

(151) *Op. cit.*, pp. 569 s.

(152) *Op. cit.*, p. 570.

(art. 26.1.) que tienen derecho a recibir en igualdad una educación acorde con su capacidad. La Ley de Menores, cuyo objetivo es el sano desarrollo del menor (art. 1), haciéndose eco de estos principios constitucionales, establece un ideal educativo que debe ser perseguido por la justicia de menores en la aplicación e interpretación de la Ley. El ideal educativo de la justicia de menores es reforzado por la Convención de los Derechos del Niño (*melius*, del Menor) de 1989, al disponer que todas las medidas concernientes a menores deben atender al interés superior del niño, que su educación debe estar encaminado a desarrollar sus capacidades al máximo, y que todo niño sometido a un procedimiento penal tiene derecho a que se promueva su reintegración social para que en el futuro pueda asumir una función constructiva en la sociedad. De aquí deducen los autores (153), el principio de prioridad de las medidas educativas frente a las punitivas en la justicia de menores. Hechos recientes cometidos por menores (154), sin embargo, encendieron aun más el debate nacional sobre la Ley de Menores, incrementándose el número de los partidarios de un endurecimiento del castigo al infractor, latente en la opinión pública. Añádase que el Informe general del Comité de Derechos del Niño de la ONU, en enero de 2004 indicaba que gran parte de las reformas operadas en Japón por la Ley de Menores no se correspondía con los estándares internacionales sobre justicia de menores y con el espíritu de la Convención. Sin embargo, los datos estadísticos publicados por el TS con referencia al periodo 1991-2009, muestran que el número total de causas y el número de reenvíos al Fiscal han disminuido considerablemente, así como la proporción entre ambas, y también se reduce el número de medidas de protección adoptadas y, dentro de estas, el internamiento en centros de menores. Concluyen los autores que no puede decirse que en el último ventenio haya aumentado la criminalidad juvenil, y siguen pensando que el ideal educativo continúa siendo el principio nuclear de la justicia de menores (155).

(153) *Op. cit.*, p. 572.

(154) En 1997, en la ciudad de Kobe, un estudiante de secundaria, de 14 años, asesinó a un compañero suyo decapitándolo y colocando su cabeza a la puerta del colegio (loc. cit.).

(155) *Op. cit.*, p. 574.

E) Derecho procesal penal (156)

A cargo del Prof. Takashi INADA, Catedrático de Derecho procesal penal, Fac. de Derecho de la Univ. de Niigata, y Prof. Francisco BARBERÁN.

Me remito a las observaciones anteriormente hechas a propósito del encuadramiento jusprivatista de esta asignatura en el volumen recensionado, que en la mayoría de países occidentales es de Derecho público. Históricamente en el siglo VII en Japón se institucionaliza la tortura como forma de lograr la prueba de confesión, que sobrevive en la Restauración Meiji. El primer Código moderno de enjuiciamiento criminal se promulga en 1886, elaborado bajo la influencia de Boissonade, con la denominación de *Ley de represión criminal*, reformada en 1890 bajo el nombre de *Ley de Meiji*, en la que sigue predominando la influencia francesa. Con la *Ley de Taishō* de 1922 se adscribe a la doctrina germánica, y reconoce al procesado el derecho a la asistencia letrada y el de guardar silencio, aunque conserva reminiscencias de naturaleza inquisitorial propias del Derecho penal continental. En 1923 se promulga la primera Ley del Jurado, que entra en vigor en 1928 y trajo un importante descenso en el número de condenas, aunque se suspendió su aplicación en 1943. La Constitución de 1946 garantiza varios derechos fundamentales relacionados con el procedimiento penal: Actuación mediante orden judicial (artículos 33 y 35), Asistencia letrada por abogado (artículos 34 y 37), Derecho a guardar silencio (art. 38), Insuficiencia de la confesión como única prueba de cargo, Principio *non bis in idem* (art. 39) y Garantía de un procedimiento justo (art. 31). La actuación de estos principios dio origen a la vigente Ley de enjuiciamiento criminal de 1948, caracterizada por la influencia del Derecho angloamericano, introducción del principio acusatorio e independencia judicial, unidad del escrito de acusación, limitación de la confesión y de la prueba indirecta, y cambio en la instrucción que ya no se dirige por el juez sino por el MF. Pero estos principios han tardado bastante tiempo en cumplirse plenamente, siendo necesarias nuevas reformas parciales culminadas en la promulgación de la

(156) *Op. cit.*, pp. 574-593.

nueva Ley del Jurado (157). Tras la suspensión de la primera Ley del Jurado en 1943 se ha debatido ampliamente la idoneidad de la participación del ciudadano en la administración de justicia, que se plasmó en un Dictamen sobre la reforma del Poder judicial (2001), y la promulgación en 2004 de la *Ley sobre participación ciudadana en el proceso penal*, por la cual se constituye un Jurado colegiado o Escabinado formado por ciudadanos y jueces de carrera, se crea el Abogado de oficio y se establece una fase preparatoria del juicio oral para planificar las sucesivas. Dicha ley ha empezado a aplicarse en 2009, y de momento el porcentaje de casos a que se ha aplicado, apenas si alcanza el 2,5 % de procesos penales; por otra parte, al año siguiente se abolió la prescripción de la acción penal en caso de homicidio y otros de especial gravedad.

La Lecrimjap contempla un tipo de procedimiento penal en el que son las partes quienes deben impulsarlo. El esclarecimiento de la verdad es un objetivo del Derecho procesal penal que implica, a la vez, la necesidad de evitar la condena del inocente. En este sentido, las garantías procesales de un juicio justo, aún a riesgo de resultar en ocasiones un escollo para el castigo del verdadero culpable, resultan irrenunciables a la hora de buscar el esclarecimiento de la verdad, pues *mejor dejar libres a diez culpables que castigar a un*

(157) En la década de 1950 la policía sigue anclada en el sistema precedente, de naturaleza inquisitoria, y la propia jurisprudencia corroborará las prácticas judiciales encaminadas a lograr la confesión del detenido. Diversos procesos penales famosos supusieron graves errores judiciales. En la década siguiente se critica duramente por la doctrina la separación entre el *thelos* y el *ethos* del sistema procesal penal nipón (en aspectos tales como la arbitrariedad en la concesión del derecho de visitas al preso o en la admisión, denegación y práctica de las pruebas). En la década de 1980 se asiste a cambios importantes, y algunas sentencias del TS excluyen las pruebas obtenidas ilegalmente, y se revisan por errores judiciales sentencias condenatorias a pena capital. En 1990 se producen algunos cambios legislativos importantes; así en 1991, con ocasión de una ley especial sobre drogas y otras sustancias prohibidas, se introduce un sistema de investigación tipo *Controlled Delivery*, y en 2000 se promulgan dos leyes encaminadas a reforzar la protección y garantizar los derechos fundamentales de las víctimas (objeto a su vez de discusión pues el derecho que se les reconoce de expresar su opinión durante el proceso penal pudiera llevar a deformar la presunción de inocencia).

inocente (158). Por lo demás, se exponen con detalle las fases del proceso (159), en torno a la instrucción, ejercicio exclusivo de la acción pública por el Fiscal y la prueba, destacando singularmente las Comisiones oficiales para el control de aquél, y la desconfianza legal de la confesión del presunto reo.

E.1.) Temas de actualidad (160)

Se incluyen los siguientes:

Participación de la víctima en el proceso penal. A cargo de Abogado especialista, Kiyhosi INAGAKI, y del Prof. Luis PEDRIZA. En 2004 se aprobó la Ley fundamental sobre víctimas del delito, reformada en 2007, y en 2008 se creó la figura del Abogado designado por el Estado para las víctimas sin suficientes recursos económicos. Se aplica en determinados delitos: homicidio, lesiones con resultado de muerte, abusos sexuales, violación, imprudencia profesional con resultado de muerte, secuestro y detención ilegal, etc. Se ha opuesto la Federación de Abogados aduciendo que este sistema entorpecía el esclarecimiento de los hechos, trastocaba la estructura del juicio penal y situaba al acusado en situación de indefensión. Los autores observan que la ley sintoniza con la opinión pública favorable al endurecimiento de las penas, pero que habrá que esperar a ver sus resultados que habrán de ser compatibles con la superación de la venganza individual.

Falso delito y sistema de revisión. A cargo de los mismos autores. La gran mayoría de solicitudes de revisión de condenas a muerte y de otras graves, se basa con frecuencia en que el interrogatorio del sospechoso por la policía se ha desarrollado de manera intimidatoria y para lograr su confesión, sin presencia de su abogado.

Delitos en el uso de redes informáticas. A cargo de los mismos autores. En gran medida se trata de delitos relacionados con la prostitución infantil través de Internet.

(158) *Op. cit.*, p. 579.

(159) *Op. cit.*, pp. 579-589.

(160) *Op. cit.*, pp. 593-603.

Pena de muerte. A cargo de los mismos autores. Estadísticas de 2009 muestran que el 86,6 % de la población se muestra favorable a su mantenimiento. De 1991 a 2010 se ha incrementado pasando desde 46 a 116, el número de penas de muerte, aunque su ejecución suele prolongarse cuando solicitan revisión de la sentencia (actualmente 4 condenados esperan la ejecución más de 30 años). En la sociedad internacional el abolicionismo es la corriente dominante, pero el gobierno japonés se resiste a integrarse en ella. En diciembre de 2010, la Asamblea General de la ONU adoptó una moratoria sobre las ejecuciones a pena capital, con vistas a su abolición, pero Japón votó en contra.

Comisión de control de la actuación de la Fiscalía. A cargo de los mismos autores. Existen desde 1948 y funcionan 165 en las distintas demarcaciones territoriales de los Tribunales. Se componen de once miembros elegidos por sorteo entre los ciudadanos con derecho a voto, durante seis meses, para el control de las *decisiones de no procesamiento por parte del MF*. Desde el nacimiento de la institución ha intervenido ya en 156.000 casos, de los que 2.300 terminaron con resolución de procedencia de procesamiento, y 15.000 con resolución de improcedencia de no procesamiento. En 2004 se aprobó una ley que ha establecido la fuerza vinculante de dicho acuerdos, cuando se adopten por 8 de los 11 miembros. Se trata, en la actualidad, de un procesamiento obligado o forzoso para el juez típicamente nipón (161).

F) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

En buena medida, bajo este enunciado comprensivo se incluyen materias que el ordenamiento español aloja bajo la cobertura del Derecho del trabajo. Y aunque no hay identidad de situaciones político-económicas, el lector español podrá ver reproducida en estas páginas, sobre todo en materia de SS, vicisitudes que se anticiparon en el Japón con poca diferencia de años, obedeciendo a causas no muy disímiles que las que han originado nuestra profunda crisis de la que, en 2014, intentamos salir.

(161) *Op. cit.*, p. 603.

7.1.) Contratación Laboral (162)

A cargo del Prof. Alberto MATSUMOTO, Especialista en Derecho Laboral y en Derecho de Inmigración y extranjería, del Departamento de español de la Fac. de Lenguas extranjeras de la Univ. de Kanagawa.

Como es habitual, a la hora de enumerar los antecedentes históricos, el autor se remite a la Restauración *Meiji* que supuso una revolución en lo institucional y en lo legal, pues, además de introducir y adaptar las normas occidentales, la prioridad política era construir y reforzar un Estado moderno, organizar un ejército nacional, crear industrias de exportación y abastecer su propio mercado. Como resultado de estas prioridades se generó en muchas fábricas un ambiente laboral con largas jornadas de trabajo en condiciones a menudo muy precarias y peligrosas. Se citan como muestra la Ley de Trabajo fabril de 1911 (con entrada en vigor en 1916), que redujo a 12 horas el horario de trabajo de mujeres y menores, y otra Ley de 1916 que limitó a diez horas el trabajo en las minas. Desde la Iª GM se habían incrementado las protestas sociales y de los agricultores en todo el país, e incluso, por influjo soviético, surgen grupos de estudiantes comunistas. Un embrión de CGT alcanzó en 1936 una afiliación del 7 % del total de trabajadores, hasta que en 1940 se disuelve. Durante la ocupación norteamericana se logra una rápida democratización de todo el sistema político y en diciembre de 1945 se aprueba la vigente Ley de Sindicatos, directamente influida por concepciones norteamericanas, si bien en materia de convenios colectivos la influencia más importante proviene del Derecho alemán. La Ley fue reformada en 1949, y es en esta etapa cuando el Prof. Kichiemon ISHIKAWA –conocido como *padre del moderno Derecho Laboral japonés*– propone introducir importantes mejoras en la legislación laboral hasta entonces vigente. Antes, en 1947 se promulga la Ley del Seguro de Siniestros Laborales. El autor hace una brillante exposición de las normas laborales más importantes (163), en materia de contrato de trabajo, contrato por tiempo indefinido y contrato temporal o de duración determinada, horario de trabajo, salario y retribuciones complementarias, finalización del término contractual y retiro o jubilación

(162) *Op. cit.*, pp. 605-633.

(163) *Op. cit.*, pp. 608-629.

(164), despido y quiebra de la empresa), y llega a una significativa y matizada conclusión (165) : Se puede decir que la legislación laboral de Japón protege al empleador y al trabajador con contrato indefinido de las empresas u organismos públicos que cuentan con importante representación sindical. Los trabajadores temporales, los que trabajan a tiempo parcial, y los indirectos, contratados a través de agencias, integran el marginado sector de la *mano de obra flexible*, que facilita los ajustes en determinadas circunstancias económicas y la reestructuración de las industrias. Esta situación ha sido consentida en cierta manera por los propios trabajadores, ya que con ella pueden obtener, a veces, importantes beneficios fiscales y en el ámbito de la SS. A pesar de la precariedad, hasta hace algunos años no había en Japón especiales dificultades de acceso al empleo, siquiera fuera éste temporal o eventual. Pero la situación actual es más grave. El crecimiento económico se estanca y, aunque también hay indicios de cierta recuperación, no se percibe una alta generación de empleo. Muchos expertos señalan que esta tendencia se mantendrá y que, a pesar de la existencia de sectores que todavía precisan de mano de obra, los salarios no aumentarán, a salvo los de ciertas profesiones de alta cualificación. Dentro de este contexto, en la última década se está intentando proporcionar un ámbito de mayor protección e igualdad a los trabajadores menos estables, al tiempo que se están poniendo en marcha mecanismos de asistencia y de resolución de conflictos individuales más efectivos que aseguren el cumplimiento de las leyes y la estabilidad laboral. En todo caso, es indiscutible que la normativa de posguerra permitió crear un mercado laboral flexible que ha contribuido al sostenimiento de una economía desarrollada y competitiva. Los propios trabajadores, especialmente las amas de casa que trabajan a tiempo parcial, han contribuido a promover este sistema, ya que con él gozan de beneficios fiscales y la exención de ciertos impuestos y de cotización por jubilación (166). Con todo, en

(164) En contraste con el mundo occidental, no existe una edad obligatoria de retiro legalmente establecida, pero lo usual es que se produzca a los 60 años y así se establezca en el Reglamento de empresa.

(165) *Op. cit.*, pp. 629 ss.

(166) La mujer casada con ingresos salariales anuales inferiores 1.030.000 yenes, tiene derecho a seguir figurando como dependiente de su esposo y, en consecuencia, estar cubierta por su seguro médico y tener cubierta su pensión de jubilación como ama de casa, siempre y cuando su

el Japón de hoy se hace indispensable reforzar la protección de los trabajadores eventuales y temporales, pues se han generado enormes diferencias salariales y sociales entre unos y otros, a pesar de realizar el mismo trabajo. A pesar de haber incorporado formalmente la productividad y la capacidad laboral como criterios retributivos, se sigue determinando el sueldo en función, sobre todo, de la antigüedad. Por ello muchos trabajadores japoneses, si pueden, no cambian nunca de trabajo. La Ley de Contrato de Trabajo trata de evitar la aplicación abusiva del Ccjap (por ej. el contrato de obra utilizado en los sectores manufactureros y de la construcción, y también la subcontratación para encubrir el contrato de mano de obra no calificada a través de agencias no autorizadas, que evaden impuestos y cotizaciones a la SS). El autor propugna, en definitiva, que, dentro de la flexibilidad de la contratación temporal, se contemplen mejor las garantías de indemnización por despido, se corrijan las injustas y anticuadas desigualdades en las condiciones laborales existentes entre fijos y temporales, entre hombres y mujeres, entre trabajadores de edad avanzada y el resto, etc. (167) Por otro lado se constata estadísticamente que la sociedad japonesa cuenta con mucha mano de obra calificada, con experiencia en muchas especialidades y con un gran número de personas deseando trabajar a tiempo parcial o poder cambiar más fácilmente de trabajo.

marido cuente con un contrato laboral relativamente estable a efectos de cotización en la SS; en este caso la esposa tributa por la porción de impuesto sobre la renta y por los impuestos municipales (*op. cit.*, p. 630). Más adelante recuerda el autor que junto al crecimiento económico sostenido, ha habido significativos repartos de ganancias en las empresas, por la vía de bonificaciones y primas especiales, ninguna de ellas obligatoria por ley, creando así un entorno laboral en el que se producen pocas reclamaciones y cuya precariedad es, a menudo, más aparente que real pues muchos de los trabajos a tiempo parcial constituían únicamente un medio para que millones de trabajadores pudieran disponer de un empleo remunerado sin necesidad de cotizar a la SS ni de tributar por él (*loc. cit.*, p. 632).

(167) Loc. últim. cit.

F.2.) Seguridad Social (168)

A cargo del Profesor Fuminobu OKABE, Catedrático del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Fac. de Derecho de la Univ. de Soka (Tokio), y de la Doctora Etsuko ASAMI, Investigadora del Dep. de DIP de la Univ. Complutense.

Los autores bajo el indispensable enunciado del desarrollo histórico del sistema de SS, se ocupan de la etapa de políticas de asistencia social con la promulgación de la Ley de Asistencia Social de 1946; del establecimiento de dicho sistema como desarrollo del precepto constitucional según el cual *todos los ciudadanos tienen derecho a mantener un nivel mínimo de vida saludable y cultural* (169); de la etapa de su reforma (motivado por el envejecimiento poblacional a partir de 1970, y el estancamiento de la economía a raíz de la crisis del petróleo) manifestado en el sistema del copago (a partir de 1984) incluso para personas de edad avanzada y en el establecimiento de las pensiones estatales como básicas que se completan con las laborales, fijándose en 65 años la edad para recibir pensión de jubilación (1994); y, finalmente, de la etapa actual que se califica de profunda reflexión sobre el mismo, y que se describe así (170): “Uno de los problemas más importantes a los que se enfrenta la sociedad japonesa es el envejecimiento de su población y la cada vez más baja tasa de natalidad. Gracias a la burbuja económica de los años 80, Japón entró en una etapa de bonanza económica inaudita, aunque posteriormente, en la primera mitad de los 90, la economía japonesa empeoró drásticamente, afectando ello tanto a las finanzas estatales como a la vida cotidiana de los ciudadanos [...], y el gobierno se vio obligado a llevar a cabo una revisión con tres enfo-

(168) *Op. cit.*, pp. 605-662.

(169) La Declaración gubernamental de 1959 lo define como un sistema que posibilita a todos los ciudadanos llevar una vida digna, estableciendo garantías económicas, a través de seguros a cargo del presupuesto público en beneficio de los ciudadanos en situaciones de enfermedad, lesión, parto, discapacidad, fallecimiento, vejez, desempleo, familia numerosa, u otras situaciones potencialmente generadoras de pobreza o necesidad, asegurando también un nivel mínimo de bienestar a los más necesitados mediante la provisión de ayudas estatales y planificando la mejora de las condiciones de salud pública y bienestar social.

(170) *Op. cit.*, págs. 636 s.

ques: en primer lugar, buscar la forma de promover la autonomía personal en esta materia; segundo, separar las funciones entre lo privado y lo público; y tercero, fomentar la iniciativa del sector privado mediante la desregulación. En otras palabras, el gobierno tuvo que afrontar la destrucción del equilibrio generacional de su composición demográfica, así como el desequilibrio entre los gastos de SS y la estructuración de las ayudas sociales [...]. El Sistema de SS actualmente en vigor se basa en tres pilares principales: asistencia social, bienestar social y seguros sociales. Con ello en los últimos años la carga se ha trasladado desde las políticas de bienestar a las de seguros sociales en su primera faceta, que consta de cinco modalidades (Seguro de Accidentes Laborales, Empleo, Asistencia sanitaria, Pensiones y Atención a la dependencia). Hoy en día [...] se considera como un tema de mayor urgencia realizar la valoración global del sistema de SS en su conjunto, a través de la valoración global individualizada de cada una de las áreas que lo integran". Esta última es la misión que se han propuesto los autores en una exposición viva, documentada y dinámica, finalizando cada uno de los puntos con *perspectivas y retos*, no pocas veces reiterados, pero en cuyo detalle no es posible entrar. Sí estimo de valor informativo para el lector español el apartado referente a *Perspectivas de futuro y problemas del Sistema de Seguridad Social* (171), de indudable matiz realista y tenor más bien pesimista: "Japón cuenta con una tasa de envejecimiento superior al 20 %. Ello convierte a la japonesa en una de las sociedades más envejecidas del planeta y el problema, al parecer, tiende a agravarse aún más. Efectivamente, según investigaciones del Ministerio de Interior y Comunicaciones y del Instituto Nacional de la población y de Seguridad Social, el número de menores y el de trabajadores en activo empezó a descender en 1978 y 1995, respectivamente. Por el otro extremo, se espera un crecimiento continuo de la población de edad avanzada hasta el año 2043 (en el año 2025 el número de familias integradas por personas mayores superará el 30 % del total). Se espera igualmente que disminuya la tasa de ahorro en los presupuestos domésticos a medida que vaya avanzando el envejecimiento de la sociedad y, a la vista de esta situación, lo previsible es que la capacidad de oferta de la macroeconomía global también se reduzca, resultando ello en

(171) *Op. cit.*, p. 661 y s.

una bajada del nivel de vida de los ciudadanos en general. A todo ello hay que unir el hecho de que uno de los problemas patológicos del Japón actual es el gran déficit presupuestario de su Estado, que supera ya los 800 billones (*sic!*) de yenes. Si esta situación de baja tasa de natalidad combinada con alta tasa de envejecimiento sigue avanzando, en la práctica y desde el punto de vista del ajuste financiero global, es de prever que la necesidad de mejorar los sistemas sanitarios y de asistencia de larga duración aumente. Sin embargo, es posible que, en el futuro, al acometer una revisión integral del sistema japonés de SS, llegue un momento en que no haya más remedio que reducir la calidad de los servicios. La economía y el empleo se deterioran en Japón a pasos agigantados. La situación social en cuanto al empleo también ha cambiado radicalmente. Actualmente el número de desempleados y de personas sin techo ha crecido alarmantemente, al tiempo que la desconfianza y el pesimismo cunden entre los japoneses. En definitiva, muchos ciudadanos no encuentran ningún elemento positivo que les proporcione esperanzas de restablecer su base económica de cara al futuro. En estas circunstancias el Gobierno se ha marcado, como uno de los ejes principales de su política *la reforma íntegra del sistema de SS e impuestos*, aunque su destino se encuentra todavía hoy en una situación opaca e incierta”.

F.3.) Temas de actualidad (172)

Ley de asistencia a la independización de los sin techo (173) El de los sin techo viene siendo en Japón un grave problema social desde la segunda mitad de la década del 1990, cuando confluyeron las dificultades para encontrar trabajo por causa de la recesión de larga duración debido al estallido de la burbuja económica en esa época, los despidos masivos a consecuencia de las estructuraciones y los altos niveles de desempleo derivados de la quiebra de empresas. Todo ello causó un alarmante incremento del número de ciudadanos que se vieron obligados a vivir en la calle. Muchas de estas personas tampoco podían ser beneficiarias de servicios sociales y ayudas

(172) *Op. cit.*, pp. 663-674.

(173) A cargo del Prof. Fuminobu OKABE y de la investigadora Etsuko ASAMI.

públicas por carecer, incluso, de identificación. Al mismo tiempo se detectaba un sentimiento de malestar social en contra de los sin techo, ya que algunos de ellos ocupaban las instalaciones públicas, impidiendo al resto de los ciudadanos hacer un uso normal de las mismas. Se señalaron como objetivos, entre otros, la implantación de un sistema que posibilitara la independización económica de los sin techo y la consecución de un empleo estable, el acceso a una vivienda para los dependientes, el mantenimiento de la seguridad ciudadana, etc. La Ley entró en vigor en agosto de 2002, por un plazo de diez años, prorrogado hasta agosto de 2017. Se trata de una ley breve, pues consta de 14 disposiciones generales y tres complementarias. A juicio de los autores se trata de una de las leyes más peculiares del mundo por su contundencia y firmeza al problema de los sin techo (174). Su objetivo principal es solucionar los problemas de estas personas implementando las medidas necesarias para ello, sin olvidar la consideración hacia los derechos humanos, contando con la comprensión y la colaboración del resto de la comunidad y precisando las responsabilidades del Estado y de los entes locales en relación con este tipo de asistencia. El plan se centra en la generación de oportunidades de empleo, el ofrecimiento de servicios de consulta y orientación, el ofrecimiento de alojamiento temporal, la provisión de productos básicos y otros tipos de ayuda material, el otorgamiento de la protección derivada de la Ley de asistencia pública, la mejora de las condiciones de vida de la comunidad y la preservación de su seguridad. Los autores critican, sin embargo, el art. 11 de la Ley que otorga a los administradores de las instalaciones públicas facultades para restablecer el uso adecuado de las mismas (en caso, por ej. del uso de un parque público, entienden que no se le puede obligar a abandonarlo, ya que también ellos tienen derecho a usarlo, si no se les proporciona un alojamiento; el desmantelamiento forzoso de campamentos –en su opinión– ha de ser el último recurso a utilizar estando respaldado por un sistema sustitutivo de asistencia adecuado), y propugnan una interpretación de dicho precepto conforme con los derechos humanos.

(174) Loc. cit., p. 664.

Trabajo a tiempo parcial (175). En general, los trabajadores a tiempo parcial no tienen la oportunidad de afiliarse al sistema de seguro de empleados cuyas cuotas se pagan a medias con el empleador. Aquellos, en cambio, deben utilizar un sistema alternativo enteramente a su costa. En el Japón actual, los trabajadores a tiempo parcial ya no son necesariamente mano de obra complementaria; por otra parte, la carga de trabajo se ajusta y distribuye en función de la cantidad de horas extraordinarias trabajadas por los empleados a tiempo completo. La carencia de normas que prohíban el trato discriminatorio hacia los trabajadores a tiempo parcial, están contribuyendo a la discriminación por razón de sexo, ya que, en la práctica, las mujeres optan por dejar el trabajo al tener el primer hijo hasta que tiene edad escolar (6 años), y al intentar reincorporarse ya no encuentran ofertas de empleo a tiempo completo sino que deben optar por el tiempo parcial, que está mal tratado por la ley.

Sistema de pensiones (176). Tras diversas vicisitudes legales, en 1985 se lleva a cabo una profunda reforma del sistema de pensiones públicas basado: 1) en un sistema de pensiones básicas común para todas las modalidades; 2) se introduce la denominada *estructura de dos pisos*, diseñada para acoger a los empleados del sector privado, los funcionarios públicos y otros, consistente en la prestación de *pensiones vinculadas a los ingresos*, como las laborales o las mutuales, y cuya finalidad es servir de complemento a la pensión básica; y 3) se incorpora a los cónyuges a cargo de los empleados de sector privados y de los funcionarios públicos. En 1996 se elevó de 60 a 65 años, la edad para percibir la parte fija de la pensión laboral si la hubiera. El problema más grave es el deterioro de la situación financiera de las pensiones estatales, por el incremento del número de personas que no cotizan, mientras son seguras para los trabajadores de empresas privadas, funcionarios y otros. En 2007 se produjo un grave incidente, denominado popularmente como *pensiones en el aire*, debido a la desaparición masiva de los registros de afiliados llevados en soporte papel, lo que incrementó la desconfianza de los

(175) A cargo de Gen ŌISHI, Prof. Titular del Instituto Tecnológico de Kushiro (Hokkaido) y especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y la Investigadora Etsuko ASAMI.

(176) Los mismos autores que el tema de actualidad anterior.

ciudadanos, y que hizo perder en el mismo año las elecciones al Senado al Partido Liberal Democrático. En 2008 se acordó la subida de cuotas para el año 2017, así como la aportación estatal, desde un tercio a un medio. El objetivo del gobierno con estas medidas es que la mitad de las prestaciones se sufraguen con el 50 % de los ingresos obtenidos de los trabajadores en activo (177).

Representación familiar y contrato de servicios de dependencia (178). El sistema de seguros de prestaciones de atención a la dependencia se introdujo en el sistema de la SS, y se financia con las aportaciones que los asegurados abonan a través de aseguradores municipales. Cuando el asegurado precisa usar de alguno de los servicios de atención a la dependencia, formaliza un contrato con alguna de las operadoras designados por la Administración. Pero es un contrato especial porque el asegurado no siempre está en el pleno uso de sus facultades, por lo que, en ocasiones, son los familiares quienes firman el contrato en su representación sin que se conozca siempre el alcance de ésta. Puede haber un conflicto de intereses entre el solicitante y sus familiares, sin que pueda olvidarse que tradicionalmente la asistencia a los mayores se ha considerado una obligación moral tácita y la externalización del servicio conlleva una menor carga económica. Puede ocurrir que el contrato se concierte en interés de la familia. Por todo ello, no siempre puede considerárseles a los familiares representantes equitativos que actúan en beneficio de su representado. Al aprobarse la Ley en 1995 se declaró que el principio básico del nuevo sistema era apoyar socialmente a las personas mayores, respetando sus deseos, para que puedan vivir de manera independiente y disfrutando de una buena calidad de vida. De ello se deduce que, en principio, sea el propio dependiente quien concierte el contrato, al tiempo que se instaure una obligación de clarificar la posición de la familia. En caso de resultar obvio que la familia ha ignorado la voluntad del interesado al contratar, o exista un conflicto de intereses, podría acudir a la figura de la tutela de mayores para obtener que los mayores han

(177) Op. cit. pág. 671.

(178) A cargo de la Profesora Madoka MIWA, Titular de Derecho de la Seguridad Social, de la Fac. de Ciencias Políticas de la Univ. de Nanzan (Nagoya), y de la Investigadora Etsuko ASAMI.

tomado la decisión por voluntad propia, admitiendo la participación o el asesoramiento de los funcionarios de bienestar de su municipio, o designando un tutor civil (179).

G) Legislación Antimonopolio (180)

A cargo de las Profesoras Mari SUSA, Titular de Derecho de la competencia, de la Fac. de Derecho de la Univ. de Kumamoto, y Ana María GOY YAMAMOTO, Profesora Asociada de economía y cultura empresarial de Japón, de la UAM.

Antes de la II.^a GM prácticamente casi todas las industrias clave del Japón estaban organizadas en forma de cárteles que, durante la etapa bélica, se integraron dentro de las Asociaciones de control, entidades encargadas de la supervisión económica por parte del Estado. Los grupos empresariales denominados *Zaibatsu* –generalmente de carácter vertical, controlados por capital familiar surgidos tras *Meiji*– dominaban completamente la economía nipona, con el apoyo del Estado para hacer frente a los desiguales tratados comerciales internacionales del siglo XIX. Pero después de la derrota, el Japón ocupado por la SCAP (*Supreme Commander for the allied Powers*) democratizó la economía, disolviendo los *Zaibatsu* –los cuatro grandes con sus empresas filiales controlaban la cuarta parte del capital de todo el país–, redujo la concentración del poder económico y abolió las Asociaciones de control y preparó el terreno para la Ley antimonopolio de 1947, de carácter muy estricto, suavizado en 1949 y 1953. Cambió luego el panorama económico del país al entrar en un largo periodo de crecimiento económico, que produjo el estancamiento de aquella Ley. Paralelamente a la liberalización del comercio y a la internacionalización de la economía, y bajo el

(179) *Op. cit.*, p. 674.

(180) Conviene advertir que en la obra recensionada se abre este apartado con el enunciado general de *Derecho de la empresa*, aunque de lo que se trata efectivamente es de la legislación antimonopolio y de la propiedad intelectual. La primera tendría encaje más apropiado en el anterior apartado C) *Derecho mercantil*, en tanto que la segunda es costumbre incluirla entre las *Propiedades especiales* que las obras civilistas estudian a propósito de los Derechos Reales. Por lo demás, ambas materias suelen considerarse de naturaleza privada en la doctrina occidental, como lo hace la obra recensionada.

paraguas del fortalecimiento de la competitividad internacional de la industria japonesa, se gestaron las fusiones de empresas a gran escala que más tarde se convertirían en elementos restrictivos de la libre competencia, junto al desarrollo de potentes oligopolios. Todo ello obligó a revisar la Ley en 1977 para reforzarla con medidas contra los cárteles y los oligopolios avanzados. Así se ha promulgado la Ley Básica sobre la actividad económica dirigida a mantener la disciplina de la libertad económica; en el sector de los servicios públicos, como resultado de la reforma en la década de 1990 se extendió la aplicación de la Ley antimonopolio a una gran parte de los sectores regulados.

El objetivo de la Ley según su art. 1, es promover la justa y libre competencia, junto con la protección del beneficio e interés general del consumidor, promoviendo el desarrollo integral, sano y democrático de la economía nacional. Para lograr este objetivo se crea una *Japan Fair Trade Commision* (JFTC), cuya sede radica en Tokio, en la que se establece la Secretaría general, además de cinco Secretarías generales locales distribuidas en otras regiones. Se trata de una Agencia gubernamental, encargada de informar directamente al Gabinete, por encima de la Administración del Estado, garantizando así la independencia de su actuación. Consta de un Presidente y cuatro Comisarios.

La Ley prohíbe determinadas conductas del empresario, que el art. 19 describe como prácticas comerciales injustas (181). La fusión o la absorción empresarial no es en sí misma un acto de concentración prohibido, sino únicamente aquellas concentraciones que, a partir de una determinada dimensión, supongan una limitación a la libre competencia y se estimen perniciosas por la Comisión en un determinado mercado. Curiosamente el art. 2.7. establece que una empresa en situación monopolística, aun cuando no estén cometiendo ninguna infracción de la Ley, puede dar lugar a que la Comisión adopte medidas necesarias, ordenando incluso la desinversión

(181) Son las siguientes: a) prácticas discriminatorias; b) política injusta de precios; c) prácticas o sistemas injustos de coerción en el comercio y de abuso a consumidores; d) comercio con limitaciones o términos restrictivos; e) abuso de posición dominante en la negociación; y f) interferencia en actividades de la competencia.

o escisión de la misma para restablecer la competencia (182). La Comisión puede adoptar medidas administrativas (multas u órdenes de cesación de la actividad), civiles (ejercidas por los perjudicados para reclamar daños y perjuicios) e, incluso, penales.

En cuanto a consideraciones *de lege ferenda*, las autoras estiman (183) que la Ley Antimonopolio se ha convertido en la práctica en una norma básica sobre actividades económicas, y que las reformas efectuado han contribuido a su buena reputación, no obstante lo cual proponen reformas concretas y, sobre todo, proseguir con las discusiones de la Ronda de Doha de la OMC en pro de la cooperación internacional para resolver más eficazmente los problemas que surgen en este campo.

H) Propiedades especiales (184)

A cargo de los Profesores Yoshiaki NISHIDA, Catedrático visitante de Derecho procesal civil, Escuela de Práctica Jurídica de la Univ. de Seikei (Tokio), Presidente de la Sec. de Propiedad Intelectual del Tribunal Regional de 1.^a Instancia de Tokio y Presidente de la Sala de lo Civil de la AT de Tokio; y del Prof. FRANCISCO BARBERÁN.

Aunque el volumen recensionado habla en singular de *Propiedad intelectual*, en realidad se da al término un sentido amplio abarcando lo que, convencionalmente, denominamos *Propiedades especiales*, en la doctrina española.

La primera norma moderna nipona sobre propiedad intelectual apareció en 1868 promulgándose al año siguiente un reglamento para regular los derechos de los editores y supervisar el contenido de las publicaciones; en 1874 se reglamentó la protección de las obras fotográficas. Sucesivamente aparecen los relativos a la protección de las marcas comerciales (1884), y de las invenciones (1885), con numerosas reformas posteriores. A partir de 1899, y debido a la adhesión de Japón a diversos Convenios internacionales, se promulgan diversas normas que permiten afirmar que el

(182) En la práctica no se ha aplicado ni una sola vez, por lo que algunos la ridiculizan como la espada sagrada que nunca se desenvaina, mientras que otros autores la juzgan favorablemente (*op. cit.*, p. 687).

(183) *Op. cit.*, pp. 691-694.

(184) *Op. cit.*, pp. 694-722.

corpus legislativo sobre propiedad intelectual japonés en sentido amplio resultaba en la época equiparable al existente en la mayoría de países occidentales. En 1959 se promulgan cuatro nuevas Leyes sobre Patentes, Modelos de Utilidad, Diseños industriales y marcas, quedando derogadas las anteriores. En 1970 se sustituye también la Ley de derechos de autor. En 2002 vio la luz la Ley General de Propiedad Intelectual, completada en 2005 con un órgano jurisdiccional específico (la Sala de Propiedad Intelectual de la AT de Tokio).

Según los autores (185) *la propiedad intelectual que la Ley define puede dividirse en tres grupos*: a) Invenciones, ideas, nuevas especies vegetales, diseños industriales, obras literarias, artísticas, científicas y demás productos generados por la actividad creativa humana (incluidos los descubrimientos y explicaciones sobre fenómenos y leyes de naturaleza susceptibles de aprovechamiento industrial); b) Marcas, nombres comerciales y demás denominaciones de productos comerciales o servicios empleadas en las actividades empresariales; c) Secretos industriales y demás información técnica o comercial útil para la actividad empresarial. La Ley define lo que considera *derechos de propiedad intelectual*, clasificándolos en dos tipos: a) Derechos relativos a la propiedad intelectual establecidos por las leyes (como los de autor, sobre patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, etc.), y b) Derechos relativos a bienes jurídicamente protegidos relacionados con la propiedad intelectual. De aquí el siguiente punto de partida expositivo: “La Ley General de Propiedad Intelectual distingue entre *propiedad intelectual*, un amplio concepto del que no se cuestiona si es merecedor o no de protección jurídica, y, dentro de él, los denominados *derechos de propiedad intelectual*, que son los derechos que sí se consideran merecedores de protección” que le sirve de criterio de exposición (186), cuyas líneas generales sigo:

(i) *Derechos de propiedad intelectual en relación con los bienes generados a consecuencia de la actividad creativa del ser humano*: a) Derechos de patente; b) Derechos sobre modelos de utilidad; c) Derechos sobre diseños industriales; d) Derechos de autor, re-

(185) *Op. cit.*, pp. 695 s.

(186) *Op. cit.*, pp. 696-701.

gulados por una ley específica, siendo su objeto de protección las obras literarias, científicas, artísticas y musicales, comenzando la protección desde el momento mismo de la creación sin necesidad de solicitud ni de inscripción registral, siendo su duración general de 50 años tras la muerte del autor; e) Derechos del obtentor sobre nuevas variedades vegetales; f) Derechos de explotación sobre diseños de circuitos electrónicos; g) Derechos sobre la configuración, diseño y morfología de artículos comerciales, durante tres años desde la salida a la venta.

(ii) *Derechos de propiedad intelectual en relación con la denominación de productos comerciales y servicios utilizados en actividades empresariales*: a) Derechos sobre marcas (el plazo de protección es de diez años a contar desde la inscripción, siendo renovable indefinidamente) (187); b) Derechos sobre nombres comerciales; c) Denominaciones de productos y actividades protegidos por la Ley de competencia desleal (denominaciones de productos o actividades extremadamente famosos, que se protegen aun cuando no estén registradas, ni inscritas; denominaciones conocidos por un amplio sector de consumidores y usuarios, en iguales condiciones; denominaciones relacionadas con actividades profesionales, como los dominios de Internet, sin registro ni inscripción).

(iii) Derechos de propiedad intelectual sobre secretos comerciales u otra información de carácter comercial o técnico, relevante para el desarrollo de actividades empresariales (por ej. los obtenidos en ensayos o experimentos). (188)

(187) En 2009 se presentaron en Japón aproximadamente 110.000 solicitudes de registro de marcas, de las que resultaron aprobadas unas 108.000.

(188) Suscitan dudas los nombres y diseños de caricaturas o personas populares de ficción (por ej. Mickey Mouse, Mumin), el derecho a la propia imagen (que no se había considerado derecho de la personalidad en STS de 2004, aunque ha cambiado de criterio en STS de 2012), y los diseños tipográficos (una STS de 2000 exigió clara originalidad y peculiaridades estéticas que les hagan merecedores de protección, negándolos en el caso concreto; lo que parece un criterio restrictivo de admisión).

Para un estudio más detallado del sistema japonés de patentes y de los derechos de autor, así como los Temas de Actualidad se remite a la obra recensionada (189).

5. Colofón

No resulta fácil poner punto final a tan extensa recensión de una obra en español sobre Derecho extranjero, aunque he anticipado ya mis valoraciones de la misma. No dudo de que sea merecedora de calificarla de *monumental* por la considerable aportación de datos jurídicos que aporta, no obstante debe resaltarse su manejable dimensión que apenas excede de 700 páginas. Resulta ser, a lo que conozco, *única* en su género dentro de la bibliografía jurídica hispana, y probablemente más *excelente* que obras similares existentes en otros idiomas occidentales por el enormemente práctico *Anexo final sobre Acceso a fuentes jurídicas sobre Derecho japonés*, dividido en dos apartados, uno sobre la información jurídica en medios impresos (obviamente, para lectores que ya manejan la lengua), y otro, singularmente útil mediante Internet, dirigido también, y sobre todo, a los de habla hispana, así como a ingleses, portugueses, rusos, italianos, holandeses y algunos asiáticos. (190)

Comparativamente, como anteriormente expuse, la obra resulta un ejemplo paradigmático de circulación mundial de sistemas jurídicos. Lo singular del caso es que en Japón no se recibe exclusivamente ni el *Civil Law*, ni el *Common Law*; tampoco se recibe un sistema mixto, como ocurre en Puerto Rico o en Filipinas. Es a modo

(189) *Op. cit.*, pp. 704-714, y 714-722, respectivamente. Los Profesores Mari SUSA y Francisco BARBERÁN, desarrollan los temas: *Premios injustificados e indicaciones engañosas* (p. 722-725), y *Enfermedad de Minamata* (pp. 725-727), y F. BARBERÁN, *Regulación japonesa de las aguas termales* (pp. 727-730).

(190) Podemos comprobar que en Internet la lengua inglesa está prácticamente equiparada a la nipona a efectos de información, y que hay hasta 16 diferentes organismos públicos nipones que pueden hacerlo en español, 15 en portugués, seis en ruso, cuatro en francés, tres en holandés y uno en italiano. Naturalmente, además de dirigirse a la Embajada española de Tokio, es extremadamente útil poder hacerlo en nuestro idioma al Sitio de la Web Oficial y al Canal Youtube de la benemérita Asociación de Estudios de Derecho Hispánico de Japón.

de una *recepción acumulativa* que se verifica a lo largo del tiempo; inicialmente, en la segunda mitad del siglo XIX, Japón se abre fundamentalmente a los Derechos francés y alemán; después de la derrota sufrida en la II.^a GM, experimenta una gran influencia norteamericana, especialmente -aunque no exclusivamente- en el ámbito del derecho público. Pero la obra recensada no se pronuncia sobre el sistema resultante de la recepción, sino sobre el hecho de haberse producido y acerca de las perspectivas de futuro. Hay que decir que el caso nipón no es el único de recepción de modelos extranjeros en Asia. En el tiempo, probablemente le precede la recepción en Filipinas del Derecho español, y en los territorios portugueses de Asia (especialmente Goa y Macao, aunque también Timor) respecto del Derecho luso, así como la del Derecho holandés en Indonesia; silenciosamente se está produciendo ahora en el régimen comunista de Vietnam la recepción del Derecho francés; sin olvidar la temprana recepción del Derecho alemán que efectuó la primera República china, y que ha heredado Taiwán por un lado, y mediatamente tras muchas vicisitudes, el régimen comunista chino. Pero la importancia de que el fenómeno se haya producido en el País del Sol naciente, una gran potencia económica, no sólo asiática sino mundial, rodean de singular expectación al desenlace que tenga lugar en el caso nipón.

Por todo ello no vacilo en calificarla de una joya bibliográfica (191).

(191) Cuya presentación material es muy cuidada, mérito sin duda de Thomson Reuters Aranzadi, y la corrección y unificación de cuyo lenguaje se ha logrado pese a inevitables repeticiones, y algún perdonable neologismo. Naturalmente los sugestivos aspectos de lingüística comparada quedan fuera de mi propósito.

EL DAÑO MORAL CAUSADO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

M.^a Dolores Moreno Marín

Facultad de Derecho y CCEE
Universidad de Córdoba

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA CONFIGURACIÓN DEL DAÑO MORAL
 - 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGALES
 - 2. CONCEPTO DE DAÑO MORAL
 - 3. LA CUESTIÓN SOBRE SU REPARACIÓN
 - A) FUNCIÓN DE LA REPARACIÓN
 - B) PRUEBA DEL DAÑO MORAL
 - C) DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN
- III. EL DAÑO MORAL CAUSADO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
- IV. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA SENTENCIA DEL TS DE 19 ENERO DE 2010
- V. CONCLUSIONES

Resumen: El trabajo pretende resaltar la importancia que tiene en la actualidad el dar con una definición de daño moral que sea comúnmente aceptada por doctrina y jurisprudencia, puesto que el tratamiento que se viene haciendo del mismo, está desfigurando por completo su sentido. Dos cuestiones son las que principalmente llevan a esta situación: la amplitud del concepto y que su valoración se deje al arbitrio del juez.

Es por ello que un concepto estricto, refiriéndose el mismo como un perjuicio psicológico derivado de la lesión a un bien de la personalidad, facilitaría las cosas.

Por otra parte, se analizará el supuesto en el que una persona con discapacidad sufra algún daño moral, llegándose a la conclusión de que toda persona independientemente de que tenga limitada su capacidad, debe ser resarcido por daño moral en el caso de que lo sufra. Existen ciertos derechos esenciales e inherentes al ser humano que pueden tener manifestaciones tanto físicas (vida, integridad física) como morales (honor, intimidad, propia imagen) y que le pertenecen independientemente de sufrir alguna discapacidad y ello aunque no sea consciente de la afrenta a la que haya podido estar sometido. Finalmente, se abordará el tema desde un punto de vista jurisprudencial haciendo un juicio crítico sobre el tratamiento que se hace sobre este asunto.

Abstract: This paper aims to highlight the importance that nowadays has to give a definition of moral damage to be commonly accepted by doctrine and jurisprudence, since the treatment that has been given up till now, is distorting completely its meaning.

There are two issues which principally lead us to this situation: the breadth of the concept and that its assessment is left to the discretion of the judge.

That is why a strict concept, referring itself as a psychological harm resulting from the injury to a well of the personality, would facilitate things.

On the other hand, we will look at the event in which a disabled person would suffer some moral damage, leading to the conclusion that any person regardless they have limited their ability, should be reimbursed for moral damages in case they suffer it. There are certain essential and inherent rights to the human being that can have both physical (life and physical integrity) and moral (honor, intimacy, self-image) manifestations and that belong to him regardless suffering a disability and this even when it is not aware of the affront to which he could have been submitted. Finally, the topic will be addressed from a practitioner's point of view making a critical judgment on the treatment that is done on this matter.

Palabras claves: Daño moral. Discapacidad. Indemnización.

Keywords: Moral damage. Disability. Compensation

I. INTRODUCCIÓN

Con este trabajo pretendo analizar el daño moral ocasionado a las personas con discapacidad a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

El Ordenamiento Jurídico proporciona todos los mecanismos necesarios para la protección de los denominados derechos de la personalidad, que son aquellos vinculados a la esfera más íntima de la persona y que vienen reconocidos como Derechos Fundamentales por nuestra Constitución Española.

Estos derechos tienen como características principales el ser esenciales, absolutos, inherentes, imprescriptibles e indisponibles por su titular, lo que los diferencia de otros derechos que tienen un carácter patrimonial.

Para un análisis preciso de esta materia partiremos de los precedentes históricos y legales del daño moral en nuestro derecho y profundizaremos en la cuestión de su concepto y reparación.

Una vez sentadas estas ideas, abordaremos el tema concreto que lleva por título este trabajo y dedicaremos un apartado específico a la reparación del daño moral y la doctrina que sobre ello viene estableciendo el Tribunal Supremo en estos últimos años.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL DAÑO MORAL

1. Antecedentes históricos y legales del daño moral

Si nos remontamos a los orígenes históricos y legales de la materia, podemos llegar a afirmar que la reparación de los bienes e intereses de carácter no patrimonial ha sido una cuestión regulada a lo largo de la historia.

En este sentido, si hacemos un análisis cronológico de los precedentes históricos y legales hasta nuestros días distinguimos las siguientes etapas:

A) La Antigüedad

El primer conjunto de leyes de la historia es el Código de Hammurabi (1), en él se castigaban con la Ley del Talión los delitos corporales graves contra la vida y la propiedad de los ciudadanos libres.

La célebre frase "ojo por ojo, diente por diente" que se recoge en la citada leyenda enseguida la asociamos a la venganza, pero la realidad es bien distinta. Como han apuntado estudiosos en la ma-

(1) Código de Hammurabi, año 1950 a. C.; arts. 116, 195 a 214 y 230.

teria, estamos acostumbrados a pensar que esta fórmula inspirada en la legislación babilónica es la expresión máxima de la dureza y la ausencia de piedad, pero en realidad la Ley del Talión fue una de las primeras limitaciones al sistema de la venganza y a la intensidad del castigo infligido. El propio término "Talión" deriva de un adjetivo latino "*talis-tale*" que significa igual o semejante, y hace referencia a la proporción que debían guardar el castigo y el delito.

Existen similitudes entre la Ley Mosaica y ciertas leyes del Código de Hammurabi, por lo que se ha llegado a afirmar que los hebreos derivaron su derecho del babilonio (2).

B) Derecho romano

Con el término "*iniuria*", se entendía en Derecho romano todo acto que carecía de derecho, pero se refería de manera más específica al delito de lesiones inferidas a la integridad personal, tanto física como moral, de las personas libres (3). Era a través de la *actio iniuriarum* como se protegían determinados bienes de naturaleza no patrimonial y el juez era el que fijaba la pena en atención a las circunstancias del acto y a las personas afectadas por el mismo.

Dice el profesor D'ORS que la estimación de la pena no puede referirse a un daño material, ni siquiera cuando se trata de lesiones corporales, pues la integridad corporal de una persona libre es algo inestimable, sino a la ofensa moral producida por la injuria (*contumelia*), y de ahí que aumente la cuantía en proporción a la dignidad de la víctima, gravedad del escándalo, etc. El juez solía aceptar la estimación que hacía el mismo ofendido, salvo en los casos de mayor gravedad de la lesión o de sus circunstancias (*iniuria atrox*), en los que el Pretor solía introducir una *taxatio* a la *condemnatio* de la fórmula y el juez aceptarla para la condena (4).

(2) Dicha ley aparece citada varias veces en la Biblia, por ejemplo en el Éxodo 21:23-25: "... Si se siguiese la muerte, pagará vida por vida; y en general pagará ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura herida por herida, golpe por golpe".

(3) Véase D.47, 10, 1 (Digesto de Justiniano).

(4) D'ORS, A. y X.: *Derecho privado romano*, 9.^a ed., EUNSA, Pamplona, 1997, p. 439-440.

C) Derecho histórico español

En las Partidas de Alfonso X podemos destacar en la ley 1, título 15.º, de la Partida 7.ª, bajo la rúbrica *"De los daños que los omes, o las bestias fazen en las cofas de otrode qual naturaleza quier que fean"*, la definición de daño como *empeoramiento o menoscabo, o destruymiento q omerescibe en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro*.

En el Código Alfonsino se contienen referencias a los derechos personales, en concreto al derecho al honor. En la ley 21, título 9.º, de la Partida 7.ª, se decía: *"cualquier que reciba tuerto o desonrra, que pueda demandar en una destas dos maneras, qual mas quisiere. La primera que paga el que lo desonrra, enmienda de pecho de dineros. La otra es en manera de acusación pidiendo que el que le fizo el tuerto que sea escarmentado por ello. E la una destas maneras se tuelle por la otra; porque de un yerro no debe ome recibir dos penas por ende. E desqueouiereescojido la una, no la puede dexar é pedir la otra"*.

En este sentido, establece GARCÍA LÓPEZ que el daño que el hombre recibe en sí mismo no puede ser otro que el que viene denominándose moral o no patrimonial.

Fiel a este principio omnicomprensivo de la noción de daño, la legislación de Las Partidas ofrece en sus normas una digna tutela de los bienes personales (aunque limitándolos casi exclusivamente al aspecto corporal), llegando a traducirse dicha tutela en concesión de propias indemnizaciones pecuniarias.

En este punto discrepan algunos autores estableciendo que el legislador castellano al utilizar la expresión *"en si mesmo"* no estaba pensando en el daño moral y que la configuración de un sistema de responsabilidad extracontractual tal y como lo podemos entender hoy en día, sobre la base de las tres nociones fundamentales de: daño –culpa– resarcimiento, interpretadas de una manera amplia, no tiene lugar sino en una época posterior.

El reconocimiento del llamado daño moral como entidad autónomamente resarcible requiere, es claro, un sistema más acabado o perfilado de responsabilidad extracontractual o aquiliana, que responda realmente a esa noción omnicomprensiva de daño que falsamente exhibe el texto de Partidas y en el que prime un concepto tan sumamente amplio y elástico de interés protegido, capaz de abarcar perjuicios de naturaleza tan etérea y difícil de probar como son los daños de tipo afectivo o morales.

D) El proyecto de Código Civil de 1851

Este proyecto cuyo máximo artífice fue GARCÍA GOYENA, se puede considerar el antecedente inmediato más importante de nuestro actual Código Civil.

El artículo 1900 del Proyecto (5) establecía lo siguiente: *"todo el que ejecuta un hecho en que intervenga algún género de culpa o negligencia, aunque no constituya delito o falta, está obligado a la reparación del perjuicio ocasionado a tercero"*.

E) El Código Civil de 1889

Dispone en artículo 1902 de nuestro actual Código Civil que: *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*. Es un precepto clave que al establecer la obligación genérica de reparar el daño causado, da cobertura a la reclamación por daños en el ámbito extracontractual.

La primera sentencia que reconoció un derecho de la personalidad, el honor, cuyo ataque era indemnizable económicamente en base al artículo 1902 del Código Civil fue la sentencia del TS de 6 de diciembre de 1912 (6), referente a un caso en el que se difundió en un periódico una noticia falsa de la fuga de una joven con un fraile capuchino con quien había tenido una escandalosa relación tres meses antes. La noticia, produjo no cabe duda una lesión en el honor y la fama de la mujer afectada, y el Tribunal condenó a los responsables al pago de una indemnización a la víctima como reparación del daño moral.

(5) Este precepto está inspirado en la regulación que tanto en el Digesto como en las Partidas se recogía sobre la materia. Esto mismo podemos verlo en otros artículos como: el art. 1902, 1903 y 1904 del Proyecto. Sobre este particular, véase GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del código Civil español*, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 970.

(6) STS de 6 de diciembre de 1912, Revista General de Legislación y Jurisprudencia tomo 125, Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Bermejo. En la sentencia se reconoce la dificultad que encuentra el Tribunal en determinar cómo valorar ese daño inmaterial. La citada sentencia razona que mediante "una indemnización pecuniaria, que si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó, y que llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales".

A partir de esta sentencia (7), la Jurisprudencia admite sin vacilaciones que al amparo del artículo 1902 CC se tutelen los derechos de la personalidad, declarando indemnizable el daño moral que se causa a los mismos.

F) Constitución Española de 1978

La Constitución española de 1978 dedica su Título I a los derechos y deberes fundamentales; en concreto el art. 10.1.º establece:

"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden y de la paz social".

El art. 18.1, por su parte, estipula:

"Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

(7) Sobre el estudio de esta sentencia, véase el trabajo realizado por MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "La reparación del daño moral y los derechos de la personalidad", *Actualidad Civil*, núm. 22, 2010. La autora a la hora de entrar a valorar la sentencia dice: "Cualquiera que sea el juicio que se tenga sobre el acierto o no de la Sentencia de 1912, no puede dudarse que supuso un influjo decisivo en el ámbito jurisprudencial español; y ello, por dos motivos fundamentales:

En primer lugar, porque esta sentencia viene a romper con algunos precedentes –no muchos, por cierto–, en los que se objetaba, frente a la idea de la presencia de un daño moral, "que el honor no es valorable" y que "no son indemnizables los disgustos", reprochable forma de negarse a la indemnización del daño moral".

En segundo lugar, porque a partir de esta sentencia el Tribunal Supremo muestra un acogimiento sin reservas a la estimación jurídica de los perjuicios de índole moral; así se han concedido indemnizaciones: por la valoración de la pérdida de la vida, por merma en la capacidad de trabajo y por la pérdida de alegría de vivir; igualmente en el aspecto del honor profesional y en relación con la imagen. Sin embargo, también han sido advertidos los peligros del abuso, y consecuentemente el Tribunal Supremo se ha visto obligado a señalar límites a la acción de reparar daños morales, a resolver el difícil conflicto entre el honor individual y el interés del público; e incluso se puede apreciar en algunas sentencias la inclinación a ensanchar el concepto de daño moral".

El citado precepto constitucional, que sigue la tradicional sistemática de nuestra doctrina científica en el tratamiento de esta cuestión, recoge y otorga carácter de derecho fundamental al derecho a la integridad moral: derecho al honor, y también a los derechos que protegen la esfera reservada de la vida personal: derecho a la intimidad personal y familiar y derecho a la propia imagen.

La regulación conjunta de estos derechos (8), motivó que se cuestionara si eran derechos autónomos e independientes dotados de sustantividad propia o si los mismos se configuraban como una triple perspectiva del derecho a la privacidad. Hoy día, tanto el TC como el TS reconocen su autonomía. Estos derechos han sido objeto de desarrollo legislativo en el ámbito civil, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Hay que poner de relieve la colisión que se produce con cierta frecuencia (siendo incluso objeto de litigio) entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información y expresión, reconocido también como Derecho Fundamental en el artículo 20 de la CE. Parece desprenderse de las sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo la prevalencia del Derecho a la libertad de información y expresión, siempre que se respeten ciertos límites como son que la información ha de ser de interés general, veraz y en ningún caso debe contener informaciones injuriosas o vejatorias.

En todo caso, lo conveniente será analizar las circunstancias concretas de la controversia para poder dirimir, en el supuesto de producirse la colisión de los derechos mencionados, cuál prevalece (9).

(8) Sobre la regulación de estos derechos es interesante el discurso del Presidente del Tribunal Supremo que lleva por título "El Tribunal Supremo y la protección del derecho al honor" pronunciado en el Acto Solemne de Apertura de los Tribunales, año 2011-2012.

(9) Véase la sentencia de Tribunal supremo de 7 de julio de 1997 (RJ 1997/5574), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA, ya que en la misma se recogen los criterios que tienen que llevarse a cabo en el caso de la colisión entre el Derecho al honor y el Derecho a la libertad de información y expresión.

2. Concepto de daño moral

El concepto de daño moral es una cuestión muy debatida por parte de la doctrina y no existe consenso en torno a lo que debe entenderse por daño moral, ya que los distintos posicionamientos doctrinales al respecto, parten de puntos de vista dispares en la búsqueda del concepto. Igualmente, la Jurisprudencia es vacilante en este aspecto y tampoco existe una postura única sobre el particular como tendremos ocasión de ver más adelante.

Por todo ello, como ha reseñado algún autor, es una de las tareas pendientes dentro del Derecho Civil el dar con una definición de daño moral que sea comúnmente aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Antes de entrar a analizar el concepto propiamente, es preciso matizar si la noción de daño moral se considera una parcela dentro de los daños extra patrimoniales o, por el contrario, son términos sinónimos. Señala GARCÍA SERRANO (10), que estamos en presencia de un problema de índole lexicográfica y terminológica, puesto que la razón del uso de la expresión daño moral en vez de extra patrimonial está en la de haber heredado la terminología utilizada en Francia, ya que en este país se justificó la utilización de dicho término por la mayor elegancia de la misma frente a otras expresiones de contenido similar, pero en nuestro país no se da a ambas expresiones el mismo sentido. El daño moral y el daño extra patrimonial no son sinónimos. Es más, se afirma que aquella expresión es más estricta que ésta. Esta misma posición es defendida por DOMÍNGUEZ LÓPEZ. (11)

(10) Véase GARCÍA SERRANO: "El daño moral extra patrimonial en la jurisprudencia civil", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen XXV, núm. 23, 1972, pp. 802 y 803. Este autor estipula "que construir como sinónimos daño extra patrimonial y daño moral implicarían tanto como adoptar una de estas dos alternativas: o pensar que la parte incluye al todo, lo que sería absurdo, o negar relevancia jurídica a los supuestos de lesión física, lo que sería inícuo".

(11) La posición doctrinal que mantiene que daño extra patrimonial y daño moral se refieren a daños distintos, puede verse claramente reflejado en el trabajo realizado por DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., "El daño moral. Intento de concretización de un concepto". En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, año 2003, núm. 7, p. 264 cuando dice que "el

Si bien, pese al rigor léxico y terminológico a tener en cuenta, la doctrina en general utiliza la expresión “perjuicio no patrimonial” o “daño extra patrimonial” que empiezan a imponerse sobre la denominación “daño moral”. Nosotros utilizaremos de forma genérica el término “daños morales”, es decir, emplearemos todas estas expresiones como si fueran sinónimas.

Es preciso referirnos a la clasificación exhaustiva que, en relación al concepto de daño moral, hace GARCÍA LÓPEZ (12); si bien, nos centraremos en las posiciones más relevantes al respecto.

La doctrina tradicional, dentro de las distintas clases de daños distinguía entre los daños patrimoniales y los daños no patrimoniales. Los primeros recaían sobre intereses patrimoniales del perjudicado y son, por ello, susceptibles de valoración económica. Por lo que se refiere a los daños no patrimoniales son los que afectan a intereses de difícil valoración económica, y en principio, no ofrecen la base más adecuada para su valoración en dinero. Es por ello que algunos autores han optado por una definición negativa del daño moral contraponiéndolo al daño patrimonial.

Para ROCA TRÍAS, daños morales son “aquellos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial” (13). Si bien esta concepción del daño moral ha sido tachada de anticuada por el TS en su sentencia de 2 de abril de 2004 (14).

daño, además de tener una repercusión directa o indirecta en el patrimonio o en los derechos personales del ofendido, puede desencadenar una serie de perjuicios no susceptibles de encuadrarse en ninguna de las anteriores categorías (derechos patrimoniales y derechos extra patrimoniales), cuales son los daños de tipo sentimental o afectivo que, en nuestra opinión, conforman propiamente el contenido de los que se vienen a denominar daños morales. Diferimos así de aquellos autores que integran el daño moral en el ámbito de los derechos extra patrimoniales, pues por tales entendemos, como ya se expuso, fundamentalmente el derecho a la integridad física y al honor, y es claro que el contenido de estos derechos se encuentra perfectamente delimitado y reciben un tratamiento jurídico autónomo e independiente de aquellas otras lesiones que denominamos morales”.

(12) GARCÍA LÓPEZ: *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1990, pp. 51 a 97.

(13) ROCA TRÍAS, E.: *Derecho de daños*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 125.

(14) STS de 2 de abril de 2004 (RJ 2004/2607), Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente AUGER LIÑÁN, que al tratar del concepto de daño moral ha se-

No obstante, se han formulado razonadas críticas a dicha concepción negativa del daño moral. En este sentido, SCOGNAMIGLIO (15) establece que una definición negativa puede admitirse solamente cuando se trata de operar en la esfera de fenómenos homogéneos, en tanto que los daños morales y patrimoniales constituyen fenómenos completamente distintos.

Existen posiciones doctrinales que defienden una concepción positiva del daño moral, pero los pronunciamientos al respecto son diversos porque se basan para configurar el concepto en distintos puntos de vista; en este sentido, hay teorías que definen el daño moral comparándolo con otros tipos de daños como el daño corporal, material o inmaterial.

Han surgido numerosas críticas en torno a si el daño corporal debe deslindarse del denominado daño moral y tener un tratamiento independiente, o si, por el contrario, debe considerarse la lesión física que pueda sufrir el ser humano como un daño moral. Por lo general, cuando se produce un daño físico de cierta entidad lleva aparejado cierto sufrimiento psíquico y es por ello que hay quien identifica a los daños morales con los padecimientos y dolores que sufre el individuo, siempre que esos sufrimientos se produzcan en dependencia de un daño de la persona (no quedando claro si se trata de un daño corporal o de cualquier otra lesión de un derecho subjetivo de carácter personal).

Pero en el aspecto meramente indemnizatorio, en el daño corporal lo que se tiene en cuenta es sólo la repercusión física o fisiológica en el cuerpo de la víctima (incluyendo no sólo las posibles secuelas físicas sino la disminución o supresión de su capacidad laboral como consecuencia de la lesión). De ahí que tanto la regulación como su tratamiento sean distintos a los del daño moral. (16)

ñalado que: "La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extra patrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta sala..."

(15) SCOGNAMIGLIO, "Ildannomorale", *R. D. Civile*, 1957, p. 280.

(16) Sobre esta cuestión, véase el interesante estudio realizado por LINACERO DE LA FUENTE, "Concepto y límites del daño moral: el retorno del *Pretium Doloris*", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, pp. 1559 a 1594. Es igual de relevante el estudio que hace de la materia VICENTE DOMINGO en *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Ed. Bosch, 1994,

Por su parte, otros autores (17) acogen una clasificación tripartita de los daños, contraponiendo frente al daño patrimonial de un lado, el daño personal (lesiones a la integridad física o moral, al honor, etc.) y de otro, el daño moral propiamente dicho (dolores, padecimientos de ánimo, etc.), o bien distinguiendo entre daños que afectan al patrimonio, daños que afectan a la víctima en su persona física y daño moral.

Igualmente, podemos destacar posiciones que lo que hacen es compararlo con el daño material, tal es el caso de JOSSERAND (18) que establece que daño material es el que alcanza a la víctima en su patrimonio o en su persona física, mientras que el daño moral afecta al patrimonio moral o a los afectos de la víctima.

También existen autores que intentan configurar el concepto atendiendo a las consecuencias o perjuicio final ocasionado, y estipulan que un daño concreto será patrimonial siempre que afecte en última instancia al patrimonio mientras que será moral cuando afecte a la esfera extra patrimonial de la víctima. Pero la expresión perjuicio final creada por DEMOGUE, hace muy difícil la existencia de daño moral puesto que cualquier lesión a un bien jurídico extra patrimonial y, por lo tanto, todo daño moral, se convierte automáticamente en un daño patrimonial cuando, aun existiendo lesiones intermedias que sí tienen naturaleza moral, derivan en un perjuicio final de carácter patrimonial. En este sentido, suelen utilizarse las siguientes denominaciones referidas todas al resultado de la acción

p. 49 donde establece que tras aceptar la clásica división entre daños patrimoniales y no patrimoniales, divide estos últimos en daños no patrimoniales y no personales, en los que incluye los perjuicios morales causados a las personas jurídicas, y daños no patrimoniales personales, que afectan a la esfera no patrimonial de las personas físicas. Y, aún dentro de éstos, distingue entre daños corporales y daños morales. La autora configura así los daños corporales como una categoría autónoma dentro de los perjuicios extra patrimoniales y lo hace sobre el doble argumento de que tales daños recaen sobre un bien concreto y específico, la integridad física o psíquica de las personas, y sobre la constatación de que los mismos producen consecuencias de diverso orden, tanto pecuniarias como no pecuniarias. En el caso de los daños morales considera que son los que afecta a la esfera espiritual del individuo.

(17) Véase ÁLVAREZ VIGARAY, "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, Tomo XIX, p. 85.

(18) JOSSERAND, *Derecho Civil, T. II-I*, Buenos Aires, 1950, p. 330.

dañosa: se habla de daños patrimoniales directos para referirse a las consecuencias de naturaleza patrimonial derivadas de la lesión inferida al patrimonio de la víctima, y daños patrimoniales indirectos, a las consecuencias patrimoniales pero derivadas de la lesión de bienes extra patrimoniales. De la misma manera, hablan de daños morales directos, cuando se está ante repercusiones no patrimoniales derivadas de una lesión a un bien no patrimonial, y daños morales indirectos, en el caso de que las repercusiones no patrimoniales deriven de la lesión a un bien patrimonial.

Según MAZEAUD-TUNC (19) puede distinguirse, dentro de los daños morales, los que afectan a la parte social del patrimonio moral, y atacan al individuo en su honor, reputación y pública estimación, de aquellos otros que atañen a la parte afectiva del patrimonio moral, que lesionan los sentimientos y afectos del individuo. Según estos autores, los daños morales que afectan a la parte social del patrimonio moral están siempre ligados a la producción de un daño pecuniario, mientras que los daños consistentes en la lesión de los sentimientos afectivos de la persona generalmente no van acompañados de perjuicios pecuniarios, aunque en algún caso pudieran llevar aparejados perjuicios de esta clase.

Como puede observarse no hay una única posición a la hora de dar un concepto de daño moral por parte de la doctrina; esto mismo sucede cuando analizamos la jurisprudencia, puesto que en la mayoría de los casos el Tribunal Supremo analiza esta materia atendiendo al caso concreto y no puede decirse que exista por su parte una única postura al respecto. No obstante, se pueden observar dos orientaciones bien diferenciadas por parte de la jurisprudencia: una posición estricta y otra amplia de lo que debemos entender por daño moral.

Para la concepción estricta (20), el daño moral solamente se produce cuando hay un ataque a bienes de la personalidad, se atenta contra la esfera espiritual del sujeto. Algunas sentencias identifican el daño moral con el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico, la

(19) MAZEAUD: *Traité de la responsabilité Civile*, T. I, 1957, p. 378 y ss.

(20) La posición estricta del daño moral la podemos ver en sentencias tales como: STS de 7 marzo de 2005 (RJ 2005/2214), Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA, referente a un supuesto de responsabilidad contractual por vicios constructivos en las viviendas vendidas, que consistían en problemas en los baños y no se reconoce la existencia de daños morales

impotencia, conmoción, miedo, ansiedad o la angustia; otras hablan de daño psíquico. En estos casos, el daño moral es entendido como lesión de los derechos de la personalidad (21) e igualmente otras sentencias catalogan el referido daño como sinónimo de sufrimiento o dolor psíquico (22).

ya que éstos no se derivan "per se" de cualquier incumplimiento contractual: sólo son apreciables ante un verdadero y propio incumplimiento esencial impeditivo del fin del contrato con frustración de las legítimas expectativas de la parte perjudicada, más no en defectos como el de autos en que el defecto es menor (estético podríamos decir) afectante solo a los cuartos de baño y no impediendo en absoluto de su normal uso, y las molestias causadas por esta situación no pueden ser consideradas como constitutivas de un daño moral. Atendiendo a esta posición estricta, en la STS de 15 de junio de 2010 (RJ 2010/5151), Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos se dice: "No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado un derecho inmaterial de la persona... pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial".

(21) Un ejemplo de esta postura puede verse reflejada en la STS de 24 de julio de 2012 (RJ 2012/8371), Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, en la que se reconoce la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen por la publicación sin consentimiento de la actora de unas fotografías que fueron captadas en un lugar apartado en el que se buscaba preservar su imagen durante la realización de una sesión fotográfica pactada para una revista. En dichas fotografías la actora aparecía sin ropa en la parte superior del cuerpo, con el pecho al descubierto, y de espaldas totalmente desnuda: imágenes captadas de forma furtiva, sin consentimiento del fotografiado en un lugar apartado, aprovechándose abusivamente de estas circunstancias. Se deduce de la sentencia que por el sólo hecho de producirse una intromisión en los derechos de la personalidad, esto llevará aparejado daños por parte del perjudicado sin acreditar los mismos.

(22) Se reconoce en numerosas STS que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico. La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual en la STS de 1 de abril de 2003 [RJ 2003/3662], Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, donde se habla concretamente de daño psíquico sufrido por la anulación de nombramiento de puesto de trabajo (en

Si tenemos en cuenta la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en su artículo 9.3 existe una presunción legal cuando en él se establece que *"la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral..."*, es decir, se producirá una indemnización por daño moral cuando se produzca una lesión en los derechos de la personalidad, sin acreditar si realmente se ha producido dicho daño.

Por su parte, la concepción amplia (23) incluye dentro del daño moral los casos en los que el bien lesionado tiene naturaleza material o patrimonial. Habla claramente de esta orientación la STS 2 abril 2004 cuando señala que el daño moral como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extra patrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por

concreto, cabo del cuerpo de la Policía Local) que ha sido revocado como consecuencia y en ejecución de la anulación de las bases de la convocatoria. Igualmente se habla de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia en la STS de 6 julio de 1990 (RJ 1990/5780), Ponente: Excmo. Sr. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES en un caso en el que se dirime un supuesto de responsabilidad de médicos y personal facultativo debido omisión de asistencia médica en centro sanitario alegando falta de camas con independencia de la muerte del paciente en el traslado a otro centro.

(23) Esta concepción amplia puede observarse en la STS de 4 febrero de 2005 (RJ 2005/915), Ponente: Excmo. Sr. D. Román GARCÍA VARELA donde el hecho controvertido es la ruina de un edificio por obras de excavación en solar contiguo, derivándose responsabilidad civil por negligencia de la empresa contratista en el vaciado del solar y la ejecución del muro pantalla. Se admite la procedencia de la indemnización de daños morales como consecuencia del desalojo de la arrendataria de vivienda por la ruina del edificio antes del momento de que su salida procediera legalmente por las vicisitudes de la situación urbanística del inmueble y del reconocimiento de su calidad de arrendataria, y ocasionó los consiguientes daños morales a la actora, que aquí se valoran ponderadamente en la suma de treinta y seis mil sesenta euros con setenta y tres céntimos (36.060,73 €), en atención a que ésta, con 63 años de edad en la fecha de 15 de enero de 1994, cuando se plasmó el desalojo del lugar donde moraba desde el año 1970, sufrió evidentes trastornos al situarla fuera de su domicilio y entorno habitual, amén de los gastos inherentes a su ulterior residencia en otro lugar, bien mediante el pago de una renta superior a la que abonaba o por el abono de prestaciones de otro orden, con el correspondiente traslado del mobiliario y bienes personales.

la doctrina de los autores como de esta Sala. Se mantiene la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extra patrimonial o de la personalidad.

Muy acertadas son las palabras de LINACERO DE LA FUENTE (24) cuando señala que en el escenario actual la aproximación al concepto del daño moral ha generado dos criterios aparentemente contrapuestos. Por un lado, se configura el daño moral en atención a la naturaleza del bien lesionado, identificándolo con la lesión de los bienes de la personalidad, y por otro, se relaciona el daño moral con el sufrimiento que en la persona pueden producir ciertas conductas y actividades con independencia de la naturaleza patrimonial o no patrimonial del bien lesionado.

En definitiva, puede constatarse que, en los momentos actuales, uno de los datos reseñables del llamado daño moral es la confusión existente en torno a su definición y, lo que es más preocupante, la consiguiente falta de rigor en el criterio seguido por recientes resoluciones judiciales que lo han convertido en un concepto comodín, que se utiliza lo mismo para indemnizar la pérdida de un hijo que la pérdida de unas maletas o el retraso de un vuelo.

Desde mi punto de vista, la posición estricta del daño moral es la que debería mantenerse, puesto que en esencia es la que más se ajusta a la verdadera noción de este daño. Cuando se produce una lesión a un bien extra patrimonial o de la personalidad y acto seguido como consecuencia de esa lesión hablamos de sentimientos, desasosiego, angustias, zozobra, ... , a lo que nos referimos es a situaciones que afectan a la esfera más íntima de la persona y es eso lo que debe de entrar a valorarse no incluyendo los posibles daños de carácter económico que pudiera llevar aparejada la lesión puesto que eso sería ya un daño material y como tal debe ser tratado y resarcido.

Siempre que nos ocurre un perjuicio ello nos provoca cierta inquietud lo que vulgarmente denominamos "malestar interior", y si incluyéramos aquí al daño moral, sería tanto como extender la figura a

(24) Véase LINACERO DE LA FUENTE: "Concepto y límites del daño moral: el retorno del Pretium Doloris...", ob. cit., p. 1574.

todos los ámbitos en los que nos pudiéramos ver perturbados. Esta es la impresión que me da cuando leo ciertas sentencias, y creo que la ligereza con la que se está tratando en ellas este tema está provocando una amplitud del término del daño moral de tal manera que finalmente lo que esto conlleva es una total desfiguración del concepto.

En definitiva, lo más acertado a mi juicio es mantener el concepto estricto de daño moral, partiendo de la idea de que el mismo se refiere a la lesión de derechos de la personalidad y los daños ocasionados afectan a la esfera interna, es decir, al ámbito espiritual del individuo. Esta es la verdadera esencia del daño moral.

3. La cuestión sobre su reparación

No siempre se ha admitido la posibilidad de que los daños morales fueran objeto de reparación. Se utilizaban entre otros argumentos la imposibilidad de valoración en dinero intereses que eran puramente ideales, el que los sufrimientos morales dependen de la sensibilidad de cada individuo, así como evitar el peligro de demandas infundadas.

En la actualidad, doctrina y jurisprudencia están a favor de la reparación de los daños morales, siendo la primera sentencia que reconoció un derecho de la personalidad, el honor, cuyo ataque era indemnizable económicamente en base al artículo 1902 del Código Civil la sentencia del TS de 6 de diciembre de 1912 que ya hemos mencionado más arriba.

A partir de esta sentencia la Jurisprudencia admite sin vacilaciones que al amparo del artículo 1902 CC bajo la frase genérica que en él se recoge de “reparar el daño causado” se tutelen los derechos de la personalidad, declarando indemnizable el daño moral que se causa a los mismos.

La forma de reparación variará dependiendo de diversos factores como, el grado de culpabilidad del ofensor, la situación económica del mismo causante, etc. Dependiendo del caso concreto, se procederá a la reparación en forma específica (se condene a la eliminación de la causa del daño, el derecho a la publicación de la sentencia condenatoria del culpable, el derecho de rectificación en los medios de comunicación, etc.), pero, en todo caso, no debe considerarse improcedente la indemnización pecuniaria, pues ello sería tanto como dejar impune al causante del daño.

En este sentido se afirma en la STS de 7 de febrero de 1962 que la valoración del daño corresponde hacerla al juzgador, conforme a las exigencias de la equidad, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención sólo a las circunstancias y necesidades del caso concreto.

Hoy día por tanto, ya no hay duda de la reparación del daño moral tanto en forma específica (*in natura*), si esto fuera posible, como por equivalente económico.

Sin embargo, hay cuestiones en esta materia que no están tan claras como es el caso de cuál es la función que tiene la reparación del daño moral, así como si es necesario probar el daño y la cuestión de la determinación de la cuantía de la indemnización. Analizaremos cada una de ellas por separado.

A) Función de la reparación

Independientemente de que se utilice el término reparación, resarcimiento e indemnización siendo ésta una cuestión que ha sido discutida doctrinalmente (25), lo que está claro es que la indemnización del daño moral es admisible, y lo que se pone en tela de juicio es cuál es la función que tiene la misma.

En este sentido, podemos distinguir las siguientes posturas: quienes piensan que lo que se pretende es reparar el daño causado en cuyo caso se habla de una función reparadora, otros que hablan que el carácter de la indemnización es compensatorio, e incluso los que llegan a decir que lo que se persigue es castigar al causante del daño, defendiendo en este caso que la función de la reparación es punitiva.

Al producirse un daño moral, no parece lógico pensar que el dolor, angustia o el daño psicológico que se haya sufrido vaya a desaparecer definitivamente y por eso la indemnización lo que hará será paliar esa afrenta producida más que repararla; por eso se habla del carácter compensatorio de la indemnización.

Tampoco creo que pueda atribuírsele una función punitiva, aunque pudiera pensarse que determinados supuestos especialmente reprobables (piénsese en las agresiones sexuales), lo que se hace es sancionar de manera indirecta al causante de la agresión.

(25) Véase GARCÍA LÓPEZ, ob. cit., pp. 100 a 104.

Con gran criterio establece SÁNCHEZ GONZÁLEZ (26) que no cree que yerren completamente los que afirman que, pese a que en nuestro ordenamiento no se reconocen los daños punitivos, “la utilización real de la condena a indemnizar los daños morales recuerda en muchos casos... que los Tribunales civiles no pueden sustraerse del todo a la tentación de castigar lo que rechazan”.

En todo caso la posición llevada a cabo por nuestros tribunales se decanta por darle una función compensatoria a la indemnización por daño moral (27).

B) Prueba del daño moral

Por lo que se refiere a la prueba de la existencia del daño, no existe por los Tribunales una sola postura al respecto ya que si bien en algunas ocasiones ha reconocido que los daños morales no se ha-

(26) Es interesante el artículo publicado por SÁNCHEZ GONZÁLEZ que lleva por título: “El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 7-8/2006, julio-agosto 2006.

(27) Muy clarificadora sobre la función compensatoria que tiene la reparación del daño moral es la STS 14 de julio de 2006 (RJ 2006/4965), Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente AUGER LIÑÁN al señalar que “los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, conforme a conocida y reiterada jurisprudencia civil, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización, al menos, palia el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afeción y ofensa que se implantó”.

Por su parte, la STS de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3556), Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, declara que las indemnizaciones por daños morales actúan como compensadoras en lo posible de “los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima”, que “la indemnización al menos palia el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afeción y ofensa que se implantó, correspondiendo a los Tribunales fijarlos equitativamente atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producido. De igual manera tiene declarado el Tribunal Supremo que la situación básica que puede dar lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, temor o presagio de incertidumbre.

llan sujetos a prueba, pues depende la apreciación del Tribunal acerca de su existencia, en otras quizás basándose en el principio de nuestro derecho procesal civil de aportación de parte, la carga de la prueba le corresponderá a la parte que alegue que ha sufrido el daño.

Dejando a un lado los daños morales notorios y evidentes que no exigirán prueba alguna de los mismos (28), y reconociendo en todo caso que la prueba tendrá siempre un matiz subjetivo (29), creo que la exigencia o no de prueba dependerá del caso concreto.

La STS de 31 de mayo de 2000 (30), deja sentada esta cuestión al decir que "la temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias,

(28) Tal es el caso de la STS de 19 de octubre de 2000 (RJ 2000/7733), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL, que se refiere al siguiente supuesto: una persona fallece en un hospital y es colocada en la sala mortuoria hasta que, transcurridos ocho días, una empleada advierte la presencia del cadáver y se procede entonces, a través de la policía, a avisar a los familiares. El hijo del fallecido demanda al Servicio Valenciano de la Salud en reclamación de los gastos de embalsamamiento del cadáver, que se tuvo que realizar con carácter previo al traslado e inhumación del mismo, y de los daños y perjuicios morales. El TS resalta que en el supuesto que nos ocupa resultaría aventurado y hasta ofensivo para la familia sentar que la muerte del padre no les ocasionó dolor alguno, pues cuando se trunca una vida siempre deja algún rastro de sufrimiento, pena y aflicción, y también desazón en sus más allegados, sobre todo si se da la circunstancia de no haber tenido al menos la posibilidad de asistir al paciente en los últimos momentos de su vivir y con efectos de pesar y desasosiego por habérseles privado de llevar a cabo su velatorio y enterramiento inmediato, como es lo normal, debido todo esto al retraso provocado por el actuar poco ejemplar del Servicio Valenciano de Salud, lo que es bastante para instaurar desequilibrio y desarmonía humana intensa, que, al presentarse como daño espiritual, autoriza a considerar que se produjo al actor efectivo daño moral.

(29) Este matiz subjetivo queda confirmado interpretando a sensu contrario la doctrina sentada por el TS cuando dice que aunque la valoración de los daños morales no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido. Entre otras muchas destacamos la STS de 9 de diciembre de 2003 (RJ 2003/8643), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL.

(30) Véase la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089), Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús CORBAL FERNÁNDEZ.

situaciones o formas (polimorfa) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral, o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas; en tanto en otras se exija la constatación probatoria o no se admita la indemnización, compensación o reparación satisfactoria por falta de prueba. Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo, sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes. Cuando el daño moral emane de un daño material o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la "*in re ipsa loquitur*", o cuando se da una situación de notoriedad no es exigible una concreta actividad probatoria.

C) Determinación de la cuantía de la indemnización

Por lo que respecta a la cuantificación del daño moral, es complicado determinar cuánto vale el perjuicio ocasionado en la esfera íntima de la persona el denominado *pretium doloris* o el precio del dolor.

La regla en esta materia es que se deje al arbitrio judicial su determinación, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, y teniendo en cuenta en todo caso la prueba que en este sentido aporte la parte interesada que será un factor determinante valorado por el juez a la hora de la fijación del quantum indemnizatorio. La competencia para ello la tiene el Tribunal de Instancia, y se deja claro por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la valoración de los sufrimientos, dolores y ansiedad del perjuicio, es de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de Instancia, que no puede impugnarse en casación, salvo que pueda evidenciarse una infracción de ley o algún error en la valoración probatoria (31).

(31) Esta idea viene recogida en la reciente sentencia del TS de 23 de enero de 2012 (RJ 2012/ 3652), Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, donde en su fundamento jurídico quinto establece lo siguiente: Esta

Hay supuestos en los que existen unos sistemas de valoración tasados que permiten al Tribunal fijar la cuantía que le corresponderá al perjudicado; éste es el caso de los baremos recogidos para los accidentes de circulación en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (32), donde en su artículo 1.2.º se establece que: *"los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley"*.

Igualmente, debemos hacer mención a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (modificado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) donde en su artículo 9.2 y 3 se establece lo siguiente:

"2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación de la cuantía.

(32) Publicado en el BOE núm. 267 de 5 de noviembre de 2004.

- b) *Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.*
- c) *La indemnización de los daños y perjuicios causados.*
- d) *La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.*

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

Se puede apreciar, por tanto, en este artículo 9.3 criterios legales para poder cuantificar la indemnización por parte del juzgador, estos son: las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida. Con la reforma mencionada no se recoge en el actual art. 9.3 el beneficio que haya producido el causante de la lesión como consecuencia de la misma como un elemento más a tener en cuenta a la hora de cuantificar la indemnización, sino que éste pasa a considerarse como una cuantía que le corresponderá al perjudicado como consecuencia de la intromisión ilegítima en sus derechos.

Se ha querido ver con esta reforma una medida disuasoria para los medios de comunicación, que aunque los tribunales les obligaban a pagar indemnizaciones como consecuencia de vulnerar Derechos Fundamentales, éstas eran tan ínfimas en comparación a los beneficios obtenidos que les seguía siendo rentable proseguir con la injerencia. Hay autores que mantienen que con esta medida se ha introducido en nuestro sistema de responsabilidad por daños la figura de los llamados daños punitivos (33).

(33) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en su trabajo “La dignidad de las víctimas de delitos”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2010 mantiene esta postura cuando dice que “tal parece ser el resultado que se alcanza a través

No creo que el legislador estuviera pensando en este tipo de daños, lo que se intenta es evitar cualquier enriquecimiento injusto derivados de ataques contra los derechos de la personalidad, como apunta la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 en su apartado final cuando dice que *"dadas las limitaciones que caracterizan al Derecho penal, se ha considerado que la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima. Además, a fin de reforzar la tutela, se ha optado por legitimar para la acción al Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de los derechos de los ciudadanos"*.

Desde mi punto de vista, que existan determinados parámetros de referencia o sistemas de valoración tasados para el daño moral, implica una mayor seguridad jurídica en esta materia y se evita que se deje toda la discrecionalidad del juez.

de la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos, que se establece ahora en el artículo 9.2.d) como una más de las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima. Probablemente se podría alcanzar ese mismo resultado por una vía más coherente con nuestra tradicional indemnización de daños y perjuicios como es una valoración del daño moral que en ningún caso pudiera ser inferior (aunque sí superior, claro está) a ese lucro obtenido por el o los infractores ¿No decía ya antes el propio artículo 9.3 (y sigue diciendo ahora) que la indemnización se extenderá al daño moral y que éste se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para la que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido? ¿Y el lucro obtenido no es directamente proporcional a esa difusión del medio?"

En la actualidad existe una línea jurisprudencial que apunta en este sentido, tal es el caso de la STS de 9 diciembre de 2010 (34), que parece graduar el daño moral dependiendo de la situación de cada perjudicada en moderado, intenso y elevado (35).

(34) Véase la STS de 9 diciembre de 2010 (RJ 2010/1408), Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio XIOL RÍOS, en la que se enjuicia la responsabilidad y los daños causados como consecuencia de la extracción de implantes de prótesis mamarias por posible toxicidad siguiendo una recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo una vez acreditado carácter defectuoso del producto implantado. Se establece lo siguiente: C) Acreditado el carácter defectuoso del producto, de acuerdo con lo resuelto al examinar el recurso de casación, debe considerarse suficientemente acreditado el nexo de causalidad entre la necesidad de extracción de las prótesis por su carácter defectuoso y los daños morales sufridos por las afectadas, los cuales, ponderando los distintos grados de afectación que se ponen de manifiesto en los informes periciales presentados en la primera instancia, deben cuantificarse de la siguiente forma:

(i) A aquella afectada recurrente (D.^a Estibaliz) que ha sufrido un daño moral relevante en grado moderado inherente al tratamiento médico y a la ansiedad padecida, teniendo en cuenta los días de hospitalización y de impedimento para el ejercicio de sus actividades habituales, le corresponde una indemnización de 18.000 €.

(ii) A aquella afectada recurrente (D.^a Virtudes) que ha sufrido un daño moral en grado más intenso, inherente al padecimiento de defectos estéticos, además del tratamiento médico y de la ansiedad padecida, teniendo en cuenta los días de hospitalización y de impedimento para el ejercicio de sus actividades habituales, les corresponde una indemnización de 21 000 €.

(iii) A aquellas afectadas recurrentes (D.^a Bárbara y D.^a Celestina) que han sufrido un daño moral en grado más elevado, inherente a las limitaciones derivadas de la indicación médica de no quedarse embarazadas, además del padecimiento de defectos estéticos, del tratamiento médico y de la ansiedad padecida, teniendo en cuenta los días de hospitalización y de impedimento para el ejercicio de sus actividades habituales, les corresponde una indemnización de 24 000 €.

D) Las cantidades reseñadas comprenden los distintos conceptos en que se concreta la demanda, en la cual, bajo distintos títulos, se hace referencia a distintos aspectos del daño moral padecido.

(35) Es interesante lo que al respecto dice MARTÍN DEL PESO, en su artículo: "El daño moral: determinación y cuantía algunos aspectos de su problemática jurisprudencial", con referencia a la sentencia que comentamos cuando establece que en ella se adopta una escala de graduación y por tanto valorativa del daño moral, utilizando criterios extraídos del sistema legal del Anexo para establecer las distintas indemnizaciones, de ahí que aunque el Tribunal Supremo exprese que la cuantificación del daño moral

III. EL DAÑO MORAL CAUSADO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD (36)

La persona, como ser humano, tiene ciertos aspectos inherentes a la misma que el Ordenamiento Jurídico considera dignos de protección, y que no son otros que los derechos de la personalidad (37). Es preciso distinguir entre la aptitud del sujeto para la mera tenencia y goce de derechos que denominamos capacidad de derecho o de goce y que existe en todos los hombres y la aptitud para el ejercicio de los derechos en los que no basta la mera existencia de la persona, sino que es preciso que ésta tenga conciencia y voluntad, y estas condiciones no existen en todos los hombres, ni siempre en

no está sujeta a reglas, de facto está creando criterios para graduar, evaluar y cuantificar el daño moral, de modo que pueda deducirse la posibilidad de clasificarlo y elaborar criterios referenciales para la valoración del daño moral en sus distintas manifestaciones, y en atención a la más o menos intensidad con que incide en el perjudicado.

(36) Hay que precisar que se ha producido un cambio en la terminología utilizada, ya no se habla de persona con deficiencia, minusválido e incluso ni de discapacitado porque parece que nos estamos refiriendo a la persona en sí por su problema; actualmente se habla de “personas con discapacidad”, centrándose en la idea de que la persona es lo primero, y que éstas pueden perfectamente desarrollar su actividad diaria sirviéndose del apoyo que en cada caso sea necesario. Se intenta a través del lenguaje sensibilizar y concienciar a la sociedad en esta cuestión, siendo la integración de estas personas con algún tipo de discapacidad en la sociedad una obligación por parte de los poderes públicos como reconoce el artículo 49 de la Constitución Española. Igualmente es digna de mención en este sentido la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. (Publicado en BOE núm. 277 de 19 de noviembre de 2003).

Incluso se habla ya de un cambio en el término que se utilizará para referirse a los procedimientos de incapacitación judicial, pasándose a llamar procedimiento de modificación de la capacidad de obrar para su adaptación a lo estipulado en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2003, (esto viene recogido en la *Disposición final primera* de la Ley 1/2009 de 25 de marzo).

(37) Se suele definir los derechos de la personalidad como el poder que el Ordenamiento Jurídico concede a la persona, para la autoprotección de los intereses más inherentes a la misma, tanto en su aspecto material como moral.

el mismo grado y que denominamos como capacidad de obrar o de ejercicio.

Tras hacer esta matización, nos centraremos en el análisis de la cuestión que lleva por título este trabajo, y que no es otra que dilucidar si una persona con algún tipo de discapacidad, que carece de discernimiento suficiente para saber la afrenta a la que está siendo sometida, puede ser indemnizada por daño moral. Para ello nos hacemos las siguientes preguntas: ¿Una persona con falta de discernimiento puede sufrir daño moral? ¿Tiene que ser consciente del daño experimentado para ser indemnizado por ello?

Existen dos posiciones sobre este asunto: por una parte, hay quien opina que personas que carecen de pleno discernimiento, al no ser conscientes del agravio producido no pueden en ningún momento ser resarcidos por daño moral ya que esa zozobra, dolor, sufrimiento, angustia... al que pueden verse sometidos en realidad no son capaces de sentirlo puesto que no se están dando cuenta de que lo están padeciendo.

En defensa de este planteamiento, ponen como ejemplo a los menores de edad y a personas que se encuentra en estado vegetativo, en los que la falta de aptitud para sentir el daño que hubiesen podido sufrir es evidente.

El jurista argentino ORGAZ (38) mantiene que es necesario que la víctima tenga conciencia de dolor moral para aspirar a su indemnización. No pueden ser titulares de una acción de reparación por daño moral quienes carecen de la capacidad de percibir penurias de esa índole.

Por otra parte, y esta es la postura que creo más correcta, toda persona independientemente de que tenga limitada su capacidad, no cabe la menor duda que debe ser resarcido por daño moral en el caso de que lo sufra. Existen ciertos derechos esenciales e inherentes al ser humano que pueden tener manifestaciones tanto físicas (vida, integridad física) como morales (honor, intimidad, propia imagen) y que le pertenecen independientemente de sufrir alguna discapacidad. (39)

(38) Ha sido muy discutida esta materia en el derecho argentino y uno de los máximos defensores de esta postura, ha sido ORGAZ ALFREDO, *El daño resarcible*, Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 1980, p. 247.

(39) La propia Constitución Española en su artículo 10 reconoce la pro-

Efectivamente, es esa esencialidad e inherencia que caracterizan a estos derechos de la personalidad lo que justifica, desde mi punto de vista, que queden protegidos frente a cualquier agravio al que pudieran verse sometidos independientemente de que el sujeto tenga capacidad o no para comprender y padecer el daño. Esto es una manifestación más de la importancia que para el Derecho tiene la persona; así en este sentido, sostiene CASTÁN TOBEÑAS (40) que el hombre es el centro del Derecho.

En otro orden de cosas, hay que poner de relieve la existencia de distintos tipos de discapacidad (física, psíquica o sensorial) y cuando hablamos de personas con discapacidad, no quiere decir que éstas no tenga capacidad para realizar actos con relevancia jurídica; el problema se plantea en el caso de que la discapacidad sea elevada y no se haya incapacitado judicialmente a la persona ya que en este caso nos tendríamos que preguntar si el consentimiento prestado a la hora de realizar un determinado acto es válido o no. En nuestro Derecho, mientras que una persona no esté incapacitada judicialmente, debe presumirse su capacidad normal y, por tanto, habrá que proceder a destruir tal presunción alegando la falta de capacidad del sujeto para emitir válidamente tal consentimiento.

Circunscribiéndonos a los derechos de la personalidad, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen en su artículo 2 reconoce la protección de estos derechos y establece que no habrá intromisión ilegítima en los mismos en los casos autorizados por Ley y cuando su titular hubiese prestado su consentimiento expreso. Por su parte, el artículo 3 se refiere al consentimiento prestado por menores e incapaces, que podrán hacerlo por ellos mismos siempre que sus condiciones de madurez lo permitan y,

tección a la dignidad de la persona y en posteriores artículos desarrolla estos derechos, así: derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16), derecho a la libertad personal (art. 17), se tutela el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18).

(40) CASTÁN TOBEÑAS, José: "Los derechos de la personalidad", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, p. 5 y ss.

en otro caso, lo harán sus representantes legales (41). La doctrina entiende que con la expresión incapaz se está haciendo referencia a las personas incapacitadas judicialmente, si bien, sobre este particular hablaremos más adelante.

IV. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA SENTENCIA DEL TS DE 19 ENERO DE 2010

Hoy día hablar de la reparación del daño moral no ofrece duda tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como ya tuvimos ocasión de mencionar más arriba. Me parece interesante citar la

(41) Los artículos 2 y 3 de la mencionada Ley Orgánica establecen:

Artículo 2:

1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado.

La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios.

3. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Artículo 3

1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 (42) aunque sin ánimo de hacer un comentario exhaustivo de la misma puesto que de ella ya se ha ocupado CASTILLA BAREA con gran claridad y detenimiento (43), sí que me centraré en la conclusión a la que llega el TS negando que en la cuestión litigiosa se produjera daño moral.

Para ello haré un resumen de los hechos:

En el conocido programa de televisión *Crónicas Marcianas* se emitió una entrevista realizada por el periodista Javier Cárdenas a un tinerfeño que, tal y como se refleja en la sentencia de 1.^a Instancia, sufre una discapacidad psico-física apreciable a simple vista; y es precisamente esta circunstancia la que motiva la entrevista, puesto que la intención no es otra que la de resaltar esa falta de capacidad del entrevistado de forma burlona buscando la risa fácil del espectador.

Por este motivo, es la propia persona con discapacidad, a la que la sentencia llama D. Dimas y sus padres los que interponen demanda contra el entrevistador, el director del programa y la cadena que lo emite alegando que se había producido una intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad y propia imagen al no existir el consentimiento de los progenitores como es necesario en este caso.

La sentencia de 27 de diciembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Arona estimó la pretensión de D. Dimas en lo referente a los daños causados al honor y propia imagen, no así a la intimidad personal y familiar puesto que se consideró que ésta se había mantenido en la privacidad, condenándose a pagar 15.000 euros solidariamente por los demandados, así como a difundir la sentencia en el mismo medio en que se produjo la intromisión.

Se desestimó la pretensión de los padres puesto que no se les reconocía legitimados activos, ya que su hijo pese a una minusvalía del 66 % reconocida por el organismo competente, no está incapacitado judicialmente.

(42) Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/157), Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O' CALLAGHAN MUÑOZ.

(43) Véase CASTILLA BAREA, M.: "Comentario de la STS de 19 de enero de 2010", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0210-6206, núm. 85, pp. 91-117.

Se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife y en sentencia de 1 de febrero de 2006 se estima en parte el recurso de los padres del actor a los que les reconoce legitimación y confirmando en lo demás lo establecido en 1.^a Instancia, por lo que se mantiene la condena a quince mil euros por intromisión ilegítima.

Por su parte, los demandados recurren en casación alegando que D. Dimas sí prestó su consentimiento y fue entrevistado voluntariamente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010, declara haber lugar a los recursos de casación interpuestos, casa y anula la Sentencia de la Audiencia, desestima consecuentemente la demanda y condena en costas a los demandantes con respecto a la Primera Instancia.

Una vez hecho este resumen, me gustaría resaltar los aspectos más relevantes desde el punto de vista jurídico que se recogen en la sentencia, concretamente tres puntos son los que se analizan. De una parte, la validez o no del consentimiento emitido por una persona con discapacidad que no está incapacitada judicialmente pero presenta una manifiesta falta de capacidad natural. De otro lado, el análisis de la legitimación activa, es este caso de los padres del discapacitado y en último lugar, la valoración de si carácter jocoso del programa en el que se desarrollan los acontecimientos es o no una cuestión relevante para determinar si ha existido lesión en el derecho al honor.

Por lo que se refiere al primer aspecto, esto es, la validez o no del consentimiento emitido por una persona con discapacidad se establece en el FJ 3.º de la sentencia, que el Alto Tribunal establece que una minusvalía que no es incapacitación o minoría de edad, quedando constancia que el actor fue voluntariamente entrevistado y filmado, no resultando en consecuencia vulnerado su honor e imagen al existir consentimiento.

Además, reprocha al Juzgado de Primera Instancia que en su sentencia deje deducir que no hubo consentimiento, sin declararlo como hecho probado. "Tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad", afirma.

A mi juicio, la presunción de capacidad mientras que no exista una sentencia de incapacitación, es más que discutible en este caso

puesto que D. Dimas, tiene reconocida una minusvalía psico-física del 66 %, extremo que está acreditado entre los documentos que se aportan y que son ratificados y explicados por el perito judicial, que elaboró el dictamen solicitado como elemento probatorio. Asimismo, padece una importante patología visual, consistente en estrabismo convergente izquierdo.

De los hechos se aprecia que el actor fuera del círculo más íntimo no es una persona que se desenvuelva como una persona capaz. Existen muchas personas que no están incapacitadas simplemente porque sus familiares no lo ven necesario ya que consideran que es más positivo para la persona con discapacidad no hacerlo como una medida más para integrarlo en la sociedad. (44)

En el caso que nos ocupa, la utilización de un discapacitado en un programa de televisión usándolo precisamente para ganar cuota de pantalla jactándose de su discapacidad, atenta contra la dignidad del entrevistado y esto es así independientemente de que existiera o no consentimiento por su parte para hacer la entrevista. El TS hace una aplicación estricta de la norma, y se limita a decir que no existe vulneración al honor y a la propia imagen puesto que el demandante al no estar incapacitado judicialmente se presume capaz y como a su vez él prestó su consentimiento para realizar la entrevista no hay, por lo tanto, intromisión ilegítima. Sin embargo, si hubiera tenido en cuenta el dictamen emitido por el perito judicial al que se refiere la sentencia de 1.ª Instancia, hubiera quedado más que probado que D. Dimas no tenía capacidad suficiente para emitir tal consentimiento.

A mayor abundamiento me gustaría resaltar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 que en su artículo 22 establece que: 1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones.

(44) Sobre este particular escribe BERCOVITZ, R. en su artículo "La discapacidad como espectáculo", *Aranzadi Civil* núm. 1/2010.

2. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Otra de las cuestiones jurídicas que se plantean es si los padres del discapacitado en el caso que nos ocupa pueden ser considerados o no legitimados activos en el procedimiento; en la sentencia de Primera Instancia, se deniega a los padres tal legitimación, ya que como se establece en el Fundamento Jurídico 4.º *"en el presente supuesto, no puede invocarse la referencia a que los codemandantes (padres del entrevistado) comparecen en representación de Don Fermín como incapaz, ya que del examen de los documentos aportados a las actuaciones, Don Fermín no posee la condición de incapaz conforme a los presupuestos legalmente establecidos, es decir, la declaración judicial de incapacidad seguida en el procedimiento establecido en el art. 756 y siguientes de la LEC, en conexión con el art. 199 y 200 del Código Civil"*. Por ello, al no existir declaración judicial de incapacidad, debe desestimarse la demanda en cuanto a los padres, por no ostentar legitimación activa.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial en el Fundamento Jurídico 2.º de la misma parece reconocer tal legitimación a los padres, ya que en ella se establece que *"el entrevistador debió solicitar, si ya no el consentimiento por escrito, sí al menos el parecer de los padres o familiares del entrevistado, a la vista de lo cual podía suplir las deficiencias que notoriamente se hacían evidentes para determinar si el entrevistado estaba capacitado o no para dar un consentimiento expreso. Pero nada de ello hizo, por lo que debe concluirse que no existe en el presente caso el consentimiento expreso que requiere la Ley"*.

Por lo que respecta al último de los aspectos, se tiene en cuenta a la hora de aceptar el recurso de casación el "contexto jocoso" de la emisión del programa donde se emitió la entrevista, "desprovisto de agresividad difamatoria" para excluir la intromisión en el derecho al honor y la propia imagen en este caso; y continúa diciendo que si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reproachable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima.

Está claro que una vez más ganan los medios de comunicación, ¿cómo es posible que se alegue el contexto jocoso de la emisión del

programa para decir que no se produjo daño moral alguno?, ¿acaso no es más que suficiente lo estipulado en el fundamento jurídico noveno de la sentencia de 1.ª Instancia para acreditar que sí hubo daño moral?

Este FJ 9.º dice lo siguiente: En este litigio, se considera que el daño moral ha sido importante, por cuanto que el actor ha padecido, según los informes médicos, y la pericial judicial aportada, un síndrome de stress postraumático, como consecuencia de la entrevista y de las burlas y mofas que sobrevinieron a la misma, acrecentando las minusvalías psíquicas que ya padecía el sujeto, presentando incluso un cuadro de alteraciones del sueño, hipermnesia en relación a la situación traumática vivida (como consta en la pericial judicial), produciéndose una agravación del trastorno orgánico de la personalidad que ya padecía. Todo esto no ha sido tenido en cuenta por el TS.

Igualmente, hay que decir que en otras sentencias del Tribunal Supremo a diferencia de lo que ocurre en la sentencia que comentamos, ha negado la relevancia del tipo de programa o publicación en el que se desarrollan los hechos así como los fines perseguidos, para entender concurrente o no la vulneración de los derechos en conflicto (así, la STS de 16 de noviembre de 2009, RJ 2010/660, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos donde se rechaza que el carácter del programa pueda ser relevante para juzgar la intromisión o no en los derechos objeto del litigio, aunque no aprecia vulneración de los mismos).

No obstante hay que señalar, que la Sala Segunda del TC, por unanimidad, declara nula la sentencia del Tribunal Supremo que venimos analizando (45). En este caso ha sido el fiscal quien ha presentado el recurso de amparo, cumpliendo su función de tutela de las personas discapacitadas.

Así pues, la sentencia del TC de 16 de diciembre de 2013 (46) ha declarado la nulidad de la sentencia del TS de 19 de enero de 2010,

(45) Véase el estudio realizado de esta sentencia por Cabezuelo Arenas, A. "Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie sentencia de incapacitación" en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/ 2014.

(46) Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2013 (RTC 2013/208), Ponente: Excmo. Sra. Doña Adela ASUA BATARRITA.

reconociendo que la emisión en 2002 en el programa “Crónicas marcianas” de Telecinco de una entrevista a un ciudadano con una discapacidad física y psíquica reconocida del 66 por ciento vulneró su derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE).

Desde mi punto de vista, son de gran acierto los postulados que deja sentados la sentencia del TC a la que nos referimos, puesto que por un lado reconoce que el derecho a la información no debe prevalecer en el caso enjuiciado frente al derecho al honor y a la propia imagen, ya que se establece en el Fundamento Jurídico 5.º, que la entrevista realizada, carece, desde cualquier perspectiva, del interés público y la relevancia pública necesaria para que esté cubierta por el ejercicio de esa libertad por profesionales de la información y, muy al contrario, resulta una clara intromisión y abuso de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Y es que, en efecto, la entrevista realizada por Javier CÁRDENAS y posteriormente emitida en el referido programa, y reflejada también en su página web, no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus signos evidentes de discapacidad físicas y psíquicas, animus iocandi que fue advertido tanto en la Sentencia de primera instancia como en la dictada en apelación, e incluso en la recaída en casación, que consideró poco ética la actuación del medio televisivo.

Igualmente, se reconoce en la sentencia, que el artículo 49 de la CE contiene un mandato de protección a las personas con discapacidad al establecerse en el mismo que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”, y este precepto constitucional, “debe conducir a impedir que se lleven a cabo actuaciones como la aquí descrita sobre personas afectadas de cualquier tipo de discapacidad”. En el presente caso, el derecho a la información no solo no puede prevalecer sobre los derechos al honor y a la propia imagen sino que “resulta denigrado” al haber sido “empleado torticeramente”.

Por otro lado, resulta también de gran relevancia, la declaración que se hace referente al consentimiento prestado por el entrevistado, ya que el TS consideró que debía entenderse válido al no haber-

se declarado judicialmente su incapacidad. Según el TC, el órgano judicial debe “superar esa percepción objetiva de la incapacidad” y “valorar adecuadamente” la especial situación en la que se sitúan estas personas. “Por tanto, en este supuesto, no basta con presumir la voluntad por el hecho de realizar la entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento, constancia que no ha quedado probada”. Como bien se dice en el Fundamento Jurídico 1.º, la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se presenta en unos términos absolutamente formalistas y abiertamente contrarios a los datos fácticos acreditados en la instancia, y es que la presunción de capacidad del entrevistado al no ser un incapacitado judicialmente, decae por sí sola en el caso que nos ocupa, puesto que la discapacidad del entrevistado es apreciable a simple vista incluso por un profano en la materia.

El TC concluye diciendo en su Fundamento Jurídico 6.º que los demandados “utilizaron la situación de vulnerabilidad del entrevistado con la clara y censurable intención de burlarse de sus condiciones físicas y psíquicas, atentando de esa manera no solo contra sus derechos al honor y a la propia imagen, sino incluso contra su dignidad”. “Y la conclusión anterior, añade la sentencia, no puede resultar condicionada por el hecho de que no mediara una declaración judicial de incapacitación, pues ello supondría, en definitiva, supeditar la eficacia de la previsión del art. 49 CE a la existencia de tal declaración.

Esta sentencia del TC, es digna de alabanza ya que se protege a la persona y a su dignidad por encima de todo, sin aplicar la norma en un sentido estricto, es decir, sin presumir que el sujeto presta válido consentimiento ya que se presume capaz para ello puesto que no es un incapacitado por sentencia judicial, obligando en este caso a los periodistas y a los medios de comunicación en general a adoptar la diligencia debida y valorar caso por caso las circunstancias de la persona que entrevistan.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Toda persona tiene derecho a ser resarcido ante cualquier lesión que sufra en su esfera más íntima, es decir, en los llamados derechos de la personalidad, incluyendo en esta protección a menores

y personas con discapacidad sean o no conscientes del daño que hayan sufrido.

El problema en esta materia es que son muchos los puntos de vista que se tratan y en los que se basan los autores para definir el daño moral y esto acarrea graves consecuencias puesto que no existe consenso sobre lo que debe considerarse como tal. Pero lo que pudiera ser una cuestión doctrinal, se traslada también a la propia jurisprudencia y podemos encontrar posicionamientos muy dispares en las sentencias a la hora de llegar a considerar que tal hecho se incluya en lo que deba ser reparado por daño moral.

Dos cuestiones son las que principalmente llevan a esta situación: la amplitud del concepto y que su valoración se deje al arbitrio del juez.

Con respecto a lo primero, tal y como está enfocado hoy día el concepto, convierte al daño moral en una especie de cajón de sastre de cuestiones que realmente no tienen cabida en este tipo de daño pero que de otra manera quedarían sin reparar lo que hace que finalmente se desfigure totalmente el concepto; es lo que Díez PICAZO denomina "el escándalo del daño moral".

En nuestra vida diaria estamos expuestos a multitud de situaciones que nos producen stress, incertidumbre... y que no por ello debemos ser indemnizados si lo sufrimos puesto que forman parte de la propia rutina. Cuando hablamos de reparación del daño moral, debe haber sido la lesión de gran relevancia y entidad para que pongamos en marcha los mecanismos necesarios para que nuestro derecho quede tutelado.

Es por ello que un concepto estricto, refiriéndose el mismo como un perjuicio psicológico derivado de la lesión a un bien de la personalidad, facilitaría las cosas.

Una posición estricta no quiere decir que el concepto no deba adaptarse a la realidad social que nos toca vivir; estamos en constante cambio y esto también conlleva que se produzcan daños imprevistos hace 40 años.

Por lo que se refiere a la otra de las cuestiones, se ganaría en seguridad jurídica si existieran unos parámetros o estándares de referencia que sirvieran de guía en esta materia, aunque parece que en un intento por reconducir la situación se aprecian criterios para graduar, evaluar y cuantificar el daño moral (así en la STS 9 de diciembre de 2010 que hemos comentado más arriba).

Muchos autores están en lo cierto cuando opinan que es necesario una regulación legal de la materia, puesto que aún no queda claro lo que debe ser indemnizado por daño moral. Esto serviría de guía al propio juez y no se dejaría todo a su discrecionalidad.

Igualmente, otro mecanismo útil sería el de la prevención, es decir, que los poderes públicos adoptaran todas las medidas a su alcance para prevenir ciertos daños morales.

Como dice GÓMEZ POMAR en este sentido, es necesario que se lance un mensaje a la sociedad: "La indemnización esperada deberá así coincidir con el daño socialmente esperado para que el mensaje –las señales– que el sistema jurídico envía a los agentes sociales les incentive a adoptar las precauciones socialmente óptimas" (47).

(47) GÓMEZ POMAR, F.: "Daño moral", en *Indret*, núm. 1/2000, p. 4.

EL PASIVO DEL CONSORCIO CONYUGAL ARAGONÉS (1)

Juan Ignacio Medrano Sánchez
Magistrado

Resumen: Este trabajo analiza el régimen de responsabilidad de los bienes comunes y de los bienes privativos por las deudas contraídas por los cónyuges sometidos al régimen aragonés de comunidad, el consorcio. La distinción doctrinal entre la relación interna y externa no es fácilmente trasladable a la regulación legal y, en definitiva, acaba produciéndose un alto grado de intercambiabilidad entre los supuestos de pasivo provisional y definitivo, lo que explica en buena medida las dificultades con que los operadores jurídicos se enfrentan al pasivo del consorcio.

Palabras clave: responsabilidad del patrimonio común y de los bienes privativos por deudas, reintegros entre patrimonios

Abstract: This work analyses the regime concerning the responsibility of marital and separate properties due to the debts incurred by the spouses subjected to the Aragonese regime of community, the consortium ("consorcio" in Spanish). The doctrinal differences between internal and external relations are not easily implemented in legal regulations. Thus, there is a high degree of interchangeability between the hypothesis of provisional or definitive liabilities. This explains largely the difficulties that legal operators face when dealing with consortium liabilities.

Keywords: responsibility of marital and separate properties due to debts, reimbursement between assets.

(1) Este trabajo forma parte de la colaboración del autor con el Grupo de investigación de la Universidad de Zaragoza titulado "Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado", reconocido por el Gobierno de Aragón y dirigido por la Dra. María-Ángeles PARRA LUCÁN.

SUMARIO

- I. IDEAS GENERALES SOBRE CONSORCIO COMO MASA PATRIMONIAL DIFERENCIADA
 - 1.1. La amalgama del pasivo
 - 1.2. La relevancia de la naturaleza jurídica del consorcio
 - 1.3. La incidencia en el pasivo de las fuentes del activo.
La relación del pasivo con las fuentes que integran el activo
 - 1.4. La falta de identidad del consorcio en el tráfico jurídico
 - 1.5. Las consecuencias sustantivas y procesales de esa falta de identidad: el consorcio carece de personalidad jurídica y de personalidad procesal
 - 1.6. El sistema de los arts. 218 a 226 del Código de Derecho foral de Aragón
- II. RESPONSABILIDAD DEFINITIVA DEL PATRIMONIO COMÚN
 - 2.1. Atenciones legítimas de la familia
 - 2.2. El pasivo derivado del ingreso en el activo de los rendimientos del patrimonio privativo
 - 2.3. Las atenciones de un diligente usufructuario
 - 2.4. La actividad beneficiosa para el consorcio
 - 2.5. El beneficio efectivo como parámetro del pasivo definitivo
 - 2.6. Los daños a terceros
 - 2.7. El pasivo definitivo excluido
- III. LA RESPONSABILIDAD PROVISIONAL DEL PATRIMONIO COMÚN
 - 3.1. La deuda de gestión de lo consorcial y lo ordinario de la actividad privativa
 - 3.2. La administración ordinaria de los bienes propios de los cónyuges
 - 3.3. Deudas contraídas en el ejercicio de sus facultades de administración o disposición de bienes comunes
 - 3.4. Las deudas de comercio
 - 3.5. Indemnizaciones por daños a terceros causados en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aun por dolo o culpa grave
 - 3.6. Los cónyuges como deudores
- IV. RESPONSABILIDAD DE BIENES PRIVATIVOS
 - 4.1. La extensión de su responsabilidad
 - 4.2. La relación del precepto con el régimen primario del matrimonio
 - 4.3. La contribución en defecto de bienes comunes: el art. 221 CDFA

4.4. Responsabilidad por deudas de adquisición de bienes comunes

V. LA DEUDA PRIVATIVA

- 5.1. Los caracteres de la deuda privativa
- 5.2. La responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes
- 5.3. La ejecución de bienes comunes por deudas privativas.
El art. 225 CDFA. Su relación con el art. 541 LEC
- 5.4. El ámbito del art. 541 LEC.: la unilateralidad de la deuda
- 5.5. La ubicación del art. 225 CDFA en el ámbito procesal
- 5.6. La posición del acreedor privativo en la liquidación
- 5.7. La relevancia sustantiva del art. 541.3 LEC
- 5.8. La inoponibilidad del cambio del régimen económico del matrimonio. La proyección sobre los patrimonios disueltos, con o sin liquidación. Sus consecuencias procesales

VI. RELACIONES ENTRE PATRIMONIOS

- 6.1. Los reintegros
- 6.2. El enriquecimiento sin causa en las economías domésticas.
- 6.3. Los supuestos reglados
- 6.4. El deber de reequilibrio patrimonial
 - 6.4.1. La mejora de los bienes privativos a costa del patrimonio común
 - 6.4.2. La mejora de los privativos por el trabajo del cónyuge no titular
 - 6.4.3. Los bienes privativos *ad personam*

I. IDEAS GENERALES SOBRE EL CONSORCIO COMO MASA PATRIMONIAL DIFERENCIADA

1.1. La amalgama del pasivo

El régimen consorcial crea unas masas patrimoniales sometidas a un régimen jurídico específico al que el legislador va a tratar de diferenciar y de dotar de autonomía con relación al patrimonio de los cónyuges. Estas masas recibirán así denominaciones contrapuestas, bienes comunes (art. 210 CDFA), bienes privativos (art. 211 CDFA). Distinción que tendrá una repercusión inmediata en su régimen de responsabilidad, lo que se puede observar en el ámbito de las re-

laciones entre esos patrimonios y las de las relaciones de los tres patrimonios con terceros. Pero será una diferenciación la que se alcance solo relativa, dado el alto grado de permeabilidad entre ese patrimonio y los exclusivos de los cónyuges.

Comprender el régimen de responsabilidad exige tener presente una pluralidad de factores muy heterogéneos, en alguna manera de forma correlativa a la diversidad de fuentes que integran el activo del consorcio. Importa la naturaleza jurídica de ese patrimonio común; también la conformación del activo de ese patrimonio; asimismo la forma en que opera esa masa patrimonial en el tráfico jurídico. Deben tenerse presente desde luego las reglas de su gestión y en relación con las mismas intentar respetar una idea de principio en cualquier comunidad, a saber que no puede ser admitido que uno de los comuneros pueda con sus solos actos comprometer de una manera ilimitada todo el patrimonio consorcial. Pero este principio encontrará aquí sustanciales excepciones. Tampoco es ajeno al pasivo la profunda relación que hay en la economía matrimonial entre aspectos personales y los patrimoniales, lo que impide hacer en muchas ocasiones una lectura desde una concepción meramente patrimonialista o la que se pudiera tener desde una perspectiva exclusiva del Derecho de obligaciones. Todo ello resta homogeneidad al pasivo de la comunidad. Sobre la base de esos presupuestos es como procede analizar cómo y porqué responderán un patrimonio, el consorcial y los privativos; o todos ellos.

1.2. La relevancia de la naturaleza jurídica del consorcio

La naturaleza jurídica es esencial porque definirá qué puede ser referente en la responsabilidad y solvencia de los cónyuges. En efecto el patrimonio consorcial se categoriza dentro de lo que se ha denominado comunidad de mano común, comunidad que se valora siempre de forma colectiva frente a la consideración individual del condominio romano, de manera que solo colectivamente sus titulares son tributarios del ejercicio de las potestades jurídicas sobre el patrimonio común. Si la naturaleza de ese patrimonio fuera la de la comunidad romana desaparecería gran parte de la problemática del pasivo del consorcio, en concreto toda la referente a los acreedores, que podrían dirigirse así contra la mitad indivisa de los bienes que integran el activo del consorcio.

1.3. La incidencia en el pasivo de las fuentes del activo.

La relación del pasivo con las fuentes que integran el activo

La forma en la que se integra el activo del consorcio tampoco se puede dejar de tener presente: no se puede romper la relación que tiene la integración del activo del patrimonio común con la responsabilidad pecuniaria de los cónyuges so pena de entorpecer, disminuir o incluso anular la solvencia de los cónyuges. En efecto, un sistema como el del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA), en el que el activo del patrimonio consorcial lo es de ganancias y en el que se contempla que no solo los rendimientos de todos los bienes sino incluso un derecho casi personalísimo, aunque con sustancia patrimonial, como es el salario o compensación del trabajo personal e incluso las pensiones devengadas (art. 210.1 d) CDFA), sean comunes, así como el beneficio obtenido de las empresas y explotaciones económicas, si no contemplara un correlativo trasvase de las deudas dimanantes del patrimonio privativo hacia el consorcio convertiría a un aragonés casado bajo el régimen legal en un sujeto de derecho con una solvencia disminuida. Esto no es del todo exacto porque como hemos anticipado esa autonomía del patrimonio común es, a este y a otros efectos, solo relativa y dado que cada cónyuge es cotitular en el común, y por tanto con una titularidad patrimonializable, inexcusablemente responderá y su solvencia se medirá también con relación a esa participación, aunque se trate de una participación no transmisible y, por tanto, tampoco embargable (RDGRN 4 de octubre de 2012). Por otra parte, si no se tiene en cuenta esta correlativa participación en lo común, que no se traduce ya en una mimética correspondencia o porcentaje con el valor de esa ganancia al ser la misma de origen consorcial y no privativa, si no se tiene en cuenta esa participación, se repite, tendencialmente el patrimonio privativo sufrirá un proceso de envejecimiento y anquilosamiento, con lo que solo la plusvalía interna del propio bien, si es que la hay, se mantendrá en el ámbito de lo privativo.

1.4. La falta de identidad del consorcio en el tráfico jurídico

No se puede dejar de traer a colación, porque es de una importancia capital para la comprensión del pasivo, el tener presente que dadas las características y la conformación heterogénea del consor-

cio, esta masa patrimonial no actúa en el tráfico jurídico de una manera ni diferenciada ni con identidad propia, reconocible al menos por los terceros. Quienes actúan en el tráfico jurídico son los cónyuges con sus actos y sus negocios jurídicos individuales o conjuntos, aunque puedan hacerlo disponiendo de los bienes comunes y sobre todo, y en lo que aquí interesa, vinculando al consorcio. Pero cuando lo hagan, porque se les reconozca la potestad jurídica de hacerlo, no lo harán nunca actuando en representación de consorcio. No hay nunca un fenómeno representativo: no actúan en “nombre y por cuenta del consorcio”. Ni aun cuando actúen los dos cónyuges en el mismo acto o negocio jurídico (2).

Solo tangencialmente por razones de seguridad jurídica, con proyección sobre todo registral, aflorará la condición consorcial del patrimonio que se adquiera por uno o por los dos cónyuges. Por tanto para los terceros la realidad de ese patrimonio consorcial quedará de ordinario oculta o cuando menos no exteriorizada y tan apenas se producen, aunque preocupen mucho al legislador, fenómenos de actuación meramente aparente que justifiquen una recurrente específica invocación a la buena fe de terceros. Y cuando ese tercero con el que se relacionan en el tráfico pretenda la seguridad desvincular de manera plena el patrimonio común eso es lo que hará, exigir la intervención de los dos cónyuges. Esto explica que este patrimonio carezca de personalidad jurídica (STS de 26/3/1979), e incluso de capacidad para ser parte en el proceso (3).

(2) SERRANO GARCÍA, José Antonio, advertirá con más contundencia todavía que “no siendo la comunidad persona jurídica, no puede, ella misma, contraer deudas, pues no podrá estar representada” (*Las deudas de los cónyuges, pasivo de la comunidad legal aragonesa*), José M.^a Bosch Editor SA, Barcelona 1992, pp. 33 y 34.

(3) Y esto explica también que como quiera que el *nomen iuris* es un dato esencialísimo, por su carácter identificador, en el tráfico jurídico, hasta la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico del matrimonio el patrimonio común en el régimen aragonés careciera de nombre. El propio Preámbulo de esa Ley explicaría la conveniencia de atribuírselo y las razones por las que parecía adecuado el de “consorcio conyugal” para el régimen matrimonial aragonés, que carecía de nombre propio con que designarlo y diferenciarlo. La nueva regulación optó por el de “consorcio conyugal”. Algo inimaginable si el consorcio hubiera tenido verdadera autonomía e identidad propia en el tráfico jurídico, pues hubiera necesitado de manera inmediata un nombre o referente jurídico que lo diferenciase.

Una última reflexión puede realizarse como consecuencia de esa falta de unidad, de esa heterogeneidad, y es la contemplación de esa comunidad como un patrimonio al que no deja de faltarle una cierta dinamicidad. No se trata de una comunidad estática, a la suerte de la que resulta tras su disolución y hasta su liquidación. Pero tampoco llega a configurarse como un patrimonio dinámico al uso de las que puedan hoy considerarse ejemplo de las mismas, de las denominadas comunidades funcionales, de las comunidades-empresa o de las comunidades con una finalidad específica que no sea la satisfactiva. Ello es así por su heterogeneidad, por la intensa yuxtaposición que se produce en su seno entre lo privativo y lo común; patrimonio además guiado por un principio básico satisfactivo, la atención de las necesidades familiares (arts. 187 y 218.1 a) CDFA) que desplaza el aspecto activo del patrimonio como algo autónomo y diferente del interés patrimonial de los propios cónyuges.

1.5. Las consecuencias sustantivas y procesales de esa falta de identidad: el consorcio carece de personalidad jurídica y de personalidad procesal

La falta de identidad del consorcio en el tráfico jurídico guarda así una intensa relación de causa-efecto con su falta de personalidad jurídica, lo que obliga a que prácticamente todo el protagonismo se asuma por los cónyuges. El patrimonio consorcial no es así casi nunca distinguible ni se suele representar con identidad propia. Y por esa falta de identidad el patrimonio consorcial **nunca es deudor**; condición que la tienen solo los cónyuges, y el consorcio no se representa como tal ni aun de manera aparente: los terceros no tendrán de ordinario como referencia de su relación ese patrimonio sino solo los cónyuges que tienen en él participación. Estos son los deudores. Tan esto es así que luego el Derecho Procesal, tan necesitado de construir categorías abstractas, no se verá en la conveniencia de reconocer al consorcio la condición de parte en el proceso (4), pero contemplará el fenómeno (art. 541 LEC) al no poder desconocer que, no siendo ni pudiendo ser el consorcio deudor, sí que es una

(4) Es inútil buscarlo en la lista del art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y si alguien ha querido encontrarlo el art. 541.1 LEC despejará todas las dudas.

masa patrimonial que puede soportar las acciones de los acreedores por deudas asumidas por uno o por los dos cónyuges, sea solo por la participación patrimonial del cónyuge deudor en el consorcio, sea en su totalidad. En definitiva el patrimonio consorcial es una masa heterogénea de bienes, carente de ordinario de identidad en el tráfico jurídico, por tanto en alguna medida un patrimonio al que aunque se le quiere otorgar una consideración unitaria no se exterioriza frente a terceros, que tiene una autonomía solo relativa, sin personalidad jurídica ni capacidad para ser parte en el proceso.

Semejantes características hacen extraordinariamente difícil el esfuerzo del legislador por construir un régimen general que logre diferenciar una relación interna de una externa. Algo que doctrinalmente se tiene muy interiorizado pero que no es tan fácilmente trasladable a su regulación legal. Se hace además, acaso como una consecuencia necesaria, forzando de una manera excesiva los conceptos de responsabilidad (pasivo provisional) y deuda (definitiva o interna) que en muchos casos propician unos confusos efectos ópticos; por mucho que se insista en que el pasivo definitivo no importa al acreedor, para el mismo y para la lógica de las cosas, no se entendería que tal pasivo no fuese siempre responsabilidad frente a terceros. El resultado normativo final es reflejo de todas esas características, de esa heterogeneidad y de su falta de identidad y es lo que conduce a un alto grado de intercambiabilidad entre los supuestos de pasivo provisional y definitivo. Y al grado de dificultad con el que los operadores jurídicos se enfrentan al pasivo del consorcio.

En el consorcio, como en toda comunidad, no es aceptable, como ya se ha dicho, que uno solo de los cotitulares pueda comprometer todo el patrimonio sino sólo, en principio, sus derechos. Pero el patrimonio consorcial no es, como se ha dicho, un patrimonio identificable y reconocible por terceros con los que, recordamos, no se relaciona y sí con los cónyuges. Antes al contrario, el consorcio está construido por una globalidad de bienes que no tienen una conexión entre sí; por tanto su unidad es conceptual, una amalgama de bienes cuya consorcialidad resulta de determinaciones jurídicas predefinidas legalmente. No es en sí una unidad económica productiva. Pérdida de unidad económica que le resta dinamicidad. Esa característica unida a las ya citadas, naturaleza germánica, falta de identidad y de actuación autónoma y propia en el tráfico jurídico, junto con la posibilidad de, pese al principio general de cogestión,

vincular unilateralmente todo el patrimonio consorcial (lo que contemplado como excepción opera con notable laxitud) y aun incluso con actos unilaterales que nada tienen que ver con esa gestión, termina conduciendo a la construcción de un esquema de extraordinaria complejidad que acaba arrastrando la configuración legal: todo el pasivo definitivo es pasivo provisional y casi todo el provisional es reconocible en el pasivo definitivo.

Una última reflexión, de corte procesal. Conviene poner de relieve que las dificultades de identificación del pasivo del consorcio se acrecientan en atención a la circunstancia de que es una materia sobre la que no hay criterios casacionales. En efecto, una cuestión procesal, la diferencia entre "apelación" y "segunda instancia" ha llevado a privar de criterios del TSJ de Aragón sobre el pasivo. Pese a la inespecificidad de la Ley procesal entre uno y otro concepto, "apelación" y "segunda instancia" que se anticipan en el capítulo III y en la rúbrica 1.^a del Título IV de la LEC, lo cierto es que el recurso de casación se reserva, lo mismo en la LEC (art. 477.2 LEC) que en la Ley sobre casación foral aragonesa, Ley 4/2005 (art. 2), a las "sentencias dictadas en segunda instancia". El TS interpretó que las sentencias que se dictaban en la primera fase del proceso judicial de división de patrimonios, la de formación de inventarios (art. 809 LEC) participaba de la naturaleza de la cuestión incidental, de suerte que no constituía verdadera segunda instancia y era, por tanto, inaccesible al recurso de casación. Lo que terminó diciendo también, aunque con algún mayor titubeo, respecto a las dictadas para su liquidación (arts. 810.5 y 787.5 LEC). Criterio que, aunque singularmente se ha criticado con no poca lucidez entre nosotros (5), se ha terminado asumiendo por el TSJA, con la conclusión antes advertida de que el pasivo, que mayoritariamente se dilucida en esos procesos, haya quedado huérfano de doctrina casacional.

La razón que invoca el TSJ de Aragón para llegar a esa solución (Auto de 14/05/2010) es que la interpretación del Tribunal Supremo le es vinculante sin que exista salvedad legal alguna en

(5) BONET NAVARRO, Ángel: "El recurso de casación y las sentencias de apelación dictadas en el proceso incidental del artículo 809.2 LEC", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2010, edit., Institución Fernando el Católico, p. 11, autor para el que, en síntesis el TS ha terminado confundiendo la "cuestión incidental" con el "procedimiento incidental".

la regulación propia de Aragón. Pero de ser así la misma solución debería aplicarse respecto de las sentencias que resuelven la oposición al cuaderno particional (art. 810 con relación al art. 787.5 LEC, Autos 11.12.2012, 25.03.2003, rec. 1318/2002, recordado por ATS 9.4.2013, ATS 13.X.2013 y el más reciente ATS 19.11.2013, a propósito de la formación de inventarios, recordando el mismo criterio sostenido en el auto "de 25 de marzo de 2003, en recurso 1318/2002, sobre irrecurribilidad de la sentencia dictada en juicio relativo a la impugnación del cuaderno particional en liquidación de la sociedad de gananciales").

Y si esa problemática se proyecta sobre la carga o pasivo definitivo, lo mismo acaece con la responsabilidad o pasivo provisional, para el que el legislador ha diseñado un incidente en ejecución de sentencia, el regulado en el art. 541 LEC que fina por "auto", por tanto no accesible a la casación a la que sólo acceden las "sentencias", con lo que los pronunciamientos casacionales sobre la deuda y responsabilidad del consorcio son excepcionales y tangenciales: se resolverán en el incidente de consorcialidad pasiva del art. 541.2 LEC cualquiera que sea el orden jurisdiccional que esté conociendo del apremio (6).

(6) La Sala de Conflictos del TS en Auto 07.12.2011 (rec. 26/2011) para un supuesto que guarda mucha similitud con el incidente de consorcialidad pasiva, el de la tercería de dominio con relación a un embargo preventivo practicado en la pieza de responsabilidad civil de un proceso penal razonará "que "ante todo debe señalarse que la competencia en cuestión es más funcional que objetiva, pues las tercerías de dominio y de mejor derecho, antes reguladas en la LEC de 1881 como un incidente del procedimiento de apremio dentro del Título XV dedicado al juicio ejecutivo, se regulan hoy, en la LEC de 2000, dentro del capítulo relativo al embargo de bienes, encuadrado en el título dedicado a la ejecución dineraria, atribuyéndose la competencia para conocer de la tercería de dominio, por el art. 599, al "tribunal que conozca de la ejecución". Tratándose de embargos preventivos, es decir acordados como medida cautelar, su art. 729, dentro del título relativo a las medidas cautelares, prevé la posibilidad de tercerías de dominio, lógicamente no de mejor derecho salvo que se interpongan por quien en otro proceso reclama del mismo deudor una cantidad de dinero, y ha de entenderse que el juez competente para conocer de dichas tercerías de dominio será, en tal caso, el mismo que hubiera acordado el embargo preventivo, produciéndose así una competencia funcional derivada de la también funcional establecida en el art. 723. A partir de lo anterior, que concuerda con la actual configuración legal de la tercería de dominio, en el

1.6. El sistema de los arts. 218 a 226 del Código de Derecho foral de Aragón

El régimen jurídico del pasivo del consorcio no puede, por esa falta de autonomía plena, construirse tampoco de una manera autónoma, sino que tiene que hacerse siempre con relación a las deudas privativas. El patrimonio común, desde el punto de vista del pasivo, es un centro de imputación de intereses y lo que el legislador va a ordenar es de qué y cómo va a responder. Y aquí sí se verá en la necesidad de diferenciar ahora con más nitidez lo que es propio de cada cónyuge de lo que es propio del consorcio. Y para ello utilizará un sistema de doble lista, deudas a cargo de los cónyuges y deudas que son responsabilidad del consorcio. Y frente a ambas presentará un concepto referenciable en exclusiva a cada uno de los cónyuges, la de las deudas privativas, siquiera para las mismas utilice una configuración residual y negativa con relación a la primera lista (art. 223.1 CDFA). Pero el concepto de deuda privativa no es solo residual sino también de contraste con relación a cada una de las listas, de manera que hay deudas *internamente* privativas y responsabilidades *externamente* privativas. Se parte pues de una confrontación inicial entre la deuda común y la privativa, si bien se entiende

art. 601 LEC, como única y exclusivamente orientada al alzamiento del embargo, incorporándose así a la ley lo que ya era doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, las normas que de modo más claro determinan la competencia del Juzgado de Instrucción para conocer de una tercería de dominio en el caso de embargo acordado como medida cautelar para asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito son, de un lado, el art. 9 LECrim., que atribuye a los jueces y tribunales del orden penal la competencia para conocer de “todas las incidencias” de la causa de que vinieran conociendo, y, de otro, el art. 614 de la misma ley en cuanto, dentro del título relativo a las fianzas y embargos, dispone que los jueces y tribunales, evidentemente del orden penal, “aplicarán lo dispuesto en la legislación civil sobre fianzas y embargos” en todo lo no previsto en el propio título”.

por el legislador que la protección del tercero con el que se relacionan los cónyuges, ya hemos visto que no el consorcio, no haría justo trasladar al mismo toda la complejidad de lo que es una dinámica de relación común/privativa, propia del ámbito interno y familiar de su deudor o deudores.

Una consolidada doctrina sentó, con un sentido lógico/estructural de este fenómeno patrimonial, pero acaso con notables dificultades de proyectarse normativamente, una distinción entre aquello que se ha de considerar pasivo propio del consorcio con aquello otro que lo ha de ser en la relación externa, frente a acreedores de buena fe; se sentó pues la diferencia entre el pasivo definitivo, "lo que por naturaleza debe ser a cargo de la comunidad", del "pasivo provisional", esto es de aquello de lo que se debe responder frente a terceros, a los que no se podrá discutir que la masa patrimonial común deba soportar la agresión del acreedor para la satisfacción de su crédito. Pero que satisfecho genera o pueda generar de manera contable un "debe" en la cuenta del cónyuge que generó unilateralmente esa deuda o a quien le sea imputable en la relación interna. Surgen pues dos listas, la del art. 218 CDFA, que se refiere al pasivo definitivo, y la del art. 219 del mismo Código, referida al provisional. Listas con las que se contrasta la de las deudas privativas, pero que se configura, ya se ha anticipado, con un carácter residual y negativo. En esta construcción teórica el pasivo definitivo es lista que no debería interesar al acreedor, sino que debe ser referente interno entre los cónyuges. Estos tienen el pasivo definitivo como reglamentación de las relaciones internas entre sus patrimonios privativos y el consorcial. Por el contrario el acreedor debería buscar en la lista del pasivo provisional, en la que debe encontrar la clave de si la deuda contraída por solo un cónyuge debe soportarse por todos los bienes que integran el activo del consorcio (no la contraída por los dos, pues esa deuda siempre es consorcial frente a los terceros).

Este esquema sustantivo previo luego se enturbia en la medida en la que se produce un altísimo grado de fungibilidad entre el pasivo definitivo y el provisional, ya que los supuestos de este último van a poder identificarse casi en su totalidad con los del pasivo definitivo. En efecto, el art. 218 CDFA contiene lo que es el pasivo definitivo (carga o deuda), que se construye sobre dos apartados, uno para catalogar lo que lo es y el segundo para excluir los supuestos que estando incluidos en el primero deben rechazarse por deter-

minadas razones: por su intención (la de perjudicar al consorcio) o por la negligencia en la que se incurrió (con grave descuido de los intereses familiares).

Mas luego, al redactar la lista del pasivo provisional, incorporará al mismo en su integridad el pasivo definitivo, con recíprocas remisiones entre uno y otro pasivo y porque, al terminar atendiendo a la condición del deudor, aun a uno solo de los cónyuges, *termina volcando todo el pasivo definitivo en el provisional* (art. 219.2 CDFA). En efecto, el art. 219.2 CDFA lo hace responsable (pasivo provisional) de las deudas enunciadas en el art. 218.2 CDFA "contraídas por uno solo de los cónyuges", como si se presupusiera que en la lista del art. 218.1 CDFA se hubieran contraído por los dos. Las deudas del art. 218.1 CDFA son definitivas porque lo dispone la norma y su carácter común lo hace inmediatamente externo, pese a lo que pudiera parecer del art. 219 del Código Foral.

Los criterios de configuración del pasivo **definitivo** no son formalmente nunca subjetivos, no atienden a qué cónyuge o cónyuges han asumido el pasivo, sino objetivos; es decir que no atiende el legislador a la consideración de que se haya contraído la deuda por uno de los cónyuges, ni aun con ocasión de las potestades que tenga individualmente de gestionar el consorcio. Antes al contrario en la mayoría de los supuestos de pasivo definitivo del art. 218 del Código está implícito el carácter unilateral de la deuda. Pero ello no ocurre ni siquiera cuando se contrae por los dos cónyuges, supuesto que se previene singularmente (art. 219.3 CDFA), no en el pasivo definitivo, sino en el provisional, con la evidente idea del legislador de dejar claro que esa mera circunstancia no hace cierto y seguro que la deuda sea carga del consorcio. Aunque sí responsabilidad.

Acaso la previsión del art. 219.3 CDFA no era necesaria a la vista del art. 1911 del Código Civil y su sentido hay que encontrarlo no tanto en la relación externa en la que se reglamenta, sino en la interna a los efectos, en su caso, de los reintegros, que previene el art. 226.2 CDFA. Dicho de otra manera, el art. 219.3 CDFA sirve para deducir que el hecho de que una deuda se asuma por ambos cónyuges no la convierte, necesariamente, en pasivo definitivo, pero en todo caso hace responsable a los tres patrimonios que pueden entrar en juego frente a tercero, aunque lo sea, en su caso, provisionalmente. Es pues un apartado inespecífico sobre su naturaleza.

II. RESPONSABILIDAD DEFINITIVA DEL PATRIMONIO COMÚN

El art. 218 CDFA se construye básicamente sobre tres ideas: las atenciones de la familia; las atenciones de los bienes privativos y, ya en tercer lugar, por un criterio que puede parecer residual pero de gran trascendencia práctica, la del beneficio económico para la comunidad. Criterios que atienden esencialmente a la idea de la finalidad del gasto, procurando guardar coherencia con: 1) la función propia de la economía familiar, 2) la integración del activo, de suerte que se justifica el pasivo como compensación de la privación que se hace al mismo de su rendimiento a su titular, y 3) por los beneficios que ha podido recibir el consorcio. Como se ha anticipado, todo ello es al margen de la actuación conjunta o no de los cónyuges; no, ni como regla, sobre la idea de que las mismas se generen por ambos cónyuges necesariamente. Antes al contrario, como se ha dicho, está implícito en muchas de ellas su carácter unilateral.

2.1. Atenciones legítimas de la familia

Dentro de la categorización de las deudas comunes (pasivo definitivo) en el primer apartado del art. 218.1 CDFA se incluyen “las atenciones legítimas de la familia”, a las que se adicionan las “particulares de cada cónyuge”. El apartado es un trasunto de la previsión del régimen primario, en cuanto en el art. 187 CDFA (norma imperativa: art.185 CDFA) se establece el deber de “ambos cónyuges” de “contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares”, lo que debe hacerse con una contribución personal y económica o patrimonial. La función satisfactiva alcanza en cuanto a su contenido la alimentación, vestido, atención médica, crianza y educación de los hijos comunes en los términos del art. 65 CDFA y debe realizarse conforme a parámetros sociales. Es relativo en la medida en la que debe ajustarse a la capacidad económica del matrimonio. En la configuración de su perfil deben tenerse en cuenta diversos factores, como lo serán la habitualidad o periodicidad del gasto, la correspondencia con el nivel económico del grupo, su carácter ordinario o extraordinario y la conformidad o asentimiento de ambos cónyuges en su asunción.

Por su parte el **concepto de familia** en el art. 218.1 a) CDFA se presupone estricto y restringido, comprensivo de los cónyuges y de los hijos del matrimonio, y ello, va a ser así porque se ampliará para

incluir expresamente a los “hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio”, con lo que indirectamente se está haciendo una exclusión de la familia extensa (7). La “convivencia” es la razón que justifica esa específica ampliación.

(7) Sobre el alcance y contenido del deber de crianza deben tenerse en cuenta las consideraciones contenidas en la STSJA 24/2013, de 17 de junio, rec. 4/2013 en la que a propósito del alcance del art. 69 CDFA advierte que: “ha de reiterarse que la obligación que regula el repetido precepto no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que es análoga a la relativa a los hijos menores; es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, una continuación. Tiene esa misma naturaleza. Primero, porque se ubica en el Capítulo II dedicado al “Deber de crianza y autoridad familiar”. Segundo, por la expresión “se mantendrá”, que utiliza. Tercero, porque cuando el propio precepto alude al derecho del hijo a reclamar alimentos en el inciso final del apartado segundo, está dando por sentado que cabe que el hijo no tenga derecho a que le sean sufragados aquellos gastos de crianza y educación, y sí, en cambio, a los que correspondan a alimentos en sentido estricto (*artículo 142 del Código Civil*). La interpretación que esta Sala ha hecho del precepto del artículo 69 CDFA ha descansado sobre la consideración de que su ámbito propio de aplicación se circunscribe a los supuestos en los que los hijos se encuentren todavía completando su formación. En tal caso la obligación de los padres de sufragar gastos de crianza y educación cesa (con el límite, salvo excepciones, de los 26 años) una vez que esa formación se ha adquirido. (Así, SSTSJA de 2 de septiembre de 2009, 12 de mayo de 2010, 30 de noviembre de 2011, 30 de diciembre de 2011, 16 de abril de 2012). A propósito del artículo 69 se han abordado cuestiones, sometidas a la Sala, tales como si procede continuar abonando esos gastos en caso de una segunda capacitación profesional, de realización de un master o de preparación de oposiciones”. Pero previamente advertía que “esta Sala se han apuntado las diferencias entre la pensión por alimentos legales y los gastos de crianza y educación. Así, en la STSJA de 12 de mayo de 2010 se expresó que “la regulación del Código Civil respecto de alimentos entre mayores de edad y no derivada de la prórroga de las obligaciones del mismo Código respecto de la patria potestad que es invocada por el último apartado del *artículo 66 de la Ley 13/06*, viene recogida en los *artículos 142a 153*. Esta normativa, lejos de ser más amplia que la del *artículo 66 de la Ley 13/06* es, por contrario, más exigente, pues para la fijación y mantenimiento de la pensión al alimentista requiere que la necesite para lo indispensable, y prevé su cese en cuanto no sea precisa para la subsistencia. Tales diferencias deberían, en rigor, conducir a que en la fijación en sentencia de la cuantía concreta que debe abonar el obligado, se tuvieran en cuenta los factores (no enteramente coincidentes) que han de modular la prestación en uno y otro caso, lo que normalmente habría de

Esta adición expresa sirve para deducir ese concepto estricto. Siquiera reduzca la deuda para el consorcio respecto a la “crianza y educación” (8). Esto no es exactamente así porque luego un concepto extenso de familia aflorará en el pasivo definitivo, en el subapartado e), referido a dos grupos, por una parte a “todos los alimentos legales entre parientes debidos por cualquiera de los cónyuges”, y por otra, a “la crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges no incluida en el apartado a)”. Por lo que estas atenciones, convivan o no con la familia, son siempre carga de la comunidad. La razón de darles un trato diferenciado es que en realidad las deudas del apartado 1.a) del art. 218 CDFA son un subgrupo que va a tener un trato privilegiado, un específico régimen jurídico en atención a los principios que inspiran el régimen primario (art. 187.1 CDFA), de forma que de ese subgrupo puede terminar respondiendo también el cónyuge no deudor (art. 220.2 CDFA).

2.2. El pasivo derivado del ingreso en el activo de los rendimientos de lo privativo

La comprensión del pasivo definitivo, de las relaciones internas entre los cónyuges, pasa por una parte por la previa comprensión

dar como resultado un monto menor si se trata de meros alimentos entre parientes, y asimismo a reflejar todo ello en la resolución. En la práctica, sin embargo, y cuando la determinación de alimentos a hijos mayores se hace en el seno de un proceso matrimonial al amparo del artículo 93.2, no es habitual en la pequeña jurisprudencia hacer distinguos: se señalan alimentos a esos hijos mayores como si fueran menores o, en otros casos, se señalan cuando son menores y se siguen prestando una vez cumplida la mayoría de edad. Tampoco la sentencia aquí recurrida efectúa precisiones en este orden de cuestiones, ya que tras las consideraciones que lleva a cabo y que se han sintetizado más arriba llega al mantenimiento, sin más, de la pensión”.

(8) Con relación al art. 41 de la Compilación Rams Albesa reflexionaba que la convivencia es el dato “fáctico al que “se puede (y debe) aparejar la presunción *iuris tantum* respecto de que el cónyuge no progenitor presta su consentimiento en hacer suyos también suyos los gastos que de tal convivencia se derivan, pues es más que dudoso que haya lugar a reintegro en materia de cargas familiares” (RAMS ALBESA, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, vol. II, edit. Diputación General de Aragón, 1993, p. 108.

del activo de la comunidad, siendo el pasivo la otra cara de una única configuración patrimonial.

Así se entienden los apartados b) y c) del art. 218 CDFA: si se hacen comunes los salarios y pensiones así como los frutos del patrimonio privativo bien se comprenderá que paralelamente sean a cargo del consorcio las obligaciones “normales” devengadas por cada cónyuge, así como las atenciones que necesiten los bienes privativos “propios de un diligente usufructuario”.

La invocación a la “normalidad” de los réditos e intereses impone la necesidad de confrontarlos con una realidad económica y social. Es pues un concepto contingente, que se debe concretar conforme a parámetros sociales, a cánones de prudencia y de oportunidad, correspondiéndose a estándares de diligencias ordinarios y habituales en la gestión de lo individual. Aunque esa normalidad se predica del interés, es o debe ser también referencia de la obligación privativa. Pero como sus atenciones legítimas y particulares ya se encuentran incluidas en el apartado a, el b (referido a los intereses normales por las obligaciones de cada cónyuge) debe representar un plus sobre las atenciones personales. Señalaba RAMS ALBESA (9), comentando el art. 41 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 la perplejidad que podía causar la utilización de este término de “normalidad” y las dudas que asaltaban sobre sin con su uso se quería solo topar el quantum de esos intereses o estaba afectando también a la naturaleza misma de la deuda que los generaba así como su repercusión sobre la economía doméstica, decantándose el autor por esta última explicación, concluyendo que la norma permite “un desarrollo de las masas privativas siempre que ello no suponga un grave detrimento de los ingresos ordinarios –debería hablarse de ingresos normales– del consorcio, es decir, también serán de cargo del consorcio los intereses generados por las deudas *ordinarias* privativas”. Pone el autor como referente delimitador el que con esos intereses no se perjudique la economía familiar o se dé lugar a un lucro sin causa en perjuicio de la masa consorcial, “en cuyo caso habrá lugar a los correspondientes reintegros”. El concepto es con todo de una notable imprecisión que puede generar importantes discusiones al tiempo de la liquidación del consorcio.

(9) *Op. cit.*, p. 123.

2.3. Las atenciones de un diligente usufructuario

Respecto del apartado c) del art. 218.1 CDFA, las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario, se recoge un supuesto contenido en la Compilación aragonesa de 1967 y que encuentra también la misma justificación que el anterior gasto, a saber la justa correspondencia por la consorcialidad de los frutos de esos bienes privativos. Con las matizaciones que se quieran hacer, lo cierto es que la norma utiliza como referente estructural de la obligación el usufructo, de lo que no puede decirse que sea una mera figura literaria. Por tanto, hay que estar a lo que debe soportar un usufructuario, que debe encontrar en el art. 500 del Código Civil su catálogo de obligaciones que resultan del estándar de diligencia del art. 497 del Código Civil; serán así de cargo del consorcio las reparaciones ordinarias que necesite el patrimonio privativo (art. 500 del Código Civil), así como los impuestos anuales (art. 504 del Código Civil) y las costas judiciales que deriven del aprovechamiento, que es consorcial, de lo privativo (art. 512 del Código Civil). Ciertamente que la norma se refiera a las atenciones y que intensifique el canon de diligencia o de cuidado del usufructuario ("diligente"), superando el definido en el art. 497 del Código Civil, permite una interpretación extensiva de esas obligaciones que deben ser carga del consorcio por este concepto. En el carácter definitivo del gasto hecho sobre la cosa privativa no puede quedar ajena la finalidad del gasto ni la voluntad conjunta de los cónyuges: aunque se altere la sustancia del elemento privativo, si con el gasto o inversión decididos conjuntamente se mejora el rendimiento que lucra lo común, tal coste será pasivo definitivo.

2.4. La actividad beneficiosa para el consorcio

Los apartados e) y f) del art. 218 CDFA van a reflejar la realidad de la actuación ajena al consorcio, a la administración o gestión de lo común. La diferencia de tratamiento se configura por el legislador con un concepto jurídicamente indeterminado y que gira sobre lo "objetivamente útil" a la comunidad, lo que le dota de una gran elasticidad a la par que de un alto grado de indefinición previa y de inseguridad jurídica. Si merece esa calificación, en las relaciones internas, creo que también en la externa, el consorcio soportará

la deuda de una manera ilimitada. Si no lo es el consorcio sólo lo soportará en la medida en la que se ha beneficiado de la actividad. El estándar de utilidad objetiva a la comunidad diría en principio de una actuación o actividad unilateral que repercuta patrimonialmente a favor del consorcio, pues de un patrimonio, el común, estamos, hablando. El parámetro de utilidad objetiva deberá atenerse a una apreciación ordinaria de las cosas, realizando un juicio inicial del potencial aprovechamiento de la actividad. No en razón a que se obtenga con seguridad un beneficio expost al desarrollo de la actividad. No debe garantizarse el beneficio para la comunidad. El beneficio final o definitivo se valora aparte por el legislador.

El apartado fina remitiendo, para identificar qué actividades son objetivamente útiles como catálogo concreto, a los supuestos del art. 219.1 a) CDFA, precepto referido a la responsabilidad externa, de manera que tienen expresamente una doble consideración interna y externa las deudas contraídas en el ejercicio de las facultades de cada cónyuge en la administración o disposición de los bienes comunes o los de administración ordinaria de los suyos propios, así como la explotación regular de sus negocios o en el desempeño corriente de su profesión. Precepto que pone de relieve una vez más la intensa comunicación entre la relación interna y la externa. Y además tal remisión sirve para poner techo a la consorcialidad del pasivo nacido de la actividad objetivamente útil, pues los supuestos que identifica por su remisión al apartado a) del 219.1 CDFA, los más genuinamente representativos de la "actividad" de los cónyuges, esto es la explotación de sus negocios o el desempeño de la profesión, se "topan" o limitan al exigirse que la una sea la "regular" y la otra la "corriente". Criterios limitativos que creo se podrían aplicar como una referencia para todos los supuestos no tipificados o reglados. Y sin perjuicio de la interferencia que en estas previsiones opere el criterio resultadista representado por un beneficio final.

2.5. El beneficio efectivo como parámetro del pasivo definitivo

Mas la catalogación de deudas comunes no se queda en lo que pueda merecer, en una apreciación ordinaria de las cosas, una actividad "objetivamente útil" a la comunidad sino que, con independencia de esa apreciación, será carga del consorcio aquélla activi-

dad que aunque no sea objetivamente útil –con doble razón la que sí lo sea– haya terminado redundando en beneficio para el consorcio. Pero solo en la medida de ese beneficio. Impone la norma una regla resultadista, de manera que no importará la naturaleza o finalidad de la actividad: basta que de la misma se haya venido beneficiando el consorcio para que las deudas asumidas con ocasión de la realización de esa actividad, que ha de ser normalmente extraña al consorcio, sean a cargo del consorcio, pero solo en la medida en que el mismo se haya beneficiado de esa actividad. Lo que en ocasiones solo podrá constatarse, si ha sido extensa en el tiempo la actividad generadora de la deuda de los cónyuges, con complejas pruebas utilizando técnicas de auditoria y con valoraciones y criterios profesionales de naturaleza económica. Expresión de este criterio resultadista es la STSJA de 11 de diciembre de 2006, rec. 6/2006, en la que se resuelve un supuesto en el que el marido, constante el régimen económico de comunidad, percibió unas prestaciones indebidas por desempleo a la par que realizaba una actividad de mediación (y por ello era irregular su situación de desempleo) sin haber tramitado el alta en el régimen especial de autónomos de la Seguridad Social. Decretado el divorcio y liquidado el consorcio la mujer denunció ante la Tesorería General de la Seguridad Social esas situaciones irregulares del que fuera su marido y acaecida constante el consorcio, lo que propició un expediente sancionador por parte de la Entidad Gestora de la prestación por desempleo que finó con la resolución administrativa que ordenó la extinción de la prestación y la devolución de las indebidamente percibidas, a la par que la Inspección de Trabajo le levantó las actas de sanción pertinentes por no estar dado de alta en autónomos, que al no abonarse generaron los respectivos procedimientos de apremio con sus pertinentes recargos de apremio. En orden a las cuantías correspondientes a la devolución de las prestaciones por desempleo indebidamente percibidas rechazará el TSJA que las mismas constituyan una sanción, así como que constituyeran un supuesto de culpa extracontractual “estricto sensu”, por lo que las cantidades que se tuvieron que devolver eran a cargo del consorcio, de manera que al final la denuncia se volvió contra la esposa denunciante. Pero el criterio resultadista se aplica con particular claridad en sede del recargo por demora en el pago de las cuotas de autónomos. No se discutió en casación que las cuotas

de autónomos fueran carga del consorcio, pero sí los recargos por demora en su pago. Y para resolver la cuestión el TSJA hace una valoración global de la operación, y lo hace desde un punto de vista economicista, comparando el beneficio obtenido con la actuación irregular del marido con el mayor coste del cumplimiento tardío de sus obligaciones con la seguridad social (10). Desde esta consideración resultadista (11) y fuera de los conceptos y la naturaleza de los gastos predefinidos en el art. 218.1 CDFA, de todo lo demás no podrá darse una criterio previo sobre la consorcialidad interna de la deuda sino sólo en atención al resultado final de cualquier actuación, aunque sean, como en el caso de la comentada a través de una actuación no ya irregular sino ilícita: la percepción indebida de prestaciones con ocultación a las Entidades Gestoras de la verdadera situación laboral del perceptor de las prestaciones.

2.6. Los daños a terceros

Finia el apartado uno del art. 218.1 CDFA poniendo a cargo del consorcio, se reitera que en la relación interna, las indemnizaciones debidas por daños a terceros. No precisa la norma que se trate de una responsabilidad extracontractual aunque ese pueda ser el espacio habitual de aplicación de la norma; por lo tanto cualquiera que sea la fuente de esa responsabilidad, contractual, extracon-

(10) Concluye la mencionada sentencia que “a este respecto nos encontramos con que la demora en que se incurrió respecto de la Seguridad Social fue beneficiosa para la sociedad conyugal; en efecto, la devolución de las prestaciones por desempleo (2.813.811 pesetas) tuvo lugar en noviembre de 2003, y las cuotas del régimen especial de autónomos fueron abonadas en el año 2001, lo que supuso para la comunidad, tomando sólo en cuenta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, un beneficio que sobrepasa las 800.000 pesetas, importe muy superior a lo que se tuvo que satisfacer por el retraso en los pagos (intereses de demora y recargos de apremio)”

(11) Se abre pues así la puerta a que el patrimonio común soporte la responsabilidad civil derivada de ilícitos penales en los que solo esté imputado uno de los cónyuges cuando el consorcio se haya beneficiado de la ilícita actividad de uno de los cónyuges. Pero solo en la medida de ese beneficio. No siempre será fácil de concretar e identificar ese beneficio dado el alto grado de confusión patrimonial que se producen en las economías domésticas.

tractual o legal. Pero surge el mismo límite, el beneficio obtenido por la comunidad en la actividad unilateral, ya que si ha mediado dolo o culpa grave sólo en la medida en la que la actividad ha redundado en beneficio de la comunidad responderá el consorcio. La aplicación del precepto propicia situaciones difíciles que no estarán desconectadas de la idea de habitualidad y potencial rendimiento económico de la actividad, de manera que no siempre será medible o identificable el beneficio ingresado en el consorcio, ni que, mediando esa habitualidad, pueda referenciarse el beneficio al obtenido con el acto aislado que generó el daño a tercero. Se plantea además un problema de compatibilidad de esta previsión con la anterior regla que hace consorcial la deuda contraída en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, que el apartado e) hace siempre consorcial pero en cuyo seno se ha podido causar un daño a terceros mediando culpa o dolo. El apartado que se menciona interacciona con el anterior al que modaliza, y puede suponer una corrección de las anteriores reglas, sobre todo de la regla de la actividad objetivamente útil que sí ha dado rendimientos al consorcio, con lo que se crea la duda de a qué criterio dar preferencia. Esto es, si con ocasión del ejercicio de una actividad objetivamente útil se causan daños a terceros mediando dolo o culpa grave debe prevalecer el criterio de la consorcialidad de la deuda que le imprime la naturaleza de la actividad o, por el contrario, debe prevalecer el carácter excepcional de la actuación dolosa o culposa que topa la responsabilidad con el beneficio obtenido. En la medida en la que los ejemplos de actividad objetivamente útil vienen topados por un parámetro de moderación, la administración "ordinaria" o la explotación "regular" que no resulta fácilmente conciliable con una actuación dolosa o incurriendo en culpa grave, debe concluirse que la actividad objetivamente útil viene, como fuente del pasivo definitivo, doblemente topada, por una parte con referencia al criterio de "normalidad" de la actuación y por otra por el límite que suponga la actuación dolosa. Pero sobre ambos límites se sobrepondrá el criterio del beneficio realmente obtenido por el consorcio que siempre representará una medida de lo que debe asumirse de manera definitiva e interna por el pasivo. Este supuesto obligará a un análisis también economicista con el que habrá que traer a colación los beneficios reales de la misma para detraer de ellos las indemnizaciones a terceros.

2.7. El pasivo definitivo excluido

El apartado dos del art. 218 CDFA está destinado a excluir del pasivo definitivo o relación interna, las deudas del primer apartado (en el que se recoge el catálogo de pasivo definitivo), bien presididas por un animus de perjudicar al consorcio, o bien con grave descuido de los intereses familiares. Lo primero es poco probable porque la agresión a lo común es la agresión también a su participación del causante en el mismo. El supuesto es posible que se dé en aquéllos casos en los que la actuación unilateral, a la par que perjudique lo común beneficie a lo privativo. Pero deben estar presididos por esa intencionalidad. El segundo es el del grave descuido de los intereses familiares.

III. LA RESPONSABILIDAD PROVISIONAL DEL PATRIMONIO COMÚN

El art. 219 CDFA regula la masa consorcial frente a terceros. Ya se ha dicho que el consorcio no opera, ni aun de modo aparente, en el tráfico jurídico; no se exterioriza frente a terceros, quienes no se lo representarán de una manera diferenciada de los propios cónyuges. Esos terceros, en su condición de acreedores, deben acudir al art. 219 CDFA para saber si el patrimonio consorcial responde frente a su crédito. Pero más exactamente para saber si **todo** ese patrimonio responde, pues que lo haya de hacer la participación que tiene su deuda en ese patrimonio es cuestión que no se discute (art. 224.1 CDFA), aunque sea en régimen de subsidiaridad, y sobre todo en el seno de una comunidad de compleja estructura jurídica.

El precepto se articula a través de tres apartados. El primero engloba supuestos que atienden a la naturaleza de la deuda y/o beneficio reportado a la comunidad. Los otros dos, aflorando por primera vez la distinción, según se hayan contraído por uno de los cónyuges o por los dos.

3.1. La deuda de gestión de lo consorcial y lo ordinario de la actividad privativa

El primer apartado del art. 219 distingue dos supuestos. Uno, el subapartado a), detalla casos que no solo son responsabilidad, sino

deuda común, que lo son también en la relación interna. No generarían ningún derecho de reembolso y se asientan en la buena fe del tercero, del acreedor. Este presupuesto es recurrente en el régimen aragonés y siempre ha sido realzado, de manera que siguiendo a Lacruz se ha considerado que este tercero es tributario de una particular diligencia en este sentido, siéndole exigible una buena fe activa y un deber de conocer las circunstancias. Con todo es de recordar que el consorcio no opera en el tráfico jurídico con identidad propia, de manera que aunque ha preocupado mucho al legislador aragonés no es fácil que se generen fenómenos de mera apariencia que comprometan la buena fe de terceros; por tanto la invocación a la buena fe no puede ser diferente ni tener mayor trascendencia que la que en términos generales le atribuye el ordenamiento jurídico (art. 7.1 CC). Aunque no lo diga la norma se trata de deudas generadas individualmente. En este apartado se distinguen: la explotación regular de sus negocios o el desempeño corriente de su profesión. Lo primero que llama la atención es la adjetivización de esas actividades, que son de las que ordinariamente el cónyuge obtenga sus ingresos. Pues si estos son consorciales también lo han de ser en su vertiente pasiva. Pero las califica como algo cotidiano y sometido a parámetros de normalidad: deben ser deudas que surjan en la explotación "regular" de su negocio o en el desempeño "corriente" de la profesión. Esas ideas permiten considerar que se presupone una preexistencia de la actividad, y si no concurre la misma no serían, en principio, responsabilidad del consorcio los costes de su puesta en marcha. Y de soportarse podrían generar un derecho de reembolso. En principio, es la conclusión que se debe mantener respecto a estos gastos en la relación interna; y es la que hay que defender también en la responsabilidad externa. Tampoco serán responsabilidad del consorcio los gastos extraordinarios de inversión en el negocio privativo. Pero en la relación externa esa consideración puede complicarse dado que si unos gastos extraordinarios del negocio privativo no son explotación "regular" o "corriente", en la medida en la que pueden haber generado un beneficio a la comunidad pueden, vía apartado art. 219.2 CDFA hacer responsable al consorcio. Con toda la complejidad que esa valoración pueda conllevar.

Esa regularidad y carácter ordinario del gasto permiten considerar como responsabilidad los gastos de alquiler de la oficina o dependencias donde se ejerce la actividad, las cuotas por pertenencia a

colegios profesionales, la cuota de autónomos a la Seguridad Social o a las Mutualidades de Previsión, los supuestos que los graven, la renovación ordinaria de los medios de trabajo, los suministros y servicios de esas instalaciones. En realidad, la actividad profesional o negocial generará para el consorcio [STSJA 7-VII-2003 (12)] un rendimiento neto, de manera que esos gastos corrientes normalmente se sufragarán a cargo de los ingresos, siendo el saldo positivo, beneficio de la actividad, el que desde su origen es consorcial.

(12) Contempla esta sentencia un supuesto de extensión de la responsabilidad de la sociedad, administrada por la esposa, por deudas con la Administración Tributaria, razonando el TSJA que "el art. 42 de la Compilación determina la responsabilidad de los bienes comunes por las deudas de gestión, entre las que se encuentran las surgidas de la explotación regular de sus negocios o las contraídas en el desempeño de su actividad profesional, no habiendo incurrido la sentencia de la Audiencia Provincial en la infracción legal que se denuncia en el recurso. La argumentación realizada por la parte recurrente, en el desarrollo del motivo primero, que invoca la existencia de un claro componente de sanción o castigo al administrador por su falta de diligencia, no es atendible a los efectos pretendidos de la prosperabilidad de su recurso y, con él, de la demanda de tercería de dominio ejercitada. Por una parte, el hecho de que se haya producido la declaración administrativa de responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias de la sociedad mercantil, de la que el codemandado Sr. Susana era socio mayoritario y administrador único, aunque provenga de una falta de la debida diligencia en la actuación del administrador, no excluye la responsabilidad, pues forma parte del ámbito de gestión propia de la explotación regular de los negocios o del ejercicio de la actividad profesional. Y en cuanto a las sanciones impuestas a la sociedad anónima, que integraban, junto con el principal e intereses, el total de la deuda reclamada, ciertamente no deben ser incluidas en dicho concepto, y por ello su importe no daría lugar a la responsabilidad directa de los bienes comunes conforme al art. 42 de repetida cita, sino que constituían deudas privativas que gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes –como es el caso–, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponda al otro cónyuge, de conformidad con lo establecido en el art. 46. 1 de la Compilación. Por ello no podría prosperar la acción ejercitada en solicitud de levantamiento del embargo trabado, incluso para responder de la parte de la deuda que se atribuye a este concepto".

3.2. La administración ordinaria de los bienes propios de los cónyuges

La previsión contenida en sede de relación externa es una transposición de la previsión del pasivo definitivo de que son comunes las atenciones de los bienes privativos, siquiera con el parámetro del diligente usufructuario.

Por tanto no queda aquí duda de que en la relación externa, porque lo es en la interna, esa deuda se asume aunque se trate de bienes que no generan rendimientos, sin que sea necesario acudir a la consideración individualizada de cada uno de los bienes, y, por tanto, de su potencial rendimiento, debiendo por el contrario atender a la globalidad de ese patrimonio primitivo.

Y como ocurre con el pasivo definitivo, en la medida en la que solo de los actos de administración ordinaria se responde por el consorcio, quedan fuera los gastos extraordinarios de conservación y de mantenimiento, según sean consecuencia de su uso, atendiendo a los mismos parámetros que se utilizan en el art. 218.1 c) CDFA, lo que termina suponiendo una remisión al art. 500 del Código Civil. Hay que considerar que los impuestos periódicos que gravan la propiedad, en particular el IBI, es responsabilidad del consorcio, aunque pudiera resultar lo contrario del art. 505 del Código Civil, pero que sin género de dudas lo será para el consorcio.

Los gastos extraordinarios y las mejoras no entran desde luego dentro de este ámbito.

3.3. Deudas contraídas en el ejercicio de sus facultades de administración o disposición de bienes comunes

Partiéndose de un principio genérico de cogestión, seciente a la posición de igualdad de ambos cónyuges (art. 233 CDFA), se contemplan importantísimas excepciones que encuentran su fundamento, bien en las necesidades del tráfico jurídico, bien en el respeto a terceros de buena fe que se relacionan con los cónyuges (arts. 230 a 232 CDFA).

Por tanto, es responsabilidad del consorcio la derivada de actos unilaterales comprendiendo: a) los actos de administración ordinaria de los bienes comunes; b) los actos de modificación inmobiliaria de fincas inscritas, expresamente para el consorcio conyugal; c)

actos de disposición necesarios para las atenciones de la letra a del apartado 1 art. 218; d) actos de administración o disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión; e) los de administración o disposición que figuren a su nombre exclusiva o indistintamente, o se encuentren en su poder; y f) los actos de defensa, judicial o extrajudicial.

El art. 230 CDFA autoriza a cada cónyuge, de manera indistinta, a realizar actos de defensa judicial o extrajudicial de los bienes comunes. Por tanto los honorarios de los profesionales y los derechos de procuradores para la realización de esos actos son comunes, tanto en la relación interna como en la externa. Y no solo, como dice la norma, los gastos de defensa judicial, sino los extrajudiciales, por ejemplo honorarios profesionales para recurrir un acto administrativo.

Las costas judiciales no tienen naturaleza sancionadora, sino resarcitoria. Con lo que el supuesto se reconvierte en una indemnización por un perjuicio causado a tercero.

Al margen de la problemática relativa a la suficiencia de la legitimación, según la naturaleza de la acción y según se valore el gasto desde la posición procesal de demandante o de demandado, en la relación externa siempre serán responsabilidad del consorcio, mientras que en la relación interna, si bien el juego de los arts. 218.1 e) con su remisión al art. 219.1 a), en cuanto se califican de actividades objetivamente útiles, podría defenderse que cuando se ha ejercitado una acción de forma temeraria podrían incluirse en la esfera del apartado f) del art. 218.1 CDFA. Con seguridad tal exclusión debe operar si la acción judicial se ejercitara con intención de perjudicar al consorcio, pues entonces entraría en la esfera del art. 218.2 CDFA. Estas consideraciones merecen unas matizaciones cuando son gastos y costas procesales soportados por uno de los cónyuges en defensa de bienes y derechos comunes. Quien es demandado individualmente, al margen del problema de la suficiencia o no de su legitimación pasiva, no es quien "actúa", esto es, no se trata de una actividad realizada, sino una actividad, normalmente judicial, "soportada". De manera que es difícil aquí hacer tributario a un acto de defensa judicial, contestar y oponerse a una demanda afectante a bienes o derechos comunes, de la condición de actividad dolosa o con culpa grave. Por tanto las costas y gastos generados con una actuación individual de defensa de lo común se

integrarán casi siempre tanto en el pasivo provisional como en el definitivo.

3.4. Las deudas de comercio

Para el régimen de gananciales del Código Civil, el art. 1365.2, último párrafo, ordena estar a lo dispuesto en el Código de Comercio, cuerpo legal que afronta la cuestión en los arts. 6 y ss. En este régimen la deuda contraída unilateralmente por el cónyuge comerciante es deuda consorcial. Régimen que se aplica para la deuda contraída en el ejercicio del comercio, esto es que pertenezca al giro o tráfico de su empresa o se haya contraído en contemplación a la actividad que constituía su objeto o en función de su desarrollo.

Para el Derecho Aragonés, defiende Serrano que para el comerciante aragonés casado, no rige el Código de Comercio, sino que "se les aplica la regulación aragonesa y se rigen por lo dispuesto en el 219.1 para los terceros de buena fe, o por la letra e) del art. 218.1 en relación con el 219.2 cuando se prueba que son deudas definitivamente comunes, en última instancia, por lo previsto en el art. 224 cuando son privativas y falta la buena fe de los acreedores, por lo que ya no procede la responsabilidad provisional de los bienes comunes" (13).

La responsabilidad del consorcio por las deudas del comerciante, con ocasión del ejercicio de actos de comercio, en cuanto representa una actividad que es objetivamente útil al consorcio, al margen de la obtención de un beneficio concreto, es pasivo definitivo y provisional. No entran en juego aquí pues la, por lo demás inusual, oposición del cónyuge al ejercicio del comercio.

3.5. Indemnizaciones por daños a terceros causados en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aun por dolo o culpa grave

Así como en la relación interna o pasivo definitivo tales indemnizaciones lo son a cargo del consorcio solo en la medida en la que han repercutido en beneficio del consorcio, en la relación externa

(13) *Manual de Derecho civil aragonés*, dir. J. Delgado, 2012, pp. 396-397.

no hay esa correlación cuantitativa entre beneficio y responsabilidad. Basta que sea "objetivamente útil" para que se deba responder ilimitadamente frente a tercero. Es lo mismo que la deuda tenga un origen extracontractual que contractual o, incluso, legal [STS 25/X/2005 (14)]. Se tiende a incluir sobre todo las que derivan

(14) El supuesto que se contempla en la mencionada sentencia consiste en una deuda que se declara del marido en el ejercicio de su cargo como administrador de una sociedad de capital considerándose que esa deuda era responsabilidad de la sociedad de gananciales. Razona la sentencia que "1.º La obligación de devolver el dinero aportado por el Sr. Bernardo puede ser considerada una carga de la sociedad de gananciales, de acuerdo con el artículo 1362, 4.º CC que atribuye esta cualidad a las que se originen por "el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge". De aquí que la responsabilidad frente a terceros acreedores debe regirse por el artículo 1365, 2.º CC. Sin embargo, contra esta consideración se levanta la objeción que esta concreta deuda no se originó en el desempeño ordinario de la profesión" del marido, sino que fue causada por el destino desviado que se dio a los fondos aportados por el Sr. Bernardo, que no sirvieron para ampliar el capital" de la sociedad anónima, "sino para saldar los avales que el mencionado D. Joaquín y su esposa habían otorgado en garantía de préstamos concedidos a la sociedad de la que D. Joaquín era administrador. 2.º En consecuencia, parece más adecuado considerar que la obligación de D. Joaquín como responsable solidario de la deuda de la sociedad DISCUBER, SA, debe regirse por lo dispuesto en el artículo 1366 CC, es decir, se trata de una responsabilidad extracontractual, entendida esta expresión en sentido amplio, porque no tiene su origen en un contrato, sino que se trata de una indemnización de daños y perjuicios originada por las disposiciones legales y concretamente, en los artículos 133 y 135 LSA y que, además, ha sido beneficiosa para la sociedad de gananciales, puesto que ha eliminado un pasivo de ambos cónyuges, consistente en los avales asumidos y ya aludidos, pasivo que, era una deuda de la sociedad de gananciales, interpretación que coincide con la naturaleza de la responsabilidad de los administradores que establece el artículo 135 LSA. Y ello dejando aparte la colaboración de la propia esposa en todas las operaciones económicas. 3.º El recurrente admite esta calificación, pero considera que al concurrir "dolo o culpa grave" del marido, la responsabilidad no corresponde a la sociedad de gananciales, sino a éste, que en el momento actual es insolvente, como lo demuestran los hechos probados. Esta objeción no es válida, porque la norma del artículo 1366 CC no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales, con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad. La conclusión es que el patrimonio ganancial resulta responsable

de una responsabilidad empresarial o profesional [STS 31/3/2004 (15)]. Como ya dijimos, la "actividad objetivamente útil a la comunidad" no debe medirse solo con parámetros económicos, en el sentido de que tendencialmente proporcionen una ventaja patrimonial,

de la deuda contraída por D. Joaquín porque la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la propia sociedad conyugal, lo que implica la no admisión del primer motivo del recurso".

(15) Una aseguradora interpuso demanda contra el marido, médico pediatra de profesión, que en el ejercicio de su profesión había causado gravísimas lesiones y secuelas a un menor por las que había sido condenado por un delito por imprudencia temeraria.. En la demanda de la aseguradora se postulaba que se declarara que se podía satisfacer su crédito con cargo a los bienes que se habían adjudicado a la esposa tras la liquidación de la sociedad de gananciales, extremo que no se estimó, absolviéndose a la esposa y permitiendo dirigir la acción solo contra los bienes adjudicados al marido. Interpuesto recurso de casación por el marido razonará el TS que "el texto legal se refiere las obligaciones extracontractuales, concepto amplio en el cual pueden comprenderse las obligaciones nacidas de la condena penal de carácter resarcitorio del daño ocasionado por el delito, o, dicho en otras palabras, la responsabilidad civil nacida del delito. La única característica que identifica las obligaciones a que alude el art. 1.366 es la de su naturaleza extracontractual. Sería, por tanto, arbitrario dejar fuera a las que tienen su fuente en la condena penal. No parece fundado que el daño que da origen a la responsabilidad civil aquiliana permitiese al cónyuge del autos beneficiarse de la excepción del art. 1.366, y no al cónyuge del condenado a resarcir en vía penal por razón de delito, es decir, por una actuación más grave. La obligación, dice el art. 1.366, debe ser consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes. No se restringe a este último caso, por lo que no hay ninguna duda de que abarca el texto legal el surgimiento de obligaciones extracontractuales en el ejercicio de la profesión por el cónyuge deudor. Cumplidas las anteriores condiciones, el art. 1.366 determina que las obligaciones extracontractuales serán de la responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales, es decir, frente al tercero responderá el patrimonio ganancial, y la obligación será pasivo de la misma y sólo se exceptiona el caso de que "fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor" sin que aparezca por parte alguna ningún otro requisito como el que pretende introducir arbitrariamente la recurrente (que es: en perjuicio del otro cónyuge o de la sociedad consorcial). Por otra parte, la claridad del texto legal rechaza que la excepción tenga únicamente el alcance de excluir el efecto "de cargo" de la sociedad de gananciales, de modo que su patrimonio responde frente a tercero, pero internamente, en las relaciones entre los cónyuges, la deuda no es pasivo de la sociedad. Esta limitación de los efectos de la excepción es arbitraria porque distingue donde la ley no lo hace entre "responsabilidad

siendo suficiente las que atiendan necesidades personales y desde luego las que representen atenciones legítimas de la familia.

En mi opinión la responsabilidad externa opera aunque no se trate de una actividad objetivamente útil pero sí en la medida en la que el consorcio se haya beneficiado de la actividad que ha fundado la indemnización. Porque el apartado b) del art. 219.1 CDFA ahora comentado en gran medida se embebe en el segundo de sus apartados, que hace externa toda deuda “interna” aunque se haya generado con una actuación individual. Y entre estas internas se encuentra la deuda generada con una actividad que aun no siendo objetivamente útil a la comunidad sin embargo haya beneficiado al consorcio. Aunque solo en la medida en que se haya producido ese beneficio. Y tan esto es así que si cuando específicamente se regula en la relación interna (art. 218.1 CDFA) la indemnización a terceros por los daños causados por dolo o culpa grave sólo son a cargo del consorcio “hasta el importe del beneficio obtenido **con la actividad**”, no se terminaría de comprender que en la relación externa el consorcio no deba responder al menos en la medida en la que se ha beneficiado el consorcio. Si por ejemplo con un ilícito penal doloso uno de los cónyuges desvía fondos a favor del consorcio, aunque el cónyuge no deudor no resulte imputado, la masa común responderá frente a la víctima del delito en la medida en la que se ha producido ese beneficio; en tanto en cuanto aprovechamiento del ilícito penal se ha patrimonializado a favor del consorcio. Lo que en definitiva provoca un altísimo grado de identificación del pasivo provisional con el definitivo.

3.6. Los cónyuges como deudores

Los apartados 2 y 3 del art. 219 CDFA recuperan el protagonismo del “deudor”, de la persona del cónyuge o cónyuges que han asumido la deuda. De la unilateral porque si es de las incluidas en el catálogo de las internas o pasivo definitivo responderá el consorcio ilimitadamente frente a terceros. Las contraídas por ambos cón-

y cargo” de la sociedad de gananciales. Cualquiera que fuere la opinión que se tenga sobre la justicia del precepto, el juez no puede imponerla contra su texto, ni forzar con interpretaciones que no tienen un respaldo en él los términos claros en que se pronuncia”.

yuges hacen responder al consorcio también ilimitadamente frente a terceros. La previsión normativa arroja dudas, no tanto en este sentido, sino si es posible que una deuda conjunta no sea pasivo definitivo, esto es en la relación interna.

El CDFA se aparta de la previsión equivalente del Código Civil en su art. 1367 a propósito de la sociedad de gananciales, pues así como para esta última se compromete también a la sociedad con la deuda contraída por un cónyuge “con el consentimiento expreso del otro”, nada se dice en el Código Foral, en el que parece se quiere que para una responsabilidad ilimitada del consorcio los dos cónyuges sean deudores. La regulación del Código Civil arroja dudas sobre el alcance y contenido de ese consentimiento expreso, de manera que para el Código Foral lo relevante será que los consentimientos de los cónyuges lo sean en unos términos en los que obligacionalmente se configuren como deudores, sea solidarios sea mancomunados, con responsabilidad directa o subsidiaria.

El precepto encuentra su significado en la relación interna. Quiere decirse, como ya hemos indicado, que no siempre la deuda conjunta es pasivo definitivo. Pero será poco probable que no lo sea así. Para que se produzca esa discordancia entre lo provisional y lo definitivo es necesario que exista una deuda subyacente: lo que en realidad se pretende es completar la solvencia del que sí es deudor.

Fuera de estos supuestos, la deuda conjunta no debe medirse por los parámetros del art. 218 CDFA para su inclusión en el pasivo definitivo. Con su conjunta voluntad o responsabilidad están disponiendo de todos sus patrimonios, a los que comprometen ilimitadamente. Por tanto también a sus derechos patrimoniales en la masa consorcial

IV. RESPONSABILIDAD DE BIENES PRIVATIVOS

4.1. La extensión de su responsabilidad

Que los bienes privativos responden de las deudas unilaterales es afirmación que parecería innecesaria a tenor del art. 1911 del Código Civil. Repárese en que el art. 220.1 CDFA no se refiere a las deudas privativas, que el legislador define poco después en el art. 223 CDFA sino a las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges

y en concreto por su titular. Y recordemos que la deuda asumida unilateralmente puede ser responsabilidad del consorcio (art. 219.2 CDFA).

Por otra parte el art. 220 CDFA, en su segundo apartado, contempla una extensión de las masas patrimoniales responsables. El precepto se mueve en la esfera externa y lo hace respecto de lo que se puede considerar núcleo estricto o primario de la común, las deudas contraídas para satisfacer las atenciones del art. 218.1 a) (atenciones legítimas familia, particulares de los cónyuges y de hijos de uno que convivan con el matrimonio). Pues para satisfacer estas, en régimen de subsidiaridad, responde también el patrimonio privativo del que no las contrajo. Que es así responsable. La subsidiaridad se proclama del patrimonio privativo del no deudor. Pero no ordena subsidiaridad alguna del consorcio con relación al patrimonio privativo del cónyuge deudor, por lo que uno y otro se consideran en pie de igualdad frente a la acción del acreedor.

4.2. La relación del precepto con el régimen primario del matrimonio

El art. 220 CDFA, que se refiere a la relación externa, hay que ponerlo en conexión, en primer lugar, con el art. 187.1 CDFA, en sede del régimen primario del matrimonio. Conforme a lo dispuesto en este artículo, para la satisfacción de la necesidad familiar hay que contribuir, al margen del régimen económico del matrimonio pero sin que por ello escape de esa regla el régimen consorcial, con la aportación de los bienes propios, sus rendimientos y cualquier clase de ingresos, e incluso, aunque en régimen de subsidiaridad, con el propio patrimonio. El art. 220 CDFA es una aplicación concreta para el régimen consorcial de las reglas del régimen primario, pero aquí con una repercusión en la esfera externa, frente a los acreedores, de una de tales reglas, la contenida en el régimen primario, propia del ámbito interno del matrimonio.

El art. 220.2 CDFA hay que ponerlo en relación también con el art. 189 CDFA en el que se dispone la responsabilidad *solidaria* frente a terceros de buena fe de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender las necesidades familiares, en sede también de regulación del régimen primario. Pero no se termina de cohonestar bien con él, pues proclama una solidaridad, expresamente frente a

terceros, que no se concilia bien con la *subsidiariedad* que resulta del art. 220.2 CDFA.

Ese núcleo estricto de la deuda común, la del art. 218.1 a) CDFA, se atenderá por mitad o conforme a lo pactado. Pero ese régimen se extiende a aquellas deudas unilaterales que se demuestre proceden de una actividad que efectivamente hayan redundado en beneficio común. El precepto vuelve a provocar un extraño efecto óptico en el que se entremezcla la relación interna con la externa y se encuentra a mitad de camino entre lo objetivamente útil a la comunidad y el extremo resultadista de lo que haya redundado en beneficio del consorcio pero solo "hasta su importe".

4.3. La contribución en defecto de bienes comunes: el art. 221 CDFA

A falta de bienes comunes, el art. 221 CDFA, para la relación interna, contempla una situación resultadista ("efectivamente"), pero no parece exigir una exacta medida con el beneficio.

El art. 221 CDFA completa el régimen jurídico de ese subgrupo del pasivo, el constituido por el art. 218.1 a) CDFA, esto es las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, con la extensión a los hijos de uno que convivan con el matrimonio, lo que se debe hacer por mitad o en la proporción pactada. Adviértase que la norma se refiere a "la relación interna".

4.4. Responsabilidad por deudas de adquisición de bienes comunes

Las reglas sobre gestión del patrimonio común tienden a regular la disposición de lo común. Pero no la incorporación, por cualquier acto o negocio jurídico, de bienes al consorcio. Pero también con ocasión de la adquisición se pueden asumir compromisos y obligaciones frente a terceros. El art. 222 CDFA contempla en este sentido obviamente solo lo que puede quedar pendiente (precio aplazado y demás gastos de adquisición). No regula la norma si la parte abonada lo ha sido a costa del caudal común o del privativo pero presupone en su rúbrica que su titularización es a favor del consorcio. Y para este supuesto de lo pendiente responde ese bien. Pero esa responsabilidad limitada puede entenderse extendida frente a terceros si la adquisición se puede incluir en el art.

219 CDFA, y así lo será si es un bien adquirido para satisfacer una atención legítima de la familia.

V. LA DEUDA PRIVATIVA

5.1. Los caracteres de la deuda privativa

La deuda privativa se construye con un carácter negativo y residual (art. 223 CDFA). Es privativa una deuda cuando no lo es a cargo del patrimonio común. Pero el concepto, que es también de contraste, se terminará utilizando no solo como contrapuesto a deuda común, en la relación interna, sino como contrapunto también a responsabilidad frente a terceros. Ello es así porque se apura en exceso la diferenciación entre deuda y responsabilidad, facetas de un denominador común y que se quieren proyectar también de manera diferenciada a ámbitos que no son coincidentes con esas categorías, la deuda a lo común o relación interna de los tres patrimonios, la responsabilidad a la relación del consorcio con quienes no son los cónyuges, esto es "terceros". Específicamente se declara la privatividad de la deuda respecto a las deudas anteriores al consorcio, así como a las que tienen causa de sucesiones y donaciones.

5.2. La responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes

Afrontado en la LEC 2000 el embargo de bienes gananciales, el legislador se ve liberado de la necesidad de establecer mecanismos para la tutela del cónyuge no deudor. No obstante se hará referencia a ello, por una parte, para establecer alguna peculiaridad aragonesa y por otra por cuanto la diferenciación entre lo sustantivo y lo procesal nunca puede ser absoluta y se producen continuas interacciones entre la norma sustantiva y la procesal.

Lo sustantivo se afronta en el art. 224 CDFA. Se refiere, como se afirma en la rúbrica del precepto ("responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes") al aspecto externo, a la faceta de responsabilidad de los bienes comunes, pero con un planteamiento negativo. No de las deudas que configuran el pasivo provisional sino, precisamente, de las que no se pueden incluir en el mismo: deudas contraídas necesariamente "por uno solo de los cónyuges" (pues las asumidas por los

dos se integran siempre en el pasivo provisional: art. 219.3 CDFA). Ya hemos advertido que existe una profunda identificación entre las categorías del art. 218 y 219 CDFA. Ello unido a la circunstancia de que frente al acreedor lo privativo se contrapone a la responsabilidad externa es lo que termina explicando el porqué en la práctica forense a estas deudas se les venga en denominar también privativas (16). Lo que en realidad disciplina el art. 224 CDFA es el régimen de la responsabilidad de la masa patrimonial del deudor ya que su patrimonio está integrado no solo por su patrimonio privativo sino por su participación en el consorcio. Y tal participación, por su valor patrimonial, por compleja que pueda ser su naturaleza jurídica, no puede quedar ajena a la satisfacción de sus acreedores conforme al art. 1911 del Código Civil. Lo que la norma dispone es que, primero, la agresión se debe realizar sobre el patrimonio privativo, lo que no deja de dotar a la norma de un carácter procesal, pues incide en el orden legal de la traba. Y sólo para el supuesto de su insuficiencia se permite la agresión a los comunes. Y segundo, trasladando la previsión del art. 46 de la Compilación de 1967 dispone que ello será, "a salvo siempre el valor que en ellos corresponde al otro cónyuge". El legislador aragonés, existiendo una regulación procesal, la del art. 541 LEC, por más críticas que esta norma haya recibido, se ve liberado de la necesidad de articular mecanismos que permitan la operatividad de su previsión. Como principio es incontestable que no hay razón jurídica que justifique que el cónyuge no deudor deba responder con su participación en el consorcio de una deuda que le es ajena.

Además el legislador aragonés advirtió que debe quedar a salvo no solo el valor del no deudor sino "los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes". Anticipa la norma una prelación del crédito del acreedor común frente a los cónyuges y, derivativamente, frente a los acreedores privativos de estos últimos, lo que no es sino una proyección concreta del régimen ordinario de liquidación prevenido en el art. 265 CDFA.

(16) La economía del lenguaje en el uso forense explica que el concepto de deuda privativa se utilice también en la relación externa como contrapunto a la responsabilidad común. En el uso forense resultaría difícil de expresarse en los términos legales: "deudas contraídas por un cónyuge distintas de las enunciadas en el artículo 219". Y en este sentido cabe contraponer las deudas internamente privativas de las externamente privativas.

La autonomía del patrimonio común brota aquí en la esfera interna al ordenarse un reequilibrio patrimonial respecto de lo pagado con patrimonio común para satisfacer deudas privativas de uno de los cónyuges, de suerte que el valor de esos bienes sacrificados para satisfacer la deuda privativa "se imputará en la participación del cónyuge deudor hasta que la reembolse"; lo que no es sino aplicación del reembolso prevenido en el art. 226.3 b) del Código, siquiera advierte que "se tendrá en cuenta para ulteriores reclamaciones de acreedores privativos". La previsión hace surgir la duda de si aquí se está contemplando algún régimen específico o tratamiento diferenciado de reembolso. Es en realidad un supuesto reglado que se regula en el art. 226.3 b) CDFA y como el mismo se tiene que tener en cuenta al tiempo de la liquidación, al confeccionar el activo (art. 262 apdo. c. CDFA), sea al tiempo de su liquidación virtual o contable (art. 225.1 CDFA) sea al tiempo de su liquidación definitiva.

5.3. La ejecución de bienes comunes por deudas privativas.

El art. 225 CDFA. Su relación con el art. 541 LEC

Antes hemos anticipado que la existencia de una regulación procesal, la contenida en el art. 541 LEC, liberó al legislador aragonés del problema de la conciliación de los derechos e intereses de los acreedores privativos con la de los cónyuges, sobre todo del no deudor, y, en alguna medida, de la propia autonomía de lo común, pero eso no le excusaba de la necesidad de regular la realidad de apremios soportados por el patrimonio común para atender a los acreedores privativos, pues el cónyuge deudor tiene una participación en ese patrimonio que no hay razón que justificara quedara exento o inmune a la acción del acreedor privativo.

Y lo primero que hace, tras definir en el art. 224 el ámbito de aplicación (deudas distintas a las enunciadas en el art. 219 CDFA, a las que denomina privativas) es, en el art. 225 CDFA, invocar el cauce procesal, el previsto en la ley procesal para la ejecución de bienes gananciales, representado por el art. 541 LEC. Y a partir de aquí sienta las consecuencias sustantivas a las que puede conducir el incidente procesal. Pero repárese que la rúbrica del precepto se refiere a la ejecución sobre bienes comunes por deudas *privativas*. Por ello las esferas de aplicación del art. 225 CDFA y del incidente procesal del art. 541 LEC son diferentes, aunque no dejen de pro-

ducirse interacciones entre uno y otro precepto. Porque el art. 225 CDFA, como el art. 1373 del Código Civil, parte de un presupuesto, de una calificación, la de privativa de una deuda y anuda a la ejecución de las mismas sobre bienes comunes determinados efectos sustantivos, diferentes en parte para el consorcio que para la sociedad de gananciales, mientras que el incidente procesal trasciende sobre esas previsiones, sobre las que se sobrepone, de manera que con toda la confusión que se le reproche al art. 541 LEC, lo que el precepto una vez clarificado afronta es esencialmente el mero carácter **unilateral** de la deuda, a la que se podría asociar una presunción de privatividad, pero es presunción que invierte de principio (y en mi opinión de final) en términos que va a permitir el embargo inicial e ilimitado de los bienes comunes, tratando la deuda unilateral como si fuese responsabilidad común y trasladando al cónyuge no deudor la carga de reaccionar promoviendo un incidente específico de oposición. El ámbito de aplicación del art. 541 LEC no es equivalente a la regulación sustantiva aragonesa, como tampoco al art. 1373 CC. La norma procesal termina por aportar criterios de trascendental importancia práctica sobre el problema de la calificación de la deuda, si responsabilidad común o deuda privativa, desplaza la presunción de privatividad de la deuda unilateral (o su reverso, negación de una presunción de ganancialidad pasiva) al ámbito interno del incidente para, por el contrario, otorgar el protagonismo a otra regla distributiva mucho más relevante, la de la carga de accionar, la de obtener una tutela judicial por el cónyuge no deudor ante un acto ejecutivo.

5.4. El ámbito del art. 541 LEC: la unilateralidad de la deuda

La comprensión del art. 541 LEC pasa por tener presente que el precepto arrastra en demasía la enorme carga doctrinal sobre la cuestión, enturbiándolo hasta el punto de que le hace partir de unos presupuestos equívocos, a saber, bien si se trata de deudas de las que deba responder el patrimonio común (art. 541.2 LEC), bien si se trata de deudas privativas (art. 541.3 LEC). Cuando no solo no es así, sino que de lo que trata el incidente es cabalmente de clarificar la deuda, de resolver un problema de apariencia: el art. 541 LEC se refiere, exclusivamente, a las deudas generadas de una manera individual por cada uno de los cónyuges. Pues la deuda conjunta es siempre responsabilidad frente a terceros (art. 219.3 CDFA), de ma-

nera que el acreedor no tiene, para este supuesto, que buscar calificación alguna, y podrá dirigirse simultáneamente contra los tres patrimonios. Por tanto, el ámbito de un proceso de ejecución del art. 541 LEC se contrae exclusivamente a la deuda unilateral.

La deuda unilateral de un cónyuge sometido a un régimen de comunidad crea una situación de incertidumbre, dado que tal deuda puede ser tanto privativa como común o mera responsabilidad del consorcio. Y esa equívoca situación que se crea se resuelve por el legislador procesal buscando un equilibrio entre la posición del acreedor y la del cónyuge no deudor, pero que en lo relevante se decanta a favor del acreedor al permitir la agresión del bien común, con lo que desplaza al no deudor la carga de accionar promoviendo la tutela de su derecho si considera que el embargo le supone una afección que no tiene jurídicamente que soportar. Es decir, defendiendo que es deuda privativa o responsabilidad meramente privativa.

Para ello articula mecanismos procesales que aseguren que el no deudor tenga noticia de esa afección, dando la opción de que se le demande ejecutivamente o simplemente se le notifique el embargo (aunque con un plus de garantías procesales: con traslado de la demanda y despacho de ejecución). Es sobre esta notificación sobre la que se construye el mecanismo de defensa, pues es a partir del mismo, pero sin apercibimiento alguno, cuando el cónyuge no deudor debe reaccionar planteando el incidente de oposición, debiendo mantener que la deuda unilateral que fundó el despacho de ejecución no es responsabilidad del consorcio.

El legislador procesal, para acallar acaso su mala conciencia, dispone a continuación que la carga de la prueba de que es responsabilidad del consorcio recae sobre el acreedor. Recoge así la norma un criterio doctrinal mayoritario, por no decir que unánime, que considera que existe una presunción de privatividad de la deuda unilateral. En contra de este criterio mayoritario se defenderá aquí que eso no es así ni aunque la norma, el art. 541.2 LEC, lo afirme expresamente. Primero porque es una regla distributiva de la carga de la prueba que se compadece francamente mal con la previa distribución de la carga de accionar, pues si el legislador parte de esa presunción de privatividad no se alcanza a comprender cómo empiece admitiendo lo más, la ilimitada afección del patrimonio común por una deuda unilateral, para luego imponer, dentro del potencial incidente de cognición, una presunción contraria.

Pero es que esa regla distributiva de la prueba colisiona abiertamente con otra previsión legal, con incluso alcance constitucional, distinta de la carga de la prueba: a saber, el principio de disponibilidad o facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) (17). Es inaceptable, en consideración que puede tener relevancia constitucional, trasladar al acreedor la carga de probar algo que pertenece a una esfera interna de una economía familiar, la de los cónyuges, que se ubica dentro de un ámbito esencialmente doméstico y en el que la distinción entre la deuda privativa y la responsabilidad de la común se construye sobre parámetros que responden a valoraciones extrañas al acreedor y de una extraordinaria elasticidad. Acreedor al que le resultará imposible adivinar si la actividad en la que su deudor generó la deuda es "objetivamente útil a la comunidad" y si no lo ha sido en qué medida eso ha redundado en beneficio común. Y la medida de ello, o cuando el deudor se ha situado dentro de los parámetros de "regularidad" de sus negocios o del desempeño "corriente" de su profesión. En esa situación no es razonable trasladar la carga de la prueba al acreedor.

En cualquier caso, resuelto el incidente, quedará definida la naturaleza de la deuda unilateral, si privativa o responsabilidad común. Porque si la resolución judicial del incidente se decanta por esta última consideración, el apremio se mantendrá sobre los bienes co-

(17) Recuerda la STS de 19.09.2013 que "es doctrina del Tribunal Constitucional (desde sus sentencias núm. 227/1991, de 28 de noviembre, 7/1994, de 17 de enero, y 95/1999, de 31 de mayo), acogida por el Tribunal Supremo (en sentencias de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991, núm. 684/1999, de 26 de julio, recurso núm. 1779/1997, núm. 48/2000, de 31 de enero, recurso núm. 1320/1995 y núm. 75/2010, de 10 de marzo, recurso núm. 2091/2005), y reflejada incluso en nuestras normas legales (art. 304y 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que cuando las fuentes de la prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos; que los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24 de la Constitución), por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes para su defensa; y que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza".

munes embargados en su integridad, sin que haya que indagar la medida en la que hay afección al valor que en ellos correspondía a quien no era deudor. El incidente resuelve definitivamente la cuestión. Pero sólo en la relación externa, en el pasivo provisional. No se decide si es o no pasivo definitivo.

5.5. La ubicación del art. 225 CDFA en el ámbito procesal

Pero si la solución del incidente se decanta por la privatividad de la deuda nos debemos situar en el art. 541.3 LEC y el legislador aragonés se aparta de la solución que se da en el art. 1373 del Código Civil y aun en la misma Ley procesal, pues otorga una opción que necesariamente se deberá ejercitar aunque no se defina plazo (por lo que en su caso debe ser judicial), bien por una liquidación virtual y contable, bien por una liquidación real y definitiva.

Con la primera se ha de medir el valor de los derechos del no deudor, a cuyo fin se han de realizar de manera virtual las operaciones de inventario y liquidación prevenidos en los arts. 262 y 263 CDFA. Y se huye de la precisión de la "mitad" porque el art. 265 CDFA impone compensaciones, imputaciones y reembolsos a favor de la comunidad (apartados a, b y c del art. 265.1 CDFA), después del pago a terceros de las deudas vencidas (entiéndase deudas comunes: apartado d), que son preferentes a las privativas, para ya practicar el reintegro que resulte de la compensación antes citada. Ello dará la medida del valor del no deudor en el patrimonio común, lo que se deberá comparar con el valor de lo embargado en relación con el total valor del matrimonio común. Términos de la comparación que permitirán concluir si el embargo afecta o no al valor del no deudor. Si le afecta deberá el embargo reducirse hasta eliminar toda afección. No produciéndose esa afección, el apremio podrá continuar sobre los bienes embargados hasta su realización. Esta opción por la liquidación meramente contable o virtual ofrece escasos alicientes al cónyuge no deudor y de hecho, en la práctica, es desconocida. Desde una consideración subjetiva no será atractivo un régimen de comunidad que ha soportado una grave crisis patrimonial. Y desde una consideración objetiva mantener la comunidad es estar sometido al riesgo de que el acreedor periódicamente pretenda revisar el valor que su deudor pueda tener en ese patrimonio común. Que si ha podido llegar a anularse en virtud de la imputación que se dispo-

ne en el art. 224.2 CDFA puede, con el transcurrir del tiempo y dada la integración del activo, llegar a tener un valor positivo.

Porque la alternativa para el no deudor es realizar una liquidación real, inventario y liquidación que desemboque en la partición que previene el art. 267 CDFA, con la adjudicación entre los cónyuges, aquí sí ya por mitad (o en la proporción pactada) porque ya se han debido realizar los reintegros y reembolsos.

La diferencia a efectos procesales es sustancial porque en la liquidación "real", si los bienes embargados son adjudicados al no deudor, la traba deberá levantarse y el acreedor deberá dirigir su acción ejecutiva contra los bienes adjudicados a su deudor.

Para el acreedor consorcial (*rectius*: para el acreedor con derecho a satisfacer su crédito tanto a costa del patrimonio común como del privativo de su deudor) las remisiones a las reglas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria (art. 270 CDFA) son de escasa aplicación. En el consorcio, constante el mismo, disuelto y aun liquidado, no hay momento alguno en el que el patrimonio quede, ni aun transitoriamente, sin titular. Con lo que la acción ejecutiva podrá construirse contra los dos cónyuges o contra uno, pero con notificación del embargo al otro. Pero la disolución no genera suspensión del apremio, consecuencia que está reservada a la deuda privativa. A lo más, también, al incidente procesal sobre tal privatividad.

Para el régimen de gananciales se discute si del art. 1399 del Código Civil resulta una preferencia de los acreedores consorciales respecto de los privativos. En el Derecho Aragonés es claro que sí, no solo ya por las normas de liquidación sino porque lo disciplina el art. 224.1 CDFA. Pero la paradoja para el acreedor es intensa, porque su deudor se le representa unilateral y unitariamente, no con una suerte de desdoblamiento de la personalidad patrimonial, de manera tal que pueden aparecer acreedores preferentes de una masa patrimonial que no se exterioriza en el tráfico jurídico.

5.6. La posición del acreedor privativo en la liquidación

Es en sede de liquidación definitiva donde resulta el mayor de los problemas, la intervención del acreedor en esa liquidación. Recuértese que es un acreedor privativo, pero que tiene interés en evitar una confabulación de los cónyuges que lleven a comportamientos fraudulentos en perjuicio de su crédito.

Porque si como ordena el Código Foral y el art. 541.3 LEC hay que remitirse a las reglas de la propia LEC sobre la división judicial de patrimonios, el acreedor privativo es un mero espectador al que no se le reconoce otro derecho que el de “intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos” (art. 782.4 LEC). En la doctrina se trata de matizar esta restricción defendiéndose que desde este momento ya no es válida la división extrajudicial y que debe dársele traslado la propuesta de inventario y debe ser citado a la comparecencia que para su formación establece el art. 809.1 LEC (18). La razón de defender estos posicionamientos es la responsabilidad *ultravires* que se sienta en el art. 1401 del Código Civil. Pero el Código Foral se aparta de la solución establecida para el régimen de gananciales al disponer un régimen de responsabilidad para el cónyuge no deudor de las deudas comunes “exclusivamente con los bienes que le hayan sido adjudicados *aunque no se haya hecho inventario*” (art. 268.2 CDFA). A mi parecer son más relevantes las tesis procesalistas que justifican la intervención del acreedor privativo en la división y que giran sobre la consideración de que el art. 541.3 LEC parte de la existencia de un **embargo**, y que esa afección autoriza a un control por el órgano de la ejecución para evitar soluciones en claro fraude de los derechos de los acreedores y de abuso por los cónyuges. Pero las respuestas que con ello se aportan se concretan en un deber de realizar dentro del proceso los actos divisorios y de preparación de la partición (inventario), pero en modo alguno pueden llevar a entender que se alteren las facultades que tienen los cónyuges de convenir sobre la división (art. 259.1 CDFA) ni una intensificación de las facultades del acreedor privativo que lleven a incidir en la potestad de los comuneros en la partición. Las de éste se limitan a presenciar esos actos procesales e incluso a alegar lo que estime pertinente, pues se le reconoce en la leyes procesales el derecho a intervenir. Pero no pueden alterar los acuerdos sobre formación del inventario ni, sobre todo, los relativos a la partición, que una vez realizada, si lo ha sido en perjuicio de sus derechos, deberá ser en principio impugnada en el declarativo correspondiente. Para lo único que está facultado el acreedor privativo en la liquidación es para im-

(18) REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: *Comentarios al Código Civil*, tomo VII, Tirant lo Blanch, 2013, p. 9719.

pulsar la liquidación si los cónyuges adoptaran una postura pasiva, que les sería cómoda dada la suspensión del apremio que resulta del art. 541.3 LEC dilatando la satisfacción de los derechos de los acreedores privativos.

5.7. La relevancia sustantiva del art. 541.3 LEC

De lo dicho podría parecer que la posición del acreedor privativo no mejora en nada con la solución que resulta de la combinación del art. 225 CDFA y del art. 541.3 LEC. Pero no es así.

El art. 541.3 LEC aporta al ordenamiento jurídico algo que había sido anticipado antes por el art. 1373 del Código Civil y que ahora se asume por el legislador aragonés en el art. 225 CDFA, y a lo que pone orden: la posibilidad de que el acreedor privativo de uno de los comuneros fuerce primero la disolución de la comunidad y después la liquidación, aunque sea, para el caso aragonés, con el reconocimiento de la posibilidad de que esa liquidación pueda ser meramente virtual. Queda claro que el art. 541.3 LEC obliga al no deudor a optar por, bien consentir o soportar el apremio sobre los bienes comunes, en definitiva sobre derechos que no son del ejecutado, lo que se justifica sustantivamente porque ello conlleva el que se genere inmediatamente un "debe" contable en la economía del consorcio a cargo del deudor que fundará en su momento, en el de la liquidación final, un reembolso a favor del consorcio. O bien liquidar y dividir, dejando su lote al margen del apremio, que sólo se podrá dirigir contra el que se adjudique al deudor. Posibilidad de forzar la división que permite concretar unos derechos antes solo referenciados a unas participaciones que, por definición, no son transmisibles. Por tanto tampoco embargables (la alienabilidad es sustancial para el embargo: ordinal primero al art. 605 LEC). Y esa posibilidad del acreedor privativo de disolver el consorcio está presente en el art. 225 CDFA, aunque sea con la opción a favor del no deudor de realizar una liquidación sin disolución. Por tanto, necesariamente virtual. Si se repara en los efectos y alcance del art. 541 LEC lo que el precepto aporta, recogiendo los criterios que fluyen del art. 1373 del Código Civil pero trascendiendo al mismo, es tratar la deuda unilateral como si fuera, en principio, responsabilidad del consorcio. Lo segundo es forzar la disolución de esa comunidad si la deuda termina mereciendo el carácter de privativa de un miembro

de la comunidad. Y la tercera facultad que otorga el art. 541 LEC a favor del acreedor de un comunero es, tras lograr la disolución, la de obligar a dividir. Y eso, como luego se verá, es extraordinario en el régimen de cualquier comunidad, en la que al acreedor de uno de los comuneros se le otorga un papel de mero espectador: ni puede afectar los derechos de otros comuneros, ni menos puede extinguirla ni, una vez extinguida, forzar su partición. Lo que aquí se justifica por la complejidad jurídica del consorcio y, en general, de los regímenes matrimoniales de comunidad.

5.8. La inoponibilidad del cambio del régimen económico del matrimonio. La proyección sobre los patrimonios disueltos, con o sin liquidación. Sus consecuencias procesales

En el Código Foral (arts. 194, 198 y 268.1) ha existido una particular preocupación por sentar que la disolución del régimen económico legal de comunidad, por cualquiera que sea su causa, no perjudique las expectativas de los terceros con los que los cónyuges se relacionaron, que pudieran tener presente una solvencia de los mismos representada por la totalidad del patrimonio común y que luego cuando se quiere hacer efectiva la deuda se encuentren, una vez más en supuestos de deuda unilateral, con que su cónyuge deudor ha disuelto y liquidado ese régimen y el patrimonio, siendo aquél contra el que puede dirigirse el acreedor privativo el lote de los comunes que se adjudicó a su deudor tras la liquidación y que, de mediar una actitud fraudulenta, se habrá nutrido con los bienes de menor relevancia económica y que menos pueden dar satisfacción a esos acreedores de la deuda, se repite, unilateral y de la que, por ende, no se sabe si es común o responsabilidad del consorcio o si es privativo.

Hemos de reparar, por tanto, que lo que ahora nos planteamos es una deuda, una vez más unilateral, asumida constante el consorcio pero que vence disuelto el mismo; o que vencida con anterioridad es reclamada cuando se ha disuelto el consorcio. La inoponibilidad es sintetizada por la doctrina con la gráfica expresión de que el tercero, normalmente un acreedor, puede tratar la situación como si la disolución y la liquidación no se hubieran practicado, como si no existiera. Mas lo que aquí interesa no es tanto esa inoponibilidad valorada desde el ámbito sustantivo sino desde la esfera procesal.

Es decir si puede aplicarse el art. 541 LEC y embargar el patrimonio que fue común y ahora es del no deudor, y puede hacerse valer la precalificación legal de la que se vale el legislador en dicho precepto y en el segundo de sus apartados, asimilando inicialmente la deuda unilateral a la responsabilidad común, que es de la que se vale el legislador, como antes se ha explicado, en el art. 541.2 LEC constante el régimen económico. O si, por el contrario, debe acudir necesariamente a un juicio declarativo para hacer valer esa consorcialidad de la deuda, sea o no ejercitando también la acción rescisoria, aunque sea de forma subsidiaria, acciones que la jurisprudencia no ha declarado como compatibles, lo que impone la necesidad de un ejercicio subsidiario (19).

(19) La STS de 1 de marzo de 2006, rec. 2511/1999 acepta el criterio de la Audiencia de que «declarar un efecto de tanta trascendencia resulta excesivo, es innecesario y no se compagina con el carácter subsidiario que según la ley ha de tener la acción rescisoria», añadiendo que la solicitud de manera subsidiaria de que se decrete la nulidad de la inscripción de la finca registral aludida "sí resulta acorde con la interpretación que la jurisprudencia viene dando al art. 1317 CC, a la vista de la subsidiariedad de la acción rescisoria"". Y, en esa sentencia, a continuación, se enfrentará a las objeciones que pueden resultar del Registro de la Propiedad "la normativa hipotecaria contiene disposiciones tendentes a la efectividad de las garantías de los terceros acreedores, como se infiere de la STS de 7 de noviembre de 1992, que tiene un antecedente en la de 17 de noviembre de 1987 (que por esta razón ordena la anotación preventiva del embargo, pero no accede a la rescisión de las capitulaciones), la cual declara que la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el art. 144.2 RH, previniendo expresamente la hipótesis contemplada en dicha sentencia, dispone que, si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios. Debe completarse esta referencia recordando que, conforme al artículo 144.4 RH, cuando constare en el Registro la liquidación de la sociedad de gananciales, la anotación preventiva de embargo tendrá acceso al Registro si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución. Si ha sido adjudicado al otro, será menester que del mandamiento resulte la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y que conste la notificación del mismo al cónyuge ahora titular antes de que la liquidación se hubiese producido la disolución del régimen económico (art. 144.1 RH y resoluciones de la Dirección General de los Registros de 28 de diciembre de 1999 y 18

La respuesta afirmativa encontraría su apoyo en que la LEC 2000 admite con suficiente generosidad la extensión de la ejecución frente a terceros, lo que se plasma en los arts. 538 LEC y ss.; y si bien este precepto –pórtico general de la extensión de la sentencia en el proceso civil, que lo admite– ha podido merecer, y merece una lectura restrictiva (STC 53/2010, de 4 de octubre), es precisamente en sede de embargo de bienes comunes del matrimonio donde el legislador ha sabido diseñar un cauce de oposición con las suficientes garantías procesales a favor del cónyuge no deudor (art. 541.2 LEC) porque, de no admitirse el embargo de lo común por la deuda devengada constante el régimen, aunque vencida o exigida ya disuelto, se vacía de operatividad y de sentido verdadero a la inoponibilidad. Es ésta una regla sustantiva, pero su propio concepto desvela una funcionalidad procesal, con lo que, si no se aplica a la deuda nacida constante el matrimonio pero exigida disuelto y liquidado el mismo, se le habrá negado el mismo régimen jurídico-procesal aplicable al consorcio, en definitiva se habrá vaciado la idea de inoponibilidad. La relevancia es extrema, pues como se ha explicado la virtualidad del art. 541 LEC es realizar una precalificación legal de la deuda, la de que la deuda unilateral es responsabilidad del consorcio y traslada al no deudor la carga de accionar, la defensa de que no lo es, aunque luego, una vez opuesto, ponga a su favor una presunción de no consorcialidad.

La regulación del proceso de ejecución hoy se ve obligado a permitir al tribunal de ejecución valoraciones sobre el alcance objetivo y subjetivo de la ejecución, aunque no resulten del mismo título que necesita así una heterointegración, siquiera deba comprobarse por el tribunal –y acreditar por el ejecutante– que la deuda se generó constante el régimen económico. Lo que sin especiales dificultades

de febrero de 2000, si bien la de 24 de abril de 2002 admite que se practique la anotación de embargo por deudas de un cónyuge sobre bienes antes gananciales y ya adjudicados e inscritos en favor de su consorte, siempre que la traba y su notificación a éste se hubieran producido antes de que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal hubiera producido efecto frente a terceros de buena fe). En otro caso, para evitar el obstáculo que para la efectividad de la reclamación dirigida inicialmente contra el cónyuge deudor significa el acceso al Registro de la adjudicación a favor del otro cónyuge, hay que entender que es necesario demandar a ambos cónyuges, no sólo al deudor, sino también al titular registral de los bienes anteriormente gananciales”.

resultará de ordinario del propio título ejecutivo. Pues nos estamos refiriendo a un proceso de ejecución. Y a tal proceso sólo se accede con alguno de los títulos tipificados en el art. 517 LEC y que para su creación, aunque no se trate de títulos jurisdiccionales y sí de los contractuales, se deben reunir unas garantías que dotan a la deuda de una razonable seguridad jurídica. Que es lo que justifica que acceda directamente el título contractual al proceso de ejecución. Llegar a la conclusión contraria, imponiendo al acreedor la carga de iniciar un proceso declarativo es, sencillamente, pervertir la regla de la inoponibilidad, pues aquélla disolución y liquidación la habrán terminado cercenando. De la jurisprudencia del TS la sentencia que puede fundar con más claridad la postura que aquí se defiende es la STS de 6 de febrero de 2008, rec. 5174/2000, en la que se niega, en una tercería de dominio, la condición de tercero al cónyuge no deudor, razonando, a propósito del régimen de gananciales, pero con solución perfectamente aplicable al consorcio, dado que el régimen procesal es común, que “es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del artículo 1317 del Código Civil –STS 25 de septiembre de 2007–, que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos. Por ello se ha afirmado reiteradamente por esta Sala que no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales, ya que lo que establece el artículo 1317 del Código civiles una responsabilidad “ex lege”, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna (STS de 15 marzo 1994, entre muchas otras). Cuando el artículo 1317 del Código Civil establece que “la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros” *determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales a pesar del cambio de régimen*, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, siempre que se den los requisitos exigidos en el propio artículo 1317. El artículo 1317 del Código Civil, completado con los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la

masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido (SSTS 21 nov. 2005, 1 marzo 2006, 3 julio 2007, etc.)". Esa misma línea se mantiene en la STS de 8 de marzo de 2012, rec. 523/2009, en la que se afirma que las reglas que rigen la materia de la validez de las capitulaciones matrimoniales cuando pueden afectar a los acreedores de una de las partes. Las capitulaciones matrimoniales como negocio jurídico, pueden ser declaradas nulas cuando concurren causas para ello. Sin embargo, el fraude de acreedores no produce, en general, la nulidad del negocio, sino su rescindibilidad, tal como dispone el art. 1291.3 CC" (20).

Supuesto diferente es que la deuda se haya contraído ya disuelto el régimen y estando pendiente de liquidar. Para estos supuestos ya no hay una comunidad germánica, sino una comunidad ordinaria en la que cada cónyuge tiene una cuota, pero no sobre cada uno de los bienes sino sobre la globalidad del patrimonio. Tal cuota es transmisible y por tanto embargable. Pero el apremio tiene que paralizarse tras el embargo de la cuota, pues es invalorable pericialmente (21): ni se conoce la totalidad del patrimonio ni se conoce la

(20) Concluye la sentencia afirmando que "un nuevo argumento deriva del efecto que el cambio de régimen pactado en las capitulaciones va a producir frente a los terceros, porque en realidad la base del argumento de la recurrente es que al afectar el contenido de las capitulaciones a los terceros acreedores, se produciría el perjuicio de sus derechos, lo que llevaría a la nulidad. Y esta afirmación no es correcta, porque: a) el art. 1317 CC establece que "la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros" (SSTS 184/2006, de 1 marzo y las allí citadas, y 944/2007, de 25 septiembre), por lo que no es necesario acudir a la declaración de nulidad de las capitulaciones para la preservación de estos derechos, y b) el art. 1401 CC establece que "mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor" y el no deudor "responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados", lo que determina que el régimen de la protección de los terceros frente a actos fraudulentos del deudor es el de la inoponibilidad de los capítulos y no el de la ineficacia.

(21) El legislador participa de este criterio cuando ordena en el art. 541.3 LEC la suspensión mientras se realiza la división. Lo que en

posición acreedora o deudora del cónyuge que soporta la ejecución, que puede ser incluso deudora en la liquidación. De una manera pragmática el art. 541.3 LEC ordena la suspensión del apremio hasta la partición, pues aunque enajenable la cuota, el alto grado de indefinición de los derechos del deudor hacen poco viable una transmisión forzosa en vía de apremio. Por lo tanto hay que esperar a esta última y a la partición para que concretados los derechos y los bienes adjudicados al cónyuge deudor la afección se concrete sobre los mismos, puedan ya valorarse pericialmente y seguir el apremio según su trámite.

El Código Foral contempla para la comunidad que continúa tras la disolución la deuda común (art. 251 CDFA), ya de un patrimonio estático y en conservación, así como la responsabilidad de esos bienes (art. 252 CDFA), en lo que es un régimen procesal, ya el que es el ordinario en cualquier comunidad, lo que hace necesario proceder contra ambos cónyuges (art. 252.1 CDFA), a la par que identificando lo que puede ser objeto de agresión por los acreedores (art. 252.2 CDFA: "los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos (bienes concretos de la comunidad) en la liquidación").

Las dudas que asaltan aquí es si puede aplicarse el incidente del art. 541.2 LEC a la comunidad disuelta y no liquidada igual que a la existente constante el régimen. Esto es, si esa exigencia de "proceder" contra los dos cónyuges se puede entender satisfecha ya en el proceso de ejecución con la demanda ejecutiva contra los dos cónyuges. Muchas veces cuando se da respuesta a esta cuestión se sigue pensando en clave de la LEC 1881 y trasladando al patrimonio común disuelto y pendiente de liquidación las reglas propias de toda comunidad, para las que de ordinario se ha predicado una situación litisconsorcial en su vertiente pasiva que obliga a ser llamados al proceso a todos sus integrantes y de hacerlo además en la fase declarativa del proceso. Mientras que aquí no nos encontramos ante una comunidad ordinaria y ni siquiera ante un equivalente a la comunidad hereditaria, por más que participe de su naturaleza jurídica y por más que el legislador se remita a la misma para todo lo que no esté previsto expresamente (art. 270 CDFA), pese a ser

abstracto no sería necesario pues la cuota es transmisible. Pero ya se verá que tal suspensión resultará inevitable por la indefinición de derechos que conlleva la mera titularidad de una cuota.

fenómenos patrimoniales muy diferentes. Y cabría así plantear dos cuestiones. La primera, si es aplicable el régimen de precalificación de la deuda contenida en el art. 541.2 LEC, es decir si tratar la deuda unilateral contraída por un comunero en una comunidad disuelta y no liquidada como si fuera común. Posibilidad que la opinión mayoritaria rechaza. Y la segunda cuestión, acaso más relevante es si, aun tratando la deuda unilateral como la privativa, es posible dotar al acreedor privativo de la potestad que otorga el art. 541.3 LEC, esto es, forzar la división tal y como previene el art. 541.3 LEC, supuesto para el que no termino de ver argumento que permita llegar a una solución negativa.

El criterio mayoritario, en solución que no es sino trasunto de la regla general en sede de comunidad ordinaria, es exigir la llamada al proceso de todos sus integrantes, de suerte que si uno de ellos no aparece como deudor en el título ejecutivo, lo mismo es procesal que contractual, no se puede hacer extensiva la ejecución contra el otro comunero. Pero esta solución conduce a la insatisfacción de que si se da tal tratamiento procesal a la deuda de uno de los cónyuges en un patrimonio disuelto y no liquidado, la afección de la cuota del deudor no puede llegar a su apremio porque, como antes se ha explicado, no es valorable pericialmente sino hasta que concluya el proceso liquidatorio; no se pueden sacar a subasta unos derechos cuya precisión solo llega con la liquidación partición y una vez realizados los reembolsos o reintegros. Potencialmente el cónyuge deudor puede resultar con una posición deudora en la liquidación. Pero es que, además, y esto es lo realmente complejo, la remisión por el legislador, lo mismo el estatal que el aragonés, a las normas sobre división de la herencia, justificado por su análoga naturaleza jurídica, pese a tratarse de fenómenos patrimoniales muy diferentes, conduce a que el acreedor, de no aplicar el art. 541.3 LEC, carezca de la facultad de promover la liquidación (art. 782 LEC).

El ordenamiento jurídico no autoriza al acreedor de uno de los comuneros a solicitar la extinción de la comunidad. Ni para la comunidad ordinaria (art. 403 del Código Civil), ni para la comunidad hereditaria, lo mismo en la norma sustantiva (arts. 1503 y 1083 del Código Civil y 369 y 370.2 CDFA) que en la procesal (art. 782.3 LEC). El acreedor privativo solo puede embargar la cuota de su deudor. Pero no pudiendo provocar la extinción mediante su disolución primero y su liquidación después, ante comunidades complejas, la

enajenación, que es posible (art. 1067 del Código Civil), choca con la dificultad/imposibilidad de que en el procedimiento de apremio sea valorable una cuota que está a resultas de una liquidación. A esta situación se refería la RDGRN de 23.12.2002, en la que se razona que "las cuotas sobre un patrimonio en liquidación, en cuanto tales, no son "bienes" susceptibles de enajenación forzosa, al carecer de la necesaria concreción y determinación, imprescindible para que puedan ser valoradas objetivamente, como trámite esencial de cualquier procedimiento de enajenación forzosa sobre bienes del deudor....Por ello, el embargo de cuotas abstractas en un patrimonio colectivo en liquidación *es una medida cautelar* que no produce más efecto que el de anticipar el embargo sobre los "bienes futuros" que se adjudiquen (si se adjudican) al deudor en la división del caudal. Así resulta, sin duda alguna, del artículo 1.373 del Código Civil respecto a la sociedad de gananciales, en caso de embargo de bienes comunes por deudas privativas de un cónyuge. Es cierto que dicho artículo 1.373 no se aplica a la comunidad postmatrimonial disuelta (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1993), por lo que no son embargables los bienes comunes, ni una mitad indivisa de ellos, por deudas de un partícipe, pues lo impide su naturaleza de comunidad germánica"; será posible embargar la cuota abstracta del deudor en dicho patrimonio colectivo, a resultas de la liquidación y adjudicación de bienes. Pero de este artículo 1.373 se desprende, en forma implícita, una solución que se formula en forma expresa en el artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que acoge la doctrina jurisprudencial anterior (cfr., entre otras, la Sentencia de 29 de abril de 1991), según la cual debe suspenderse el procedimiento hasta que se lleve a cabo la liquidación y adjudicación de bienes al deudor, pues la cuota trabada no es susceptible de enajenación forzosa (22).

(22) Añade la RDGRN que: "5. Lo peculiar del supuesto de este recurso es que no se ha suspendido la ejecución, sino que ha seguido hasta la subasta y remate de las cuotas embargadas; pero el rematante, al menos en cuanto a la cuota en los gananciales disueltos (sin prejuzgar ahora los efectos del remate respecto a la cuotas en el caudal hereditario, propiamente tal) no sucede al deudor en la titularidad de dicho patrimonio ganancial disuelto (téngase en cuenta la inherencia de dicho patrimonio a los cónyuges por su origen familiar, lo que motiva la existencia de normas muy específicas en la liquidación de la sociedad de gananciales, como por ejemplo, los artículos

La Dirección General, en la Resolución citada de 23.12.2002, concluye que “se trata, por consiguiente, de un derecho marcadamente obligacional, pues requiere una actividad de especificación o determinación definitiva de su objeto, en la que es imprescindible la actividad del deudor (y de los otros partícipes en los patrimonios colectivos). En el momento de la adjudicación el rematante adquirirá derecho real sobre tales bienes (artículo 1.097 del Código Civil) (según reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre el valor traditorio de la aprobación del remate por acto de autoridad, en este caso complementado por la adjudicación, que actúa a manera de especificación); pero mientras tanto, como acreedor a la entrega de bienes indeterminadamente (pues sólo de la liquidación resultará si hay activo neto y qué bienes se adjudican al deudor) sólo tiene la posición de cualquier acreedor en la división del caudal: intervenir a su costa, para evitar que la división se haga en perjuicio o fraude de su derecho (artículo 1083 y 782.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). *En resumen: respecto de la sociedad de gananciales disuelta es posible embargar la cuota abstracta de un cónyuge, pero no subastarla, pues la traba está llamada a ser sustituida por los bienes que se adjudiquen al deudor, que serán objeto de ejecución específica (cfr. 1.373 del Código); y si se subasta la cuota el adquirente sólo recibe un derecho imperfecto, dependiente de una situación respecto de la que es tercero: la liquidación, que no efectúa él sino los cónyuges o sus herederos*”. La Resolución fue criticada por CALATAYUD SIERRA (23), autor que defendió que “esta solución no parece

1.405 y 1.406, sobre adjudicación preferencial, y 1.408, sobre alimentos a los partícipes) y no llega a convertirse en copartícipe del patrimonio separado colectivo, condición que conservan los cónyuges o sus herederos. En definitiva, el remate no es traslativo de la cuota, sino que el rematante adquiere un derecho a la entrega de los bienes que se adjudiquen al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad de gananciales, liquidación que han de efectuar los cónyuges o sus herederos (cfr. artículo 1.404 Código Civil: “el haber de la sociedad de gananciales se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos”) voluntariamente, o, en su defecto, por el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1990: la liquidación ha de practicarse en forma convencional, de manera que sólo ante la oposición del cónyuge deudor sería necesario acudir a la liquidación judicial) que podrán instar los acreedores reconocidos”.

(23) CALATAYUD SIERRA, ADOLFO: “La liquidación del consorcio conyugal

correcta. Los argumentos dirigidos a negar el carácter de partícipe a este adquirente son endeble. No se ve razón para que puedan adquirir la condición de partícipes los herederos de los cónyuges, que pueden ser personas completamente ajenas a la familia, y no otras personas; si se puede transmitir por causa de muerte esa condición de partícipe en el patrimonio post-consorcial, no se ve la razón por la que no sea transmisible entre vivos. No deben ser obstáculo los derechos de adjudicación preferente que se establecen a favor de los cónyuges, que sólo serán de aplicación para ellos, no para otros partícipes, tampoco para ese adquirente. Tampoco el derecho de alimentos del art. 1.408 CC, que podrá aplicarse aunque otra persona haya entrado en lugar de un cónyuge. Y la interpretación que se hace del art. 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civiles muy discutible. Por otro lado, la solución de la DGRN lleva a resultados absurdos: ese rematante tendrá que esperar a que el cónyuge ejecutado, que ya no tiene ningún derecho sobre los bienes, haga la división con su cónyuge y de ello dependerán los bienes concretos que va a recibir aquél. Además, con ella se perjudica gravemente a los acreedores, a los que se ponen nuevos obstáculos para el cobro de sus créditos, al entorpecer gravemente el derecho de los rematantes". En mi opinión ciertamente la resolución es discutible por cuanto atribuye un carácter cautelar al embargo de la cuota que no tiene y hay que estar con este autor cuando defiende que la cuota abstracta del cónyuge en un consorcio disuelto y no liquidado se puede transmitir. Pero esta es una aptitud abstracta que no resulta suficientemente útil en un procedimiento de apremio, pues mantener como está tal indefinición de los derechos que no resultan valorables pericialmente. Por eso, con una posición pragmática, el art. 541.3 LEC ordena **suspender** y liquidar. Y las pegas que el autor resalta, el quedar en manos de los cónyuges tal liquidación y la partición, se salvan si se observa la facultad que tiene el órgano de ejecución para forzar a los cónyuges a hacer efectiva la liquidación. Y de ahí que aquí se defienda la aplicación del art. 541.3 LEC a las deudas nacidas disuelto y no liquidado el consorcio.

aragonés", Actas del Foro de Derecho Aragonés, edit. El Justicia de Aragón, 2006, pp. 75 y 76.

Dicho de otra manera, lo que el art. 541 LEC aporta, en sus apartados dos y tres, es una precalificación funcional e inicial de la deuda como responsabilidad del consorcio, y después y para el supuesto de que lo sea privativa forzar su, primero, disolución (que aquí no sería necesaria pues se comenta el supuesto de consorcio disuelto y no liquidado) y, en segundo lugar, su liquidación. Potestad que, como antes se ha indicado, nunca se reconoció al acreedor privativo de un comunero en ningún régimen de comunidad, que nunca pudieron extinguirla ni forzar su división, y en la que se les deja un papel de mero espectador.

VI. RELACIONES ENTRE PATRIMONIOS

6.1. Los reintegros

El Código previene el deber “patrimonial” de reintegrarse “entre sí” aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de otros. Lo primero que debe advertirse es que, aunque la expresión pueda parecer equívoca, los patrimonios que deben reintegrarse son, por una parte, el consorcio, y por otro los privativos. Quiere decirse que si durante la vigencia del consorcio pueden generarse obligaciones de reintegro entre los patrimonios privativos los mismos no son los que se regulan en el art. 226 CDFA, aunque en los términos en los que se exprese la norma en este particular puedan resultar equívocos, ni deben plantearse al tiempo de liquidación *del consorcio*. En esta liquidación, a la que se refiere el apartado cinco del precepto como referente temporal ordinario, el protagonismo lo asume el patrimonio común, que aparecerá como consecuencia de los reintegros bien con una partida de su activo (crédito frente a uno de los patrimonios privativos) bien del pasivo (crédito a cargo del consorcio y a favor de uno de los cónyuges).

Lo que debe reintegrarse es el “valor”; por tanto se contempla una conversión del resultado a una prestación dineraria que computará, como se ha dicho, como un activo si es un reembolso y como un pasivo si es un reintegro.

El verdadero *quid* de las recompensas deriva de la conexión estructural que hace el precepto a la doctrina del enriquecimiento injusto, pues el recíproco reintegro entre patrimonios lo es cuando “uno hubiese lucrado sin causa a costas de los otros”.

6.2. El enriquecimiento sin causa en las economías domésticas

Es conocido que la doctrina del enriquecimiento injusto presenta unas notables dificultades de valoración, y que debe apreciarse allí donde no sea posible encontrar en el ordenamiento jurídico una razón que justifique ese enriquecimiento o empobrecimiento (aspecto este último que formalmente no se parece contemplar en la norma foral, que se refiere sólo al "lucro" sin causa). Y si la institución es de notable dificultad de apreciación lo es más en el Derecho de Familia, dada la compleja y habitual confusión patrimonial que la economía familiar genera. Será precisamente en el ámbito del Derecho de Familia donde la jurisprudencia de los últimos años se habrá visto en la necesidad de precisar la figura, singularmente allí donde no hay un régimen de comunidad sino, al contrario, una, al menos formal, separación de los espacios patrimoniales de ambos miembros de la relación, en particular en los regímenes de separación de bienes así como en las convivencias *more uxorio*. Y esto es así porque en los regímenes de comunidad, asentados en la idea de hacer común el beneficio y la ganancia, tienden a un equilibrio patrimonial estructural que disminuye las posibilidades de fenómenos de enriquecimiento sin causa. La altísima permeabilidad entre los patrimonios, la idea finalista de satisfacer lo común y la mezcla de lo personal con lo patrimonial hacen poco probables desplazamientos patrimoniales sin causa. Pero que pueden producirse. El legislador no enlaza la falta de causa, de una manera apriorística, ni con la forma de integración del activo ni del pasivo. En el ámbito del pasivo definitivo no es fácil que se puedan generar reembolsos o reintegros, pues el propio legislador justifica el sacrificio patrimonial por una causa que hace que sea deuda ontológicamente consorcial.

Es en la jurisprudencia relativa a matrimonios en régimen de separación de bienes, también en convivencias *more-uxorio*, en las que se ha tenido que realizar un esfuerzo de precisión de la institución. Para una pareja de hecho la STS de 06.05.2011 (rec. 2224/2007), advierte sobre los distintos significados jurídicos del enriquecimiento sin causa precisando que "la naturaleza del enriquecimiento sin causa ha sido y sigue siendo una de las cuestiones que ofrece mayores dudas en la jurisprudencia y en la doctrina. Hay que tener en cuenta además, que tiene diferentes significados en los ordenamientos europeos. No es posible hablar como regla gene-

ral de la existencia de un principio de oblique a examinar de nuevo todos los desplazamientos patrimoniales efectuados entre dos personas. Sólo en casos en los que la causa de los desplazamientos patrimoniales no sea aceptada por el ordenamiento jurídico es posible efectuar esta revisión. La obligación de reparar un enriquecimiento sólo puede imponerse en circunstancias muy concretas. La revisión de la cesión se producirá solamente cuando el interés del demandante se considera digno de tutela”.

Más contundente, la STS 03.01.2006 (24) advierte que la acción de enriquecimiento injusto no es dinamitadora del sistema jurídico, de modo que no puede acudir a ella más que cuando no exista una acción que concreta y específicamente se otorgue por el legislador para remedio de un hipotético enriquecimiento sin causa (sentencias de 19 de febrero de 1999, 6 de junio de 2002 y 6 de octubre de 2005)”. Y a propósito de un supuesto de aportación del trabajo al negocio privativo del otro cónyuge la STS de 19.06.2012 (rec. 294/2010) advertía, respecto del enriquecimiento sin causa, que “su función de cláusula general de cierre también parece clara, pues si pese a que el Derecho de obligaciones aparece estructurado de tal modo en orden a impedir que no tenga lugar un desplazamiento o enriquecimiento injusto, no obstante, si este se produce, entonces el alcance sistemático y complementador del principio permite que la prohibición del enriquecimiento injusto se convierta en regla sancionadora de la atribución realizada determinando la correspondiente restitución (STS de 21 de octubre de 2005)”. Tal sentencia lo calificaba de “principio general del Derecho”, y resaltaba su carácter supletorio, exigiendo la comprobación, para su aplicación de: 1) si con la pretensión del enriquecimiento injustificado se pide lo mismo o no que otra acción al servicio del actor; 2) si la pretensión de fondo del enriquecimiento injustificado viene ya regulada por normas concretas o por la previsión normativa; 3) si la norma preferente de aplicación elimina, expresa o indirectamente, cualquier otra vía que teniendo idéntico o distinto fundamento persiga un mismo resultado u otro parecido; 4) si el ordenamiento jurídico al señalar una acción específica y preferente otorga un plazo de prescripción con el que ha pretendido cerrar la cuestión ante cualquier otra posibilidad de reclamación referida al mismo objeto, a sus subrogados o parte de

(24) (Recurso. 1891/1999)

él; 5) si la acción específica y preferente ha perdido la viabilidad del éxito por defecto de prueba o interacción de alguna causa imputable al actor.

6.3. Los supuestos reglados

El propio legislador en sede de consorcio contemplará supuestos concretos en los que se ordenará específicamente el reembolso o el reintegro. Un régimen en el que la voluntad de los cónyuges puede ser definitiva para la atribución de un carácter consorcial o privativo, favorece el que, potencialmente, esos reconocimientos de consorcialidad o privatividad carezcan de causa (patrimonial), aunque termine permitiendo, precisamente por ese carácter pactista, el que sea la voluntad de los cónyuges la que haga exigible o no el reequilibrio patrimonial. Permite así el art. 210.1 c) CDFA la atribución conjunta del carácter consorcial de un bien, y lo contrario en el art. 211 d). Puede darse la falta de contraprestación cuando un bien se adquiere por título anterior aunque su adquisición se consolide durante su vigencia, que mantiene su privatividad aunque parte del precio se abone constante el consorcio y probablemente con dinerario consorcial. Y más específicamente el art. 215 CDFA, como concreción del carácter pactista del régimen, recogerá esa facultad de atribución de naturaleza a los bienes, pacto que deberá recogerse en escritura pública, lo mismo con relación a los bienes que ya son consorciales o privativos, que supuesto más habitual, a aquellos a los que se asigna uno u otro carácter “al momento de su adquisición”. Uno y otro supuesto generan el correspondiente derecho de reembolso o reintegro (art. 215.2 CDFA), a “*salvo disposición en contrario*”. Si el reintegro o reembolso se fundan en la doctrina del enriquecimiento sin causa la norma autoriza a pactar sobre el mismo.

En la integración del activo las dudas en cuanto a la existencia de causa se concentrarán con una particular intensidad en los bienes privativos que tienen una faceta patrimonial pero en los que es prevalente su carácter personalísimo, que son los regulados en el art. 212 CDFA. El propio Código previene el reintegro (al privativo del valor actualizado de las primas a su costa satisfechas respecto del seguro de supervivencia, al ser comunes las cantidades devenidas antes de la disolución) o reembolso (las primas satisfechas por el consorcio en los seguros sobre la vida contratadas por uno

solo de los cónyuges a favor de persona distinta del otro), con lo que asaltan dudas sobre si se produce algún reembolso en los demás supuestos de reconocimiento del carácter privativo de unos bienes atendiendo a su naturaleza personal, problemática específica que más adelante se tratará.

Y desde el pasivo se contempla también alguna específica previsión. La conexión del art. 222 con el art. 239, ambos del CDFA, revela un potencial reembolso en los supuestos de bienes adquiridos por uno sólo de los cónyuges sin el consentimiento del otro y que se integrarán, al tiempo de la liquidación, en el lote del que lo adquirió, pero ello "reembolsando al patrimonio común el valor actualizado del precio y demás gastos de la adquisición". Y el art. 224 CDFA, en su segundo apartado, respecto de las deudas privativas pagadas con bienes comunes, cuyo valor actualizado se imputará en la participación del cónyuge deudor. Ya, en fin, el propio art. 226.4 CDFA previene un reembolso a cargo de los patrimonios privativos por el importe actualizado de los daños y perjuicios que uno u otro cónyuge le hayan causado por acción dolosa o gravemente negligente.

6.4. El deber de reequilibrio patrimonial

Mas, fuera de estos supuestos reglados, el art. 226.1 CDFA establece un principio general que, con todas las dificultades que se quieran apreciar, impone un reequilibrio patrimonial cuando no hubiere causa que justifique que uno de los patrimonios se hubiese lucrado a costa de los otros; de ordinario esos desplazamientos patrimoniales están constituidos por flujos monetarios que terminan consolidándose como beneficio en uno de los patrimonios. Esta idea de consolidación o permanencia hace valorable el reintegro o reembolso sólo al tiempo de la liquidación, y además con no pocos problemas técnicos por cuanto esos desplazamientos patrimoniales, sobre todo de lo común a lo privativo, pueden generar un incremento de rendimiento de lo privativo que es, por esencia, común. De modo que el consorcio puede haber estado amortizando aquél desplazamiento patrimonial o flujo monetario, lo que compensará y aun anulará cualquier perspectiva de lucro sin causa. Y según la finalidad que ese desplazamiento patrimonial tenga y cuando exista para ello una voluntad concorde en los cónyuges se pueden terminar adicionando otros factores que también pongan en cuestión

una falta de causa que en la contemplación instantánea o estática del desplazamiento sí que podría darse. Los supuestos de enriquecimiento sin causa que con mayor facilidad pueden generarse en la vida del consorcio son:

6.4.1. La mejora de los bienes privativos a costa del patrimonio común

Para estos supuestos debe evitarse una respuesta inicial y unitaria. Se vuelve a repetir que, salvo pacto que lleve a una respuesta diferente, la apreciación de la mejora debe realizarse al tiempo de la liquidación. En su apreciación pueden valorarse circunstancias subjetivas que incluso pueden tener una percepción o valoración económica, como es desde luego que esa inversión en lo privativo sea decidida de común acuerdo, lo que conlleva el que conjuntamente se asuma el riesgo. Y una "tasa de riesgo" es un factor que puede tener una apreciación económica. También se deberá tener en cuenta la potencial amortización de esa inversión, su obsolescencia al tiempo del reembolso, el aprovechamiento aun personal que los dos cónyuges, y en particular, del accipiens, de quien no es titular del bien receptivo del desplazamiento patrimonial, hayan obtenido con la mejora de lo privativo. Ese aprovechamiento personal primero puede tener una apreciación económica y segundo, aún sin tenerla, pueda aportar la causa excluyente del reintegro. También los rendimientos que hayan lucrado el patrimonio común, que puede así haber recuperado en todo o en parte ese desplazamiento. Bien se comprenderá que si se atienden a todos estos factores el reembolso, como el reintegro en la operación inversa, se observa con no pocas prevenciones. Pero no se puede excluir que existan flujos monetarios a favor de uno de los patrimonios privativos que no terminen de encontrar una adecuada justificación ni compensación.

6.4.2. La mejora de los bienes privativos por el trabajo del cónyuge no titular

Un supuesto relativamente frecuente es aquél en el que uno de los cónyuges se emplea en una actividad de la que es titular el otro cónyuge. Por tanto privativa de este último, que es el único que se beneficia en cuanto el rendimiento se focalice en el bien privativo. Si

ese trabajo es remunerado no se representa un especial problema, pues esa remuneración o compensación es ya común (art. 210.2 CDFA), con lo que existirá ya causa en términos que harán difícilmente planteable reembolso alguno. Que es la solución que se da para el régimen de gananciales en la STS de 22.09.2006(25).

Pero las dudas asaltarán en el supuesto en el que no haya existido esa remuneración, lo que puede desvelar que no exista una causa que justifique un beneficio de lo privativo a costa, en definitiva, de algo que debía haber sido común. En contra del reembolso se manifestaba Rams Albesa que lo consideraba impropio de la economía familiar que preside la gestión de la comunidad, autor que concluía incluyendo "esta operación en la misma línea neutra del ejercicio de la potestad doméstica y por lo tanto no hábil para generar nuevos recursos consorciales".

En realidad, el supuesto no deja de ser un caso particular de la mejora de lo privativo a costa de lo común, sólo que singularizado sobre algo tan personal como el propio trabajo. Y acaso no deba tener una respuesta apriorística, sino que se debe estar al caso concreto. Y como aquél supuesto genérico se proyectan sobre él los mismos interrogantes. Bien se verá que aquí no es tanto la cuestión de si el patrimonio de uno de los bienes privativos se beneficia del trabajo del otro cónyuge y que esa compensación debiera haber tenido alguna compensación. Pues es habitual que esa actividad realizada por uno de los cónyuges en beneficio de un bien privativo del otro afecte, más que al consorcio, con un potencial empobrecimiento del mismo, a la capacitación y pérdida de oportunidades para el que de una manera desinteresada desarrolló un trabajo en beneficio de su cónyuge. Es decir que la verdadera merma sea personal, la soporta el cónyuge que realizó el trabajo, lo que no es materia a resolver al tiempo de la liquidación del consorcio. El instrumento para esa compensación será la asignación familiar compensatoria (art. 77.3 y 83 CDFA), aunque singularmente en su regulación, no lo haya tenido expresamente en cuenta. Una asignación que tanto el legislador como la jurisprudencia ven cada día con más recelos puede terminar conduciendo a soluciones poco equitativas.

En las sentencias citadas a propósito del enriquecimiento injusto se recogían algunas que se referían a beneficios sin causa debidos

(25) Rec. 5189/1999.

a la aportación del trabajo de uno de los cónyuges a la empresa o actividad de otro, identificándolos como supuestos de "*condictio por inversión*" o por expensas, como será la STS 06.05.2011, referida a una pareja de hecho. Se trata del supuesto en que "se realizan gastos o se incorpora trabajo en una cosa ajena, con beneficio del propietario o del poseedor de la misma". Entre el que sufre el empobrecimiento y el enriquecido con este trabajo, razona la mencionada sentencia, no debe existir ningún contrato, pues en caso contrario, la problemática se deberá resolver de acuerdo con las normas del derecho de contratos. Cuando una persona invierte su trabajo en beneficio de las empresas de otra persona sin recibir la adecuada compensación ni participar en los beneficios que ayuda a crear, se puede considerar que el enriquecimiento se ha producido en virtud de la denominada *condictio por inversión*, debiendo interpretarse en este caso la palabra inversión como trabajo efectuado sin la correspondiente compensación económica. En definitiva, se ha invertido capital humano, el trabajo, sin ningún tipo de participación en el resultado de la inversión ni ningún esfuerzo por parte del beneficiado. La STS de 19.07.2012, en la que recuerda los supuestos de *condictio por inversión* y que presenta la peculiaridad de que, para un caso de separación de bienes, invoca una aplicación en el régimen de liquidación conyugal "análoga de los artículos 1359 y 1360 del Código Civil". Aplicación análoga para el de separación con el que se potencia su aplicación en la esfera que le es propia, el de gananciales.

6.4.3. Los bienes privativos *ad personam*

Una particular problemática se puede generar a propósito de aquellos bienes que tienen naturaleza privativa por su carácter personal pero que se pueden haber generado merced a una contraprestación de lo que pueda considerarse común, con lo que se plantea si en estos casos de bienes privativos *ad personam* surge un derecho de reembolso a favor del consorcio. Y entre estos últimos se encuentran las titularidades de pensiones de cualquier clase y las de los contratos de seguros.

La cuestión que en definitiva se plantea en los apartados 2 y 3 del art. 226 CDFA con relación a estos bienes *ad personam* es si el previo reconocimiento de la titularidad puede conllevar, de manera

implícita o explícita, la exclusión de reintegros o reembolsos. Si la cuestión se mueve en un ámbito exclusivamente patrimonial de manera que no exista correspondencia entre lo que se hace privativo o común la respuesta parecería claramente negativa: si el precio de un bien privativo es abonado en parte a costa del caudal común, este último patrimonio tendrá derecho al reembolso.

El Código previene unas reglas especiales en algún supuesto ya comentado, como será el del seguro de supervivencia contratado durante el consorcio por uno de los cónyuges en su beneficio (art. 212.1 d) CDFA), para el que se establece el carácter común y no privativo de las cantidades devengadas antes de la disolución del consorcio. En realidad no se trata de un caso diferente al de las pensiones, pues las devengadas constante el consorcio son comunes. La peculiaridad se residencia en que para este supuesto "se reintegrará al patrimonio privativo el valor de las primas satisfechas a su costa". De lo que a sensu contrario resulta que no habrá ese reintegro si se abonaron las primas a costa del caudal común. Y también es de deducir que ese reintegro será en la parte proporcional en el que las cantidades devengadas por el seguro sean privativas por haberse devengado con posterioridad al consorcio. La cuestión, que no resuelve la norma, sería si abonadas a costa del caudal común las primas se genera un derecho de reembolso total o parcial a favor del consorcio por la parte que haya cobrado el cónyuge ex-post la disolución y por tanto con carácter privativo.

La pista la proporciona el art. 212.2 CDFA en tanto en cuanto, para el supuesto de seguros sobre la vida contratados por uno solo de los cónyuges a favor de persona distinta del otro "y que no constituyan acto de previsión acorde con las circunstancias familiares" se establece un derecho de reembolso a favor del patrimonio común por el valor actualizado de las primas que se hayan satisfecho a costa de dicho patrimonio.

Las dudas surgirán cuando se trate de bienes de naturaleza patrimonial pero con un componente personal (supuestos del art. 212 CDFA), en los que cabría interrogarse si la titularización *ex-lege* a favor de uno de los cónyuges conlleva la exclusión del reembolso. El problema surgió con particular intensidad con relación a la pensión contributiva de jubilación. Se podría razonar que peses a la naturaleza esencialmente personal de la pensión, con la que se da cobertura a determinadas contingencias, en tanto la misma se funda en

las cuotas que se abonan como contraprestación a un trabajo, tal contraprestación tendría naturaleza común y por ende la pensión debería participar de esa naturaleza.

Bajo la vigencia de la Compilación, como para el régimen de gananciales, se discutió si las pensiones, sobre todo las relativas al sistema público de la Seguridad Social, tenían naturaleza privativa o consorcial. Hoy la cuestión está resuelta expresamente por el legislador aragonés, pero parece conveniente rescatar la polémica para resolver lo que, al menos expresamente, el legislador no ha resuelto, a saber si la generación de una prestación periódica, una pensión o renta que tuvo su origen en una contraprestación realizada constante el régimen de comunidad genera un derecho de reembolso a favor del consorcio por el valor de esa aportación. Bajo el régimen del Código y las leyes que en el mismo se refunden queda resuelto expresamente como se ha dicho el problema de la titularidad, lo mismo de la pensión que lo que se haya devengado constante el consorcio (art. 212.a c, para el primer supuesto y el art. 210.1 g para el segundo, antes del CDFA). Pero lo que aquí importa es saber si la contraprestación que hay que abonar para fundar una pensión, en un régimen público o privado, sea por un sistema contributivo, sea de capitalización, si se ha satisfecho a cargo de bienes comunes, genera ese reembolso a su favor. Y para resolver esta cuestión parece conveniente rescatar los criterios jurisprudenciales que llevaron, a falta de norma expresa en gananciales o consorciales, a resolver la titularidad de esas pensiones, pronunciamientos en los que se ha de encontrar la pista para la cuestión que ahora interesa resolver.

Así la STS de 26 de junio de 2007 para el régimen de gananciales, pero que utiliza argumentalmente la legislación aragonesa (rec. 275/2000), distingue cuatro figuras diferentes:

1.º **La pensión de jubilación**, a la que se atribuye carácter privativo si se generó después de la disolución y frente al argumento de que la misma surge de la cotización a la SS, que se debe considerar ganancial, se contestará que "la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, en cuanto al segundo). Así mismo, la sentencia de 20

de diciembre de 2004 consideró que no es ganancial la pensión del marido "ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358".

2.º Respecto de las **pensiones por jubilación anticipada**, o con mayor, propiedad, la indemnización por extinción de la relación laboral en un plan de bajas incentivadas de la empresa en la que el marido prestaba sus servicios, la STS de 22 de diciembre de 1999 entendió que dicha prestación "no retribuye un trabajo precedente ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que la nueva situación laboral de D. [...], que ha obtenido después de la separación legal de su esposa, sólo a él afectan, con la consiguiente repercusión, no comunitaria, de la indemnización por prejubilación, que posee una clara proyección de futuro, y en este sentido, es ajena a los principios de la sociedad de gananciales".

3.º En relación con las **indemnizaciones obtenidas por el esposo por una póliza de seguros** que cubría el riesgo de invalidez, se excluye del artículo 1436.6 CC, "toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, por ser una consecuencia económica y permanencia que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse la sociedad de gananciales ha de liquidarse y repartirse entre ambos cónyuges o sus herederos (sentencia de 25 de marzo de 1988, referida, sin embargo, al régimen navarro de la sociedad de conquistas). Y en apoyo de su solución el TS invocará la solución aragonesa: "esta conclusión viene avalada también por las regulaciones de otros regímenes económicos de comunidad, como ocurre con el artículo 28.2 de la Ley de Régimen económico matrimonial y Viudedad de Aragón, de 12 de febrero de 2003, que establece que ingresan en el patrimonio común durante el consorcio "las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional".

4.º Para los planes de pensión del sistema de empleo la STS de 27 de febrero de 2007 advertirá que "la primera nota que distingue los Planes de pensiones de los salarios está en que si bien se trata

de una prestación económica a favor del trabajador, **no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a** formar parte de un Fondo de pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente Fondo. En el caso concreto que se discutía sólo podía obtener los beneficios del Plan de pensiones si se cumplían los condicionantes previstos, que eran la jubilación del partícipe, la invalidez absoluta y permanente, la viudedad y la orfandad y que mientras estas contingencias no se produjeran, no tenía ningún derecho a obtener ninguna cantidad. Además, el Plan de pensiones tenía la naturaleza de Plan del sistema de empleo en el que el promotor, la empresa, efectuaba la totalidad de las aportaciones; por ello debe concluirse que no entra dentro de las prestaciones salariales que deban tener la naturaleza de bienes gananciales”.

De esta jurisprudencia dictada por el TS para los gananciales, con solución que puede extrapolarse al régimen consorcial, resulta que nunca deben reembolsarse desde luego las cuotas de la seguridad social en las que se fundó la pensión contributiva, ni aun las que deriven de accidente de trabajo, que se sustentan en la cuota empresarial con un mecanismo que incorporó al sistema público lo que originariamente era un seguro privado, la aportación económica realizada por el empresario que nutrió los planes de pensiones de los sistemas de empleo.

La cuestión es, pues, si esta misma solución debe predicarse en relación a los derechos consolidados para los planes de pensiones en los sistemas individuales.

Para el régimen de gananciales la doctrina defiende que la titularidad privativa de la pensión no excluye el reembolso, criterio que se mantiene para el consorcio por la A. P. Zaragoza (SS AP Zaragoza, S. 2.ª, 1 de julio de 2008, rec. 262/2008; 7 de marzo de 2007; rec. 586/2006; 20 de septiembre de 2005, rec. 332/2005; de 3 de enero de 2004, rec. 469/2010; de 3 de noviembre de 2000, rec. 352/2010; de 7 de mayo de 2008, rec. 1/2008).

Pero acaso podría defenderse la solución contraria que se apoyaría en la consideración de que aun los sistemas individuales no dejan de ser un mecanismo complementario de la cobertura de contingencias, invalidez, jubilación, muerte, que son un caso específico de la atención particular de una de los cónyuges. Lo que permitiría situar

la cuestión en el ámbito de la atención particular de cada cónyuge y nos ubicaría en el ámbito una vez más del art. 218.1 a) CDFA. Si el legislador, en los seguros de vida contratados por uno de los cónyuges a favor de persona distinta del otro debe reembolsar siempre que no constituya acto de previsión acorde con las circunstancias familiares, un plan en un sistema individual no parece que debiera tener una respuesta diferente. Pero ya se ha dicho que el criterio jurisprudencial mayoritario es la de ordenar un reembolso.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

Propiamente, en el número anterior de la Revista no planteé un DICTAMEN. Recomendé que el supuesto de hecho en el estudio “La familia empresaria: el cambio generacional en las empresas familiares”, constituyera el del minidictamen que ahora paso a comentar.

1. Evitar el “Síndrome de Buddenbrook”. “La familia Buddenbrook” es una novela de Thomas Mann que se desarrolla en Lübeck (Alemania) y el desarrollo, vicisitudes y desenlace, por lo negativos para la familia y para la empresa familiar ha dado lugar a que los expertos hablen del “Síndrome Buddenbrook” y la necesidad de evitarlo.

Lo estudié dentro de la obra que coordiné con ocasión del Congreso Notarial de Barcelona en 2006 y que me permito recomendar; ante y sobre todo después y a la vez que se lee la citada novela (¿autobiografía, en parte al menos?) del genial autor de “La montaña mágica”.

2. La empresa familiar no es “la casa abierta” para que encuentren acomodo, trabajo ... los miembros de la familia, porque son familia; ni siquiera los más allegados, próximos al fundador-fundadores de la empresa. El *familismo* (frecuente en los países del Mediterráneo, cuyo exceso –denunciado por Fukuyama– es lamentablemente una realidad) lleva a la bancarrota a la empresa y, lo que es peor, a la destrucción de los vínculos familiares, si no se remedia a tiempo.

3. Se habla de liderar y profesionalizar los puestos clave de la EF ... lo que conduce al “modelo de los tres círculos” al que se hace referencia en el estudio del Número anterior en el que trato de analizar un libro –de 2013– cuyo autor J. M. SERRANO CAÑAS profundiza acerca del cambio generacional en las EF.

4. El Protocolo familiar debe constituir la pieza clave que contenga el COMPROMISO de la familia con la EF. Poco se ha enterado la regulación legislativa de la misma.

5. El cambio generacional en las EF

5.1. Plantearse primero si el supuesto que es prototípico del artículo 831 del Código Civil es el que en el caso se presenta.

Este precepto es revolucionario. Como quien no quiere la cosa, trata de posibilitar que ante el posible pronto fallecimiento de un cónyuge, el supérstite ordene la sucesión, la transmisión, partiendo de la premisa de un solo patrimonio. Distribuir, repartir, –en todo o en parte– adjudicar bienes, hacerlo parcialmente, incluso durante lo que le quede de vida al cónyuge fiduciario (también a quien quede de los que han tenido descendencia común, sin estar casados).

¿Durante toda la vida? Sí es posible dada la *ratio* y la redacción actual (Ley de 2003) del revolucionario precepto; por segunda vez así lo califico: por las facultades que confiere (máximo que no tiene por qué establecerse en el testamento/testamentos reales que ambos cónyuges o uno al otro otorgan). Por la duración, ya que como he apuntado puede ser “la vida del fiduciario”, lo que evidentemente así será si se le faculta para cumplir la fiducia vía testamento. Porque permite liquidar y adjudicar bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada (con prudencia debe realizarse así, pero con un contador partidor y no solo por el cónyuge viudo fiduciario). Porque la administración de esta “especial situación de yacencia hereditaria” le concede y encauza el precepto el cónyuge fiduciario. Porque no tiene por qué satisfacer las legítimas estrictas desde el fallecimiento del testador, como se desprende de su letra y de su *ratio*.

En fin, el revolucionario precepto (no hay dos sin tres), en sintonía con los regímenes forales que parten de la fiducia sucesoria con más o menos, mejor o deficiente regulación, marca –desde 2003– el comienzo de una nueva etapa que el Notariado considere y pienso ha de tener presente ante la plurivariedad problemática que la realidad plantea.

GARCÍA GOYENA *dixit*. Nunca es tarde. “La posibilidad de considerar el patrimonio de uno y de otro cónyuge como un todo a efectos sucesorios”: ROURA ROSICH lo planteó. Aquí está el art. 831 (reformado por la Ley de protección a las personas con discapacidad).

Y el usufructo universal a favor del cónyuge fiduciario, plasmado en el testamento de su difunto consorte para reforzar todavía más el *complexus* jurídico de la "senyora, mayora, poderosa y usufructuaria". Todo en beneficio de la familia y en su caso de la EF; usufructo poderoso.

5.2. Y ciñéndonos a la Empresa Familiar ahí está el reformado art. 1056.2 del CC (Ley SL Nueva Empresa). Léase, estúdiese y aplíquese. ¿Sin más?. De ninguna de las maneras.

Ante todo, el destinatario de la EF, vía art. 1056.2 puede ser quien no es ni hijo ni descendiente del matrimonio, lo que no es factible ex art. 811. Por lo que hay que combinar en su caso ambos preceptos respecto al pago de las legítimas y la satisfacción de las mismas incluso con dinero extrahereditario y el plazo (no es posible que supere los cinco años a contar del fallecimiento del testador en el supuesto del art. 1056).

Y los artículos 782-8008; 822; régimen de la mejora en cosa determinada; preceptos posibilitadores del derecho de atribución preferente ex arts. 1406 y 1407. Estipulaciones capitulares ampliando tales derechos a fin de ajustar las posibilidades de aplicación legal al caso real...

Todo un mundo de posibilidades a emplear con prudencia, pero sin duda alguna, posible y hacedero, que el Notariado tiene delante y que –ahora cuando el Código Civil cumple su 125 Aniversario– es de justicia poner de manifiesto (como así lo hacen, por ejemplo en esta Revista, Juan BOLÁS y Luis RUEDA).

Y ahora el nuevo DICTAMEN, que por primera vez dentro de "Dictamina, que algo queda", no tiene mi sola autoría en cuanto al planteamiento problemático: en la parte que sigue es obra del Notario de Arteixo, Federico CANTERO NÚÑEZ.

- I. Dígase qué comprende o no la herencia de D. Pedro respecto a:
 1. Oficina de farmacia, en local propio, legada a su hija Hortensia, estudiante de farmacia.
 2. Administración de loterías legada a su hijo Ignacio.
 3. Título nobiliario "Vizconde de Porto Marín" legado –en testamento ológrafo– a su hijo José María.
 4. Legado del derecho de arrendamiento del piso 3.º A, calle de Saturno (Málaga) a su hija Venancia. Está en fase de prórroga legal.

¿Tienen derecho a suceder? ¿Han de cumplir requisitos específicos?

II. DICTAMEN (Propuesto por Federico Cantero)

I. Doña Petra Foz Rodríguez fallece en Betanzos el día uno de enero de dos mil doce, bajo la vigencia del testamento abierto otorgado el día uno de diciembre de dos mil diez, ante el notario de La Coruña, Don Agapito, en el que figuran las siguientes cláusulas:

“Manifiesta la compareciente que su vecindad civil es del territorio de Galicia.

EXPONE:

Que nació en Arteixo (La Coruña), el día 01 de Diciembre de 1929, que es hija de Francisco y de Petra, difuntos; y que está viuda de Anselmo Martínez López, de cuyo matrimonio, único que contrajo, no tiene sucesión, y que carece de ascendientes.

Que desea otorgar testamento.

A mi juicio, se halla la señora compareciente con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, el cual ordena oralmente con arreglo a las siguientes

CLÁUSULAS

PRIMERA: Instituye herederos a sus sobrinos Víctor y Fulgencio Foz Rodríguez, –hijos de su hermano Manuel Foz Rodríguez–, y Clotilde Martínez Foz, –hija de su hermana Fernanda Foz Rodríguez–, los cuales heredarán en la siguiente forma y proporción:

A) Su sobrino Víctor, heredará los siguientes bienes, sitos en el lugar de Potos, parroquia de Sendra, municipio de Betanzos:

1. Labradío DO CAMPO, de once mil novecientos ochenta y ocho metros cuadrados.

2. Labradío DO PRADO, de siete mil quinientos cuarenta y ocho metros cuadrados.

(Y así, hasta diez fincas más, únicamente descritas por su nombre, superficies y ubicación.)

B) Su sobrino Fulgencio, heredará los siguientes bienes:

1. La casa donde vive la testadora, en el lugar de Potos, número 6, Parroquia de Sendra, municipio de Betanzos, compuesta de planta baja y piso alto, con era, corral, alpendres, hórreo, cuadra para el ganado, huerta unida, labradío Do Petrucio, de unos dos mil quinientos setenta y nueve metros cuadrados, y todas las demás construcciones auxiliares; todos los bienes muebles en su acepción legal amplia, comprendiendo muebles propiamente dichos, ropas y demás ajuar de casa, aperos de labranza, ganados, cosechas recogidas y pendientes de recolección, y todo lo existente en la casa y dependencias.

2. La participación correspondiente a la testadora en el PISO SEXTO IZQUIERDA, de la casa señalada con el número 14, de la calle General Fonseca, en la ciudad de Betanzos, que es la finca registral número 32.111.

3. La participación o derecho correspondiente a la testadora en las siguientes fincas, sitas en el lugar de Potos, Parroquia de Sendra:

a) Labradío Costiña, de tres mil quinientos setenta y dos metros cuadrados.

(Y así, hasta nueve fincas más, únicamente descritas por su nombre, superficie y ubicación)

C) Su sobrina Clotilde, heredará los siguientes bienes:

1. Monte llamado Do Pocho, de cuatro mil seiscientos metros cuadrados, sito en el lugar de Potos, parroquia de Sendra, municipio de Betanzos.

(Y así, hasta diez fincas más, únicamente descritas por su nombre, superficie y ubicación.)

D) Sus sobrinos Víctor y Fulgencio, heredarán por iguales partes, todo el dinero del testador.

E) Cualesquiera otros bienes distintos de los adjudicados los heredaran los tres citados sobrinos, Víctor, Fulgencio y Clotilde, por partes iguales.

SEGUNDA.- Nombra sustitutos vulgares de los instituidos a los respectivos descendientes de los mismos."

II. En virtud de escritura pública de fecha uno de Mayo de dos mil catorce, autorizada por el Notario de Vigo, Don Sabino, Doña Clotilde Martínez Foz, otorgó escritura de renuncia de la herencia de Doña Petra, con el siguiente tenor literal:

"Doña Clotilde Martínez Foz, RENUNCIA pura y simplemente a la herencia de su tía Doña Petra Foz Rodríguez".

III.- El mismo día y con el número siguiente de orden de protocolo que la escritura citada en el exponendo anterior, y ante el mismo Notario los descendientes de Doña Clotilde Martínez Foz, esto es, Doña Ana y Doña Eva otorgaron, a su vez, escritura de renuncia de herencia con el siguiente tenor literal:

"Doña Ana y Doña Eva, como sustitutas vulgares de la instituida heredera Doña Clotilde Martínez Foz, RENUNCIAN pura y simplemente a la herencia de su tía Doña Petra Foz Rodríguez."

IV. El heredero Don Víctor Foz Álvarez acude al Notario para adjudicarse la herencia de su tía Doña Peta Foz Rodríguez y, PRE-GUNTA: ¿Cuáles son sus derechos en la herencia de su citada tía, y quienes deben comparecer para otorgar la escritura de aceptación y adjudicación de herencia?

Datos complementarios:

(El Notario le ha preguntado acerca de cuáles son los parientes más próximos que sobrevivieron a Doña Petra, respondiéndole que tres hermanos (Lucrecio, Amancio y Federica (que es la madre de

Clotilde)) además de los sobrinos Víctor y Fulgencio, hijos del fallecido hermano del testador y que premurió a éste, que es Manuel.)

(El consultante manifiesta a pregunta del Notario, que los únicos descendientes de Clotilde son sus hijos renunciantes.)

SEIS HORAS

victor@garridodepalma.es

LA RESIDENCIA COMO PROBLEMA EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES

Javier Máximo Juárez González

Notario

SUMARIO

- I. DIFICULTAD DE LA DELIMITACIÓN DE LA RESIDENCIA EN LA NORMATIVA VIGENTE
 - 1.1. Concepto de residente en España en la Ley y en el Reglamento del Impuesto: sujeción por obligación personal o por obligación real.
 - 1.2. Concepto de residencia “interna” a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en la Ley 22/2009, de Cesión de Tributos
 - 1.3. Conciliación de los criterios de la Ley 22/2009 con los establecidos en la Ley estatal del Impuesto
- II. NORMATIVA ESTATAL Y NORMATIVA AUTONÓMICA. LA ATOMIZACIÓN NORMATIVA COMO PRIMERA DE SOSPECHA DE INCONSTITUCIONALIDAD
 - 2.1. Supuestos de tributación en que la competencia y la normativa aplicable es la estatal en las CCAA en régimen común
 - 2.2. La capacidad normativa de las CCAA en la Ley 22/2009. La normativa estatal como normativa de “mínimo” para los sujetos pasivos
 - 2.3. La atomización normativa consecuencia del ejercicio de la capacidad normativa por las CCAA en régimen común: primera sospecha de inconstitucionalidad
- III. LA RESIDENCIA EN LA CA COMO PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DE BENEFICIOS FISCALES: SEGUNDA SOSPECHA DE INCONSTITUCIONALIDAD

IV. LA COMPETENCIA Y APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESTATAL PARA LOS SUJETOS PASIVOS NO RESIDENTES: TERCERA SOSPECHA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y POSIBLE INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

I. DIFICULTAD DE LA DELIMITACIÓN DE LA RESIDENCIA EN LA NORMATIVA VIGENTE

1.1. Concepto de residente en España en la Ley y en el Reglamento del Impuesto: sujeción por obligación personal o por obligación real

De acuerdo a la normativa estatal dos son los criterios fundamentales para determinar la sujeción al ISD: la residencia del sujeto pasivo y la situación de los bienes y derechos que integran el hecho imponible, de tal forma que en principio quedan sujetos todos los incrementos patrimoniales gratuitos que perciban los residentes –sujeción por obligación personal– y, respecto de los no residentes –sujeción por obligación real–, sólo tributan en cuanto a los bienes y derechos que integren el hecho imponible situados en España.

El concepto de residencia habitual en España se determina de acuerdo a los criterios establecidos en la normativa del IRPF al que se remiten los artículos 6 de la LISD y 17 del Reglamento.

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley del IRPF, con la matización que introduce el artículo 17 del RISD, se entiende que el sujeto pasivo tiene la residencia habitual en España cuando se den cualquiera de las siguientes circunstancias:

(I) Que permanezca más de 183 días en relación a los 365 días anteriores al devengo del impuesto en territorio español. El devengo se verifica en las transmisiones *mortis causa* al fallecimiento del causante y en las donaciones, cuando se formaliza el acto o contrato gratuito.

(II) Que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades empresariales o profesionales o de sus intereses económicos, de forma directa o indirecta.

Además, las indicadas reglas generales se complementan con una serie de presunciones y reglas especiales que tienden a evitar los traslados ficticios:

— Presunción, salvo prueba en contrario, de que el sujeto pasivo tiene la residencia habitual en territorio español, cuando residan habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél.

— Las ausencias esporádicas del contribuyente se consideran como permanencia en España, salvo que aquél acredite su residencia fiscal en otro país.

1.2. Concepto de residencia "interna" a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en la Ley 22/2009, de Cesión de Tributos

La Ley 22/2009 no determina el concepto de residencia en territorio español, sino que la da por supuesta en el inicio del art. 28 y se dirige a delimitar el concepto de residencia "interna", es decir de residencia en una Comunidad Autónoma de los residentes en territorio español, esencial para determinar la competencia en las sucesiones *mortis causa* y en las transmisiones gratuitas *inter vivos* de bienes muebles.

Así, el indicado artículo 28 de la Ley 22/2009 gradúa en sentido excluyente y supletorio los criterios para la determinación de la residencia habitual en una CA de los ya residentes en territorio español:

1. Permanencia en la CA el mayor número de días del período de los cinco años inmediatos anteriores contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al de devengo del hecho imponible en el ISD. Se complementa dicha regla con una presunción *iuris tantum* de permanencia en el territorio de la CA donde radique su vivienda habitual conforme a la normativa del IRPF.

2. En segundo lugar, se atiende al territorio de la CA donde tenga su principal centro de intereses, considerándose como tal el territorio donde obtenga la mayor parte de la base imponible del IRPF, determinada por los siguientes componentes de renta:

a) Rendimientos de trabajo, que se entenderán obtenidos donde radique el centro de trabajo respectivo, si existe.

b) Rendimientos del capital inmobiliario y ganancias patrimoniales derivados de bienes inmuebles, que se entenderán obtenidos en el lugar en que radiquen éstos.

c) Rendimientos derivados de actividades económicas, ya sean empresariales o profesionales, que se entenderán obtenidos donde radique el centro de gestión de cada una de ellas.

3. En tercer lugar, se atiende a la última residencia declarada a efectos del IRPF.

Reglas especiales:

— Las personas físicas residentes en territorio español, que no permanezcan en dicho territorio más de ciento ochenta y tres días durante el año natural, se considerarán residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma en que radique el núcleo principal o la base de sus actividades o de sus intereses económicos.

— Las personas físicas residentes en territorio español por aplicación de la presunción prevista en el último párrafo del apartado 1 del artículo 9 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se considerarán residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma en que residan habitualmente el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de ellas.

El apartado 5 del art. 32 de la Ley 22/2009 se remite al art. 28.1.1.º b) de la misma Ley resultando competente y siendo su normativa aplicable la correspondiente a aquella CA en la que el causante o donatario hubiera permanecido el mayor número de días del período de los cinco años inmediatos anteriores contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al de devengo del hecho imponible en el ISD.

1.3. Conciliación de los criterios de la Ley 22/2009 con los establecidos en la Ley estatal del Impuesto

De lo expuesto en los apartados anteriores, resulta que no hay contradicción entre la Ley estatal del Impuesto y su Reglamento y la Ley 22/2009:

a) La Ley del Impuesto y su Reglamento se refiere exclusivamente a los sujetos pasivos y respecto de los mismos a su sujeción al tributo por obligación personal o real y constituye la única re-

ferencia normativa en el tributo para determinar la residencia en territorio español.

b) La Ley 22/2009 para determinar la CA competente y la normativa aplicable presupone la residencia de la persona física en territorio español (inicio del art. 28.1 de dicha Ley) y despliega sus efectos para la determinación de la Hacienda autonómica competente y normativa aplicable atendiendo no a los sujetos pasivos, sino a los elementos personales desencadenantes del hecho imponible (causante en las sucesiones y donatario en las donaciones no inmobiliarias), que –insisto– deben ser residentes en territorio español.

Sin embargo, sí que es de reseñar un vacío normativo en el caso de la determinación de la residencia en territorio español del causante, condición imprescindible para la subsiguiente determinación de su residencia en una Comunidad Autónoma.

En consecuencia, a mi entender:

(I) Ante la ausencia de referencia específica, respecto de la residencia “internacional”, residentes o no residentes en territorio español a los efectos de la Ley 22/2009, deben aplicarse para su determinación los criterios que establece la Ley del Impuesto y su Reglamento, que se remiten a la normativa del IRPF con las especialidades indicadas y ello no sólo respecto de los sujetos pasivos sino también respecto de la residencia en territorio español del causante en las sucesiones “mortis causa”.

(II) Determinada la residencia en territorio español del sujeto pasivo o del causante, se aplicarán las reglas de la Ley 22/2009 para la determinación de la residencia “interna”, esto es de la Comunidad Autónoma correspondiente.

II. NORMATIVA ESTATAL Y NORMATIVA AUTONÓMICA. LA ATOMIZACIÓN NORMATIVA COMO PRIMERA DE SOSPECHA DE INCONSTITUCIONALIDAD

2.1. Supuestos de tributación en que la competencia y la normativa aplicable es la estatal en las CCAA en régimen común

Pues bien, de acuerdo al art. 32 de la Ley 22/2009, resulta com-

petente la Hacienda Estatal y aplicable su normativa en los siguientes supuestos:

— En las transmisiones "*mortis causa*" (sucesiones) en las que el causante no fuera residente en territorio español: en este caso la sucesión y todos los sujetos pasivos, con independencia de su residencia en cualquier CA, quedan sujetos a la competencia de la Hacienda Estatal y es aplicable igualmente la normativa estatal.

— En las transmisiones "*mortis causa*" (sucesiones) en las que siendo el causante residente en una CA, sin embargo, alguno o algunos de los sujetos pasivos sean no residentes en territorio español, se produce un fraccionamiento fiscal de la sucesión: respecto de los sujetos pasivos residentes en territorio español, la Hacienda competente y la normativa aplicable es la correspondiente a la CA donde el causante tuviere su residencia de acuerdo al art. 28 de la Ley 22/2009 y en lo que se refiere a los sujetos pasivos no residentes en territorio español, la hacienda competente y la normativa aplicable es la estatal (así se desprende del inicio del art. 32 de la Ley 22/2009).

— En las transmisiones "*inter vivos*" (donaciones) de bienes inmuebles en territorio español, es competente y aplicable la normativa de la CA en la que radique el inmueble, salvo que el donatario sea no residente en territorio español, en cuyo caso, de acuerdo al citado inicio del art. 32 de la Ley 22/2009, la hacienda competente y la normativa aplicable es la estatal.

— En las transmisiones "*inter vivos*" (donaciones) de otros bienes, es competente y aplicable la normativa de la CA correspondiente a la residencia habitual del donatario, salvo que el donatario sea no residente en territorio español, en cuyo caso y por el mismo fundamento legal antes indicado, la hacienda competente y la normativa aplicable es la estatal.

— En las transmisiones "*inter vivos*" (donaciones) de bienes inmuebles ubicados en el extranjero, la hacienda competente y la normativa aplicable es siempre la estatal, tal que y como resulta "a sensu contrario" del art. 32.2.b) de la Ley 22/2009.

De los dichos supuestos resulta que:

(I) Siempre es competente la hacienda estatal y aplicable su normativa respecto de los sujetos pasivos no residentes en territorio español.

(II) En determinados casos para un mismo hecho imponible la hacienda y normativa aplicable es distinta según el sujeto pasivo sea o no residente en España: sucesiones en las que el causante es residente en una CA, donaciones de inmuebles ubicados en una CA y donaciones de otros bienes y derechos situados en una CA.

2.2. La capacidad normativa de las CCAA en la Ley 22/2009.

La normativa estatal como normativa de “mínimo” para los sujetos pasivos

La Ley 22/2009 –art. 48– concede una amplia capacidad normativa de las CCAA en régimen común, que comprende:

a) Reducciones de la base imponible, que abarca el establecimiento de reducciones propias y mejora de las estatales:

— Establecimiento de reducciones propias, tanto para las transmisiones *inter vivos*, como para las *mortis causa*, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma de que se trate. Son de aplicación posterior a las estatales.

— Mejora de las estatales, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla. En el caso de mejora, la reducción mejorada sustituirá, en esa Comunidad Autónoma, a la reducción estatal.

b) Tarifa del impuesto.

c) Cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente.

d) Deducciones y bonificaciones de la cuota, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto sin que puedan suponer una

modificación de las mismas. Se aplican con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

e) Gestión y liquidación, si bien retiene el Estado la competencia para establecer el régimen de autoliquidación del impuesto con carácter obligatorio en las diferentes Comunidades Autónomas, implantando éste conforme cada Administración autonómica vaya estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para cumplir la autoliquidación del impuesto.

De lo expuesto se desprende que, salvo en lo relativo a tarifa y coeficientes multiplicadores sobre la misma para determinar la cuota, las CCAA sólo pueden más que mejorar la normativa estatal respecto de los sujetos pasivos en dos aspectos básicos del tributo: creación o mejora de las reducciones en la base imponible y bonificaciones en cuota. Por tanto, en principio la normativa estatal tiene el carácter de "mínimo" para los sujetos pasivos, de manera que, salvo muy contadas excepciones, la aplicación de la normativa estatal es mucho más gravosa para el contribuyente que las normativas de las CCAA.

2.3. La atomización normativa consecuencia del ejercicio de la capacidad normativa por las CCAA en régimen común: primera sospecha de inconstitucionalidad

La capacidad normativa atribuida a las CCAA por la Ley 22/2009 ha supuesto una tremenda atomización fiscal lo que ya de por sí no es deseable, pero sobre todo existe un riesgo evidente de aleatoriedad tributaria en función de la CA a la que corresponda la competencia del hecho imponible y por tanto, sea su normativa la aplicable y ello no sólo con respecto a la normativa estatal sino también entre las plurales normativas autonómicas.

Es cierto que el TS en la sentencia de 21 de marzo de 2007 consideró que las desigualdades derivadas del ejercicio de las competencias y capacidad normativa que la Constitución, los Estatutos de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico atribuye a las CCAA no conllevan necesariamente la vulneración del principio constitucional de igualdad. Ello no obstante, las diferencias de tributación son tan enormes entre unas y otras CCAA, que fundan la sospecha de que al menos el principio de igualdad sufre ante tal disparidad. Baste con indicar que coexisten CCAA como Madrid que establecen bonifi-

caciones en cuota del 99 % para los parientes más próximos (grupos I y II) tanto en transmisiones "*mortis causa*" como "*inter vivos*" con CCAA donde no existe ninguna bonificación con unas reducciones por parentesco muy exiguas (como por ejemplo, Canarias y Murcia).

Por tanto, si bien dichas divergencias tienen cobertura con rango de ley en la Ley 22/2009, lo acusado del diferente régimen fiscal según la CA a la que corresponda la competencia amparan un primer motivo de inconstitucionalidad del Impuesto.

III. LA RESIDENCIA EN LA CA COMO PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DE BENEFICIOS FISCALES: SEGUNDA SOSPECHA DE INCONSTITUCIONALIDAD

En el ejercicio de su capacidad normativa son numerosas las CCAA que han creado beneficios fiscales aplicables exclusivamente a los residentes en su ámbito territorial: establecimiento de reducciones propias condicionadas a la radicación de bienes en la propia CA o a la residencia en la misma por el sujeto pasivo; mejora de las reducciones estatales exclusivamente para sujetos pasivos con residencia en la CA o condicionadas a la localización en la CA en por ejemplo de la empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades; en el mismo sentido la implantación de bonificaciones o deducciones en cuota subordinadas a los mismos requisitos de ubicación o residencia.

Pues bien, si se refieren los beneficios fiscales acotados al territorio o a la residencia en el mismo, a supuestos puntuales o específicos, que encuentren su justificación en "circunstancias de carácter económico o social propias de la CA de que se trate" como señala la letra a) del art. 48 de la Ley 22/2009 a propósito de las reducciones propias en la base imponible, todavía tendrían una justificación razonable desde el punto de vista constitucional.

Sin embargo, lo que no parece admisible constitucionalmente es la necesidad de la residencia en la CA para disfrutar de beneficios fiscales dirigidos a la generalidad de los sujetos pasivos y de enorme importancia en cuanto a la carga tributaria. El caso más evidente es el de la CA de Valencia que subordina la aplicación de la bonificación en cuota en las transmisiones "*mortis causa*" del 75 % para los grupos I y II de parentesco a la residencia en su ámbito territorial;

igualmente subordina una reducción en la base y una bonificación en cuota del 75 % sujeta a determinados requisitos en las transmisiones lucrativas "*inter vivos*" de padres a hijos y de hijos a padres a la dicha residencia (arts. 10 bis y 12 bis de la Ley 13/1997 en su vigente redacción). Al respecto el TS por auto de 8 de mayo de 2013 ha suscitado cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Una consecuencia lógica de ello, a la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, es el evitar que autoliquidaciones o liquidaciones realizadas conforme a la normativa en entredicho devengan firmes, puesto que en tal caso no podrán aprovechar los efectos de la inconstitucionalidad si la misma llega a ser declarada. Se debe por tanto, si se ha realizado autoliquidación, solicitar de la administración la rectificación de la misma; de haberse girado liquidación por la Administración Tributaria, impugnarla, de manera que permanezca "*viva*" al objeto de aprovechar una eventual sentencia favorable del Tribunal Constitucional.

IV. LA COMPETENCIA Y APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESTATAL PARA LOS SUJETOS PASIVOS NO RESIDENTES: TERCERA SOSPECHA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y POSIBLE INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

En el apartado 2.1 se han relacionado los supuestos en que la competencia y la normativa aplicable es la estatal y que en todo caso, los sujetos pasivos no residentes quedan sometidos a dicha competencia y normativa.

Pues bien, de los dichos supuestos, hay uno en el que el tratamiento fiscal es el mismo para los residentes y no residentes: en las sucesiones cuando el causante es no residente pues la competencia y la normativa aplicable es la estatal para todos los sujetos pasivos. En los demás supuestos (sucesiones en el que el causante tuviera su residencia en una CA, donaciones de inmuebles en una CA y donaciones de otros bienes y derechos situados en una CA) los residentes quedan sujetos a la Hacienda y normativa autonómica y los no residentes a la Hacienda y normativa estatal.

Como también ya se ha reseñado –apartado 2.2.–, dada la capacidad normativa atribuida a las CCAA en materias tan importantes

como reducciones en la base imponible y deducciones en cuota, la normativa autonómica es de manera casi absoluta mucho más favorable a los sujetos pasivos que la normativa estatal. Y así resulta que los sujetos pasivos no residentes son de peor condición en el Impuesto que los sujetos pasivos residentes y ello con independencia de que sean de Estados de la Unión Europea.

Desde esta perspectiva, la normativa española del Impuesto está en una situación de enorme fragilidad ante el Derecho Comunitario. Al respecto debe citarse la sentencia de 17 de octubre de 2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declara contraria al Derecho Comunitario la regulación alemana del Impuesto precisamente por discriminación por residencia. Y precisamente ello ha sido el motivo de que la Comisión Europea haya interpuesto recurso contra el Reino de España, el día 7 de marzo de 2012 (Asunto C-127/12, Diario Oficial de la Unión Europea de 28/04/2012)), por entender que la normativa nacional infringe los artículo 21 y 63 TFUE y los artículos 28 y 40 del EEE, siendo inminente el pronunciamiento del tribunal comunitario.

Pero es que, además, la problemática es todavía mayor cuando el no residente es un nacional español, supuesto cada vez más frecuente dada la diáspora provocada por la crisis económica. Así, incluso desde el punto de vista del derecho interno, de nuevo se suscita otra sospecha de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad, dada la mayor onerosidad tributaria que soportan los nacionales no residentes con respecto a los nacionales residentes.

De nuevo debe insistirse en que, a la espera del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se debe evitar que autoliquidaciones o liquidaciones realizadas conforme a la normativa en entredicho devengan firmes, puesto que en tal caso no podrán aprovechar los efectos de la nulidad si la misma llega a ser declarada. Se debe por tanto, si se ha realizado autoliquidación, solicitar de la administración la rectificación de la misma; de haberse girado liquidación por la Administración Tributaria, impugnarla, de manera que permanezca "viva" al objeto de aprovechar un eventual fallo favorable del órgano jurisdiccional comunitario.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ACCIONISTA Y CONTROL POR LA MINORÍA EN LA "SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA"

Documentos e informaciones relevantes
en las cuentas anuales: Comentario
a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 16 de enero de 2012 (núm. 986/2011)

Luis Hernando Cebriá

Profesor Asociado de Derecho Mercantil
(acreditado a Profesor Titular)
Abogado. Universidad de Valencia

Partes: Don Rafael, don José Miguel, don Fausto y don Secundino
contra "Simave Productos, SA".

Ponente: D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Resumen Fallo: Desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y declaró la nulidad de los acuerdos de aprobación de cuentas anuales y de aplicación del resultado del ejercicio.

Fuente: IdCendoj: 28079110012012100003.

Disposiciones legales aplicadas en relación con la LSC: art. 93 (ex. art. 48 LSA); art. 197 (ex. art. 112 LSA); art. 262 (ex. art. 202 LSA); y art. 272 (ex. art. 212.2 LSA).

A) HECHOS

La cuestión controvertida trae causa de la extensión del derecho de información de los accionistas en la sociedad anónima. Don Rafael, don José Miguel, don Fausto y don Secundino, como accionistas minoritarios de "Simave Productos, SA", tras la convocatoria de junta general ordinaria de la sociedad, requirieron información sobre determinadas cuentas del Libro mayor y respecto del inmovilizado, así como de orden fiscal y, además, entre otras, la relación de operaciones de la sociedad avaladas personalmente por los socios. Posteriormente, durante el desarrollo de la junta, formularon preguntas sobre determinadas partidas del balance y acerca de otros datos de la memoria, en relación con el cuadro de financiación, que no encontraron oportuna respuesta.

B) DOCTRINA

1. El derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista, y a su vez, como derecho autónomo, deber ser correctamente ejercitado, de tal forma que el accionista debe identificar las informaciones que le interesen, tanto con carácter instrumental para poder emitir su voto con el más perfecto conocimiento de la cuestión sometida a la junta, como para poder censurar la gestión de los administradores sociales.

2. El derecho de información encuentra ciertas limitaciones en tanto que es necesario que las informaciones o aclaraciones estén comprendidas en el orden del día o sean conexas con él; deben requerirse y las preguntas formularse en el momento adecuado; y deben respetar el interés social, salvo que la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital.

3. Además de las limitaciones anteriores, el derecho de información está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva, tanto objetiva como subjetiva; lo cual debe examinarse de forma casuística en función de parámetros tales como las características de la sociedad y la distribución de su capital, y el volumen y la forma de la información solicitada.

C) COMENTARIO

1. El derecho de información del accionista en las sociedades anónimas no cotizadas. El Tribunal aborda en esta sentencia el complejo tema del contenido del derecho de información del accionista (cfr. art. 197 TRLSC) a partir de la información documental mínima que debe ponerse a su disposición en la aprobación de las cuentas anuales (cfr. art. 272 TRLSC). Para ello realiza un amplio repaso del derecho de información como derecho autónomo, en cuyo ejercicio el accionista debe identificar los datos que a él le interesen a fin de tomar conocimiento acerca de los detalles de la actividad de la sociedad y de su gestión (1). En este último extremo, la información documental de las cuentas anuales se completa, al menos en las grandes sociedades capitalistas, con las informaciones contenidas en el informe de gestión de los administradores al objeto de dotar de la necesaria transparencia a su labor y para permitir al accionista su función de censura de la gestión social; máxime cuando, entre sus menciones, los administradores han de incluir, si procede, las referencias y las explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales (cfr. art. 262 TRLSC). En las sociedades cotizadas, además, se ha ampliado el abanico de los documentos y de los datos para que el socio pueda ejercer su derecho de información, con especial relevancia en el marco del contenido del informe anual de gobierno corporativo (*vid.* art. 61 bis. LMV) y del informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros (*vid.* art. 61 ter. LMV).

En el caso planteado, de una parte, los accionistas minoritarios, si bien con una participación relevante en el capital social, entendieron vulnerados sus derechos de información ejercitados con carácter previo, y también posteriormente, ante la insuficiencia de las contestaciones a las preguntas formuladas durante la junta general. La cuestión de la extensión del ámbito informativo del derecho

(1) Por todos, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.: *El derecho de información del accionista en la Sociedad Anónima*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1999, pássim., y en "De nuevo sobre tres tópicos del derecho de información del accionistas: su ejercicio por un consejero, su alcance respecto de la contabilidad y la posible actuación abusiva de la minoría. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 26 de septiembre de 2005", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 26, 2006, pp. 435-454.

del accionista exige ponderar, sin embargo, determinadas circunstancias. Desde la perspectiva del reconocimiento de este derecho, nuestro sistema equipara el acceso de la información del accionista minoritario con el que efectivamente puede obtener el accionista mayoritario, de modo que la dicción literal del actual artículo 197 LSC permite que los accionistas puedan solicitar las informaciones o aclaraciones que estimen precisas o consideren convenientes, o formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes (2). En particular, la necesidad de información sobre la gestión de los administradores se ha de relacionar con la aprobación de la gestión realizada en el ejercicio anterior, al paso que se relaciona con la aprobación de las cuentas anuales (3).

De otra parte, en las grandes sociedades se ha producido un fenómeno de creciente profesionalización del órgano de administración, que influye, en cierta medida, en la imputación de responsabilidad a los administradores sociales (4). Esta tendencia a la profesionalización en las grandes sociedades, de otro lado, ha encontrado correspondencia en el control de las cuentas formuladas, mediante la labor encomendada a los auditores profesionales externos, que han desplazado así a los anteriores accionistas censores. En este contexto, en el que los accionistas disponen del soporte informativo de la auditoría de cuentas, que se une al estricto régimen de contabilidad imperativo que alcanza a la confección y documentación de aquéllas, dirigido a reflejar la imagen contable fiel de la sociedad, todavía la regulación mantiene en la junta general, como órgano soberano, la aprobación de las cuentas y de la gestión social. Y, en este punto, además de la información documental mínima que debe ponerse a disposición del accionista (*vid.* art. 272 LSC), documentos que necesariamente han de ser claros y ajustados a las exigencias de forma y contenido requeridos por la legislación societaria y con-

(2) En esta línea, también, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *cit.*, p. 221.

(3) Destaca, siguiendo a Immenga, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, p. 154, nota al pie, los riesgos a los que se someten los socios minoritarios en las pequeñas sociedades, básicamente mediante la manipulación por la mayoría de la política de beneficios.

(4) Por todos, PÉREZ CARRILLO, E. F.: *La administración de la sociedad anónima: obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 310.

table, éste también podrá solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas (cfr. art. 197 LSC) (5).

En este orden de cosas, el derecho de información exige, como derecho instrumental del derecho de voto en los asuntos que sean tratados en la junta, de un lado, que el accionista pueda emitir un voto reflexivo y con el más perfecto conocimiento sobre las cuentas anuales sometidas a aprobación; y, de otro, que pueda obtener los datos que faciliten la censura de la gestión de los administradores. Dicha facultad, a su vez, viene impuesta por la exigencia de transparencia en la gestión social y por el control del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración y lealtad; todo ello en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación de la junta y, en su caso, en los informes de gestión y de auditoría.

2. Ámbito del derecho de información del accionista. En este marco, el órgano de administración deberá, dentro de la citada obligación de transparencia, contestar siempre que, al mismo tiempo y con carácter general, el derecho de información sea correctamente ejercitado por el accionista, que debe identificar las informaciones que le interesen a fin estar suficientemente informado sobre los detalles de la actividad de la sociedad y de su gestión (6). El Tribunal sistematiza en esta sentencia las limitaciones que conlleva el ejercicio del derecho de información, como elemento mínimo e irrenunciable del estatuto del accionista.

Este derecho encuentra, en primer lugar, limitaciones materiales, en relación con los asuntos que estén comprendidos en el orden del día o que tengan la condición de conexos con él. Además, en se-

(5) Aun así, ROMERO FERNÁNDEZ, J. A.: *El derecho de información documental del accionista*, Ed. Marcial Pons, 2000, p. 295, critica la falta de una cláusula general de protección que evite el suministro de determinados datos, fundamentalmente de naturaleza contable, que puedan ser de valor para empresas competidoras, así como la reducción a los accionistas de determinados ámbitos de información.

(6) Sobre el deber de los administradores de informarse, en cumplimiento de su deber de diligencia, a fin, entre otros, de cumplir con su deber de informar a los socios, FONT GALÁN, J. I.: "El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 25, 2005, p. 71-107, p. 103.

gundo lugar, reconoce otras limitaciones temporales, en cuanto las solicitudes por escrito deben ser requeridas, en atención al régimen legal, desde la convocatoria de la junta hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta general, mientras que las verbales habrán de tener lugar durante su desarrollo. Por último, la solicitud de información se sujeta al principio rector del "interés social", al cual el administrador debe ordenar su actuación (cfr. art. 226 LSC), excepción hecha del supuesto en el que la solicitud venga sustentada por una minoría cualificada de, al menos, la cuarta parte del capital social. Este mecanismo de "excepción a la excepción" no conjuga convenientemente con la necesidad de que determinados datos se mantengan reservados, deber de secreto que, por otra parte, sólo incumbe a los administradores sociales (cfr. art. 232 LSC) (7).

Con base en las limitaciones apuntadas, no puede el accionista minoritario pretender una información pormenorizada que exceda de lo necesario para tratar, sobre la base de una eventual vulneración de su derecho de información, de impedir el acuerdo social, con la intención última de perseguir sus particulares intereses, ajenos o contrarios a los de la sociedad. En este sentido, la utilización abusiva del derecho de impugnación puede acarrear una intención obstruccionista del normal desenvolvimiento de la vida social (8). Esta opción resulta parcialmente integrada por la necesidad de delimitar el campo informativo a aquellos datos que sean estrictamente necesarios para el ejercicio del derecho de voto del accionista, en consideración a la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas formuladas por los administradores sociales. No obstante, la cuestión debe ser tratada, en todo caso, no ya desde la perspectiva del reconocimiento de este derecho, sino desde el plano de su ejercicio, que en sí puede tener un carácter "antisocial". Si así fuera, resultaría

(7) Criticado, entre otros, por JUSTE MENCÍA, J.: *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 379; y por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.: cit., p. 417 ss.

(8) Asimismo, ESTEBAN VELASCO, G.: "El derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades Anónimas", en *Derecho de sociedades anónimas*, II, Capital y acciones, Madrid, 1994, p. 175 ss., pp. 229-230; y más recientemente, FUENTES NAHARRO, M.: "El accionista "depredador". Un acercamiento a la figura y su problemática a partir de la experiencia comparada", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 128, 2012, pp. 7-33.

justificada la negativa a la petición de información, incluso cuando se superara el límite de la cuarta parte del capital social que prevé la regulación (9).

3. El correcto ejercicio del derecho de información del accionista y la incidencia del carácter cerrado de la sociedad anónima. El margen de actuación del accionista se sujeta, por lo tanto, al límite genérico o inmanente del ejercicio de sus derechos de forma no abusiva, tanto objetiva como subjetiva. En consecuencia, el derecho de información se ha de ejercitar buena fe, de forma que su corrección exige atender a múltiples parámetros, como las características de la sociedad y la distribución de su capital, y el volumen y la forma de la información solicitada. Esta correlación entre las características de la sociedad y la distribución de su capital, con independencia de su tipología como sociedad anónima o limitada, y la solicitud de información sobre asuntos relacionados con el orden del día, lleva al Tribunal a considerar que la sociedad, por su escaso número de socios, aparece a la realidad jurídico-económica como una "sociedad cerrada". Y ello con independencia de que no concurran en los estatutos sociales restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones que formalmente permitan tal calificación (cfr. art. 123 LSC).

Esta realidad, de corte material, se evidencia cuando los accionistas minoritarios, de un lado, no participan en la gestión de la sociedad desarrollada por los administradores, y, de otro, por cuanto tales accionistas encuentran dificultades reales para desinvertir en la sociedad. En consideración a lo anterior, el carácter cerrado de la sociedad, en atención a la realidad de la situación del accionista en esta tipología societaria, justifica la ampliación del ámbito informativo a favor de los socios no administradores a fin de potenciar la transparencia de la gestión y el control de la minoría (10). En

(9) Como es refrendado por GARRIGUES, J.: "Problemas actuales de la sociedad anónima", *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Madrid, 1971, p. 173 ss., p. 174; por ESTEBAN VELASCO, G.: cit., p. 235; y por JUSTE MENCÍA, J.: cit., p. 379.

(10) Sobre la aproximación tipológica de la sociedad anónima cerrada a la sociedad limitada, y su distanciamiento de la sociedad cotizada, especialmente tras las reformas *ultra vires* del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, EMBID IRUJO, J. M.: "Crisis económica, Derecho de socie-

este ámbito informativo destaca la sentencia, además, que información no atendida alcanza a datos sensibles, como las hipotecas que gravan los inmuebles, las operaciones intragrupo, o las cuentas de la sociedad con socios y administradores que, en particular, han de figurar en la memoria, y que incluso, en algún caso, figuraban deficientemente en las cuentas formuladas por el órgano de administración.

D) CONCLUSIÓN

El derecho de información, y en concreto, tal y como ha sido comentado, en los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales y de la gestión social, ha adquirido un relieve extraordinario en las sociedades de capital, con independencia, incluso, de la forma tipológica adoptada. En cualquier caso, conviene delimitar el legítimo ejercicio por el accionista de esta facultad subjetiva y su incidencia en la realidad empresarial y organizativa de la sociedad anónima. Pese a una tendencia restrictiva del ámbito de información de la contabilidad social en las grandes sociedades, donde intervienen auditores profesionales externos, el Alto Tribunal atiende a la estructura social, ante la existencia de pocos socios, y a la caracterización de la sociedad, como una sociedad cerrada, para adoptar una postura menos rigorista. En consecuencia, la “polifuncionalidad” de la sociedad anónima permite ampliar el margen de censura de la gestión social a fin de potenciar la transparencia de la gestión mediante la admisión de un mayor ámbito informativo en relación con el contenido que refleje, o que debiera reflejar, cada uno de los documentos que componen las cuentas anuales; y aun más, el informe de gestión, como documento complementario, puede contener informaciones añadidas sobre los importes detallados en las cuentas.

Con todo, no se puede equiparar la posición del accionista minoritario, siquiera con una participación relevante en el capital social, a la del socio de la minoría en la sociedad limitada, que en principio dispone, como bien es sabido, de un derecho al examen de la

dades y tipología societaria”, en *Crisis económica y responsabilidad en la empresa* (dirs. N. ABRIANI y J. M. EMBID IRUJO), Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 3-41, esp. 25.

contabilidad (cfr. art. 272.3 TRLSC). Sin embargo, esta apreciación de la realidad material de la sociedad permite que los accionistas puedan obtener un más exacto conocimiento acerca de los asuntos relevantes de la gestión de los administradores para cumplir con su función de censura y, por ende, de las partidas y valoraciones contables que sustentan el contenido de las cuentas anuales sometidas a la aprobación de la junta general. Y todo ello en consideración, además, por la influencia del movimiento del gobierno corporativo, al creciente ámbito informativo que la regulación concede a los accionistas de las sociedades cotizadas, amplitud de la que carecen, sin embargo, los accionistas de las restantes sociedades anónimas, en particular cuando en ellas se evidencien rasgos propios de una "sociedad cerrada".

LEGADO A FUNDACIÓN DE UNA FINCA PROPIEDAD DE UNA SOCIEDAD CUYAS ACCIONES AL COMPLETO CORRESPONDÍAN AL CAUSANTE AL MOMENTO DE OTORGAR EL TESTAMENTO, PERO CUYO CONTROL PASÓ, TRAS LA AMPLIACIÓN DE SU CAPITAL, A LAS HIJAS

No constituye revocación y enajenación de legado. Calificación del legado como de cosa propia y aplicación de la doctrina del alzamiento del velo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2012 (núm. 153/2012)

Luis Hernando Cebriá

Profesor Asociado de Derecho Mercantil
(acreditado a Profesor Titular)
Abogado. Universidad de Valencia

Partes: "Fundación Julio Muñoz Ramonet" contra D.^a Belinda, D.^a Isabel, D.^a Celsa, D.^a Soledad, "Intersevi, SA", "Culturarte, SA", "Porvemunte, Inmobiliaria Alos, SA" e "Inmobiliaria Lles, SA".

Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Resumen Fallo: Desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que confirmó, a su vez, si bien como legado de cosa propia, la sentencia de la Primera Instancia que estimó la demanda interpuesta por la "Fundación Julio Muñoz Ramonet" con respecto a la pretensión formulada con carácter subsidiario, es decir, como legado de cosa ajena, y declaró la validez y eficacia del legado dispuesto a favor de la fundación.

Fuente: IdCendoj: 28079110012012100172.

Disposiciones legales aplicadas en relación con el Código Civil: arts. 6.2, 6.4, 7, 8, 199, 200, 675, 858, 859, 861, 862, 869.2, 882, 1184, 1254, 1261, 1265, 1266, 1269, 1281.

A) HECHOS

El testador dispuso por legado de un conjunto inmobiliario, con un contenido inventariado de altísimo valor, a favor de una fundación, que habría de llevar su nombre y que tendría, por finalidad, la conservación y mantenimiento de las instalaciones y su visita y aprovechamiento útil por el público bajo el patronato de la ciudad de Barcelona. El referido conjunto era formalmente propiedad de una sociedad anónima ("Culturarte, SA") cuyas acciones correspondían al completo al propio causante al momento de otorgar el testamento. Tras el fallecimiento del testador, el Ayuntamiento de Barcelona constituyó la Fundación "Julio Muñoz Ramonet". Sin embargo, el control de "Culturarte, SA", al tiempo de la apertura del testamento, había pasado a las hijas, a la sazón designadas herederas. Ello se debió a que, mediante el otorgamiento de poderes a sus hijas y carta dirigida a la citada mercantil, el testador, como accionista, les autorizó para acordar los aumentos de capital que estimaran procedentes, con renuncia de sus derechos de suscripción y reservándose los derechos de usufructo vitalicio de tales ampliaciones. Así es como, tras la ampliación de capital que venía autorizada por aquél, las herederas suscribieron las nuevas acciones, menos una que suscribió Interservi, SL, sociedad totalmente participada por ellas, con lo cual, tras la muerte de su padre, consolidaron la plena propiedad de las acciones de la mercantil y el total control de la sociedad propietaria de los bienes inmuebles y muebles objeto del legado. De una parte, la fundación reclama la entrega del objeto del legado. De otra, las herederas consideran, en suma, que la autorización para la ampliación del capital llevaba implícita la revocación del anterior legado y la enajenación de su objeto.

B) DOCTRINA

1. Considera el Alto Tribunal que con la citada autorización no tiene lugar una revocación del legado, que ha de ser expresa; y ni siquiera una revocación tácita, por lo que el legado subsiste y no pierde su eficacia, y los herederos gravados deben entregar la cosa legada si es posible y, de no serlo, su precio o estimación.

2. Tampoco puede interpretarse como una enajenación del legado cuando lo que aconteció fue una autorización para la ampliación del capital social de la mercantil titular del bien. Respecto de la pretensión de una renuncia traslativa considera que *"no es tal renuncia, ni es traslativa; es una autorización (no orden) de ampliar capital en cuyo caso (posible, no imperativo) renuncia (renuncia preventiva, no traslativa) al derecho a suscripción preferente"* y que por lo tanto *"autorizó -no ordenó- una ampliación de capital, renunció a un posible -no seguro- derecho de suscripción preferente y se reservó -en su caso- el usufructo. Lo cual no es enajenación: ni el testador la ordenó, ni el objeto del legado fue enajenado"*.

3. De otra parte, mantiene la controvertida calificación como legado de cosa específica propia del testador auspiciada por la Audiencia mediante el recurso a la doctrina del levantamiento del velo, al considerar que el testador actuaba, respecto de su patrimonio, a través de un entramado de sociedades y empresas, y que tampoco ordenó una enajenación directa o indirecta de sus acciones o participaciones sociales.

C) COMENTARIO

1. Transmisión mortis causa en favor de una fundación. La controversia que envuelve el presente litigio es bien conocida en la sociedad barcelonesa, en particular por la relevancia, además de los inmuebles objeto de legado, de los bienes inventariados, en particular, los cuadros "La Virgen del Pilar" de Goya y "La Anunciación" de El Greco (1). Pero dejando a un lado las cuestiones de orden social y

(1) http://elpais.com/tag/julio_munoz_ramonet/a/

centrándonos en la materia jurídica, en primer lugar, el testamento recoge la voluntad del testador de la constitución de una fundación, que habría de llevar su nombre y que tendría como finalidad la conservación y mantenimiento de las instalaciones y su visita y aprovechamiento útil por el público bajo el patronato de la ciudad de Barcelona. Esta fundación fue constituida, a la muerte del testador, por el Ayuntamiento de Barcelona con el nombre "Fundación Julio Muñoz Ramonet". La posibilidad de constituir fundaciones "mortis causa" es expresamente contemplada por el artículo 9 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y, como en él se dispone, el causante en el testamento se limita a establecer su voluntad de crear una fundación y en él constan los bienes y derechos de la dotación. En tal caso, corresponde al albacea testamentario y, en su defecto, a los herederos otorgar la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley; y cuando éstos no existan o incumplan esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial (2). Con todo, se ha de tener presente que, en la aportación de la dotación a la fundación, corresponde a los herederos la entrega y la puesta a disposición de la cosa legada (cfr., arts. 10 letra c. Ley 50/2002 y 885 CC).

De otra parte, que la fundación pueda asumir la condición de heredera entraña el inconveniente de la asunción de las deudas del causante, lo cual podría afectar a la adecuación y suficiencia de la dotación para cumplir con los fines fundacionales. Por ello, la regulación de las fundaciones exige que la aceptación de las herencias se haya de entender hecha a beneficio de inventario (cfr., art. 22.1 Ley 50/2002) (3). Asimismo, la adjudicación de cosa determinada por

(2) Sobre la figura de la fundación "mortis causa", por todos, VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Panorama de Derecho de Sucesiones*, t. I. (Fundamentos), Ed. Civitas. Madrid, 1982, p. 415 ss. Asimismo, desde la distinción entre un proceso inmediato, en el que el fundador-testador precisa el contenido de constitución de la fundación, y otro mediato, en el que simplemente manifiesta su voluntad de crear una fundación y dispone de bienes o derechos para ello, MORILLO GONZÁLEZ, F.: *El proceso de creación de una fundación*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, esp. p. 129; y TORRELLES TORREA, E.: "La constitución mortis causa de una fundación (en torno a la herencia deferida a una fundación en proceso de formación)", *Revista de Derecho Privado*, año 86, núm. 4, 2002, pp. 275-292, p. 280.

(3) Acepta, con todo, que una fundación pueda ser heredera o lega-

herencia a la fundación colisiona con las previsiones normativas en sede sucesoria, orientada a amparar a los legitimarios, hijos o descendientes (4). Ante las limitaciones anteriores, el legado resulta, por lo común, el expediente hábil para transmitir determinados bienes o conjunto de bienes a favor de la persona que el testador considere más conveniente, si bien todavía se mantiene incólume el derecho reconocido al legatario para denunciar la inoficiosidad del legado y su eventual reducción (cfr., art. 820 y 887 CC). Pero cuando los legados conlleven cargas, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 867 CC, y también en la repudiación de herencias o legados sin cargas, todavía el Patronato ha de comunicar su aceptación o, en su caso, la repudiación, al Protectorado, quedando los patronos sometidos a las eventuales acciones de responsabilidad por los perjuicios que tales actos comporten a la entidad (cfr., art. 22.2 Ley 50/2002) (5).

En este punto, como ya se ha indicado, nada obsta que el testador pueda manifestar su voluntad de creación de una fundación "mortis causa" y, junto a ello la atribución por esta vía de las participaciones sociales o de las acciones que permitan mantener el control de la sociedad, siempre y cuando se respeten los derechos de los legitimarios (cfr., art. 24.2 Ley 50/2002, que permite que la fundación pueda participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales, si bien cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado) (6). Y todo ello en relación con el artículo 1.056 párr. 2.º CC, que autoriza la partición de los bienes de modo que con ello se

taria, incluso cuando no exista al tiempo del testamento, con base en las SSTs de 7 de abril de 1920, de 9 de febrero de 1948 y de 23 de junio de 1964, TORRELLES TORREA, E., cit., p. 280-3.

(4) Véase que el art. 828 únicamente se refiere a la mejora en cosa determinada, y el artículo 841 a la adjudicación de bienes únicamente a favor de hijos o descendientes.

(5) En tal caso parece que en este caso específico no tenga lugar una conversión *ope legis* del patrimonio del causante en patrimonio de la fundación, sometida a la inscripción de ésta, con efectos retroactivos y sin necesidad de aceptación, tal y como predica, con carácter general, TORRELLES TORREA, E., cit., p. 290-2.

(6) Por otra parte, respecto de la participación de las fundaciones en las sociedades de capital, en nuestra obra, "Relaciones de la fundación con el mercado y la empresa: de la sociedad de fundación a la fundación de sociedad", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011, pp. 71-97.

permita el mantenimiento del control de una sociedad de capital, con disposición de pago en metálico de la legítima de los demás interesados y donde cabe, incluso, que el pago se realice con caudal extrahereditario y de forma aplazada, dentro del límite de los cinco años a contar desde la muerte del testador (7). En tal supuesto, la asignación de participaciones sociales y acciones, salvo la existencia de dividendos pasivos, resulta plenamente compatible con la imperativa aceptación de la herencia a beneficio de inventario a la que se someten las fundaciones (cfr., art. 1010 ss. CC).

2. La autorización para la ampliación no entraña ni renuncia ni enajenación del legado, a lo cual se une el mantenimiento del usufructo sobre las acciones. Las herederas del testador, sus cuatro hijas, en virtud del poder de representación que les había sido otorgado por su padre y tras la renuncia del mismo a su derecho de suscripción preferente, llevaron a cabo, con sus votos, una importante ampliación de capital, con suscripción de las nuevas acciones y sin necesidad de realizar nuevas aportaciones. Con ello obtuvieron la mayoría de derechos de voto que confieren las acciones que conforman el capital social, restando una pequeña parte en la titularidad del causante. Entienden las herederas que este cambio de control, tras la ampliación de capital, operación societaria autorizada por el causante, ha de ser considerada como una revocación tácita de legado (cfr., art. 42.1.a. CCom.) (8).

(7) Respecto de la posibilidad de utilizar este régimen para separar el patrimonio familiar y en favor de terceros, RUEDA ESTEBAN, L.: "La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 39, 2003 (Ejemplar dedicado a: Sociedad Limitada. Nueva Empresa), pp. 105-140, y en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación* (coords. M. GARRIDO MELERO y J. M. FUGARDO ESTIVILL), vol. 4, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 205-238, 218-9; y GARCÍA HERRERA, V.: "La sucesión en la empresa familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, 2011, pp. 1927-1959, pp. 1948-9.

(8) Sobre los distintos argumentos, generalmente espurios, que buscan los herederos para impedir la atribución *mortis causa* de un patrimonio del causante a una fundación, HORNERO MÉNDEZ, C.: "Avaricia sucesoria y fundación "mortis causa": Comentario a la STS de 21 julio 2003 (RJ 2003,5388)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 13, 2004, pp. 325-333, p. 328 ss.

Sin embargo, diferentes argumentos desvirtúan tal presunción. En primer lugar, la ampliación del capital, a diferencia de los efectos de determinadas “modificaciones estructurales”, no supone una transmisión patrimonial de los bienes de la sociedad (v.gr., en la fusión, art. 22 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). Por otra parte, aun cuando todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, para proceder a su revocación se requieren las mismas solemnidades que las necesarias para testar (cfr., arts. 737 y 738 CC, en relación con los arts. 672 y 688 ss.) (9). De ello se desprende que la revocación ha de ser expresa, salvo la tácita por medio de nuevo testamento, y, en su defecto, que la disposición testamentaria subsiste, por lo que los herederos gravados mantienen el deber de entregar la cosa legada si es posible y, de no serlo, su precio o estimación (cfr., art. 886 CC).

La autorización y el otorgamiento de poderes para poder llevar a cabo una ampliación de capital no puede equipararse *sic et simpliciter* a una revocación del legado, ni aun cuando se ejecuta por medio de los poderes conferidos por el testador, a mayor abundamiento cuando el testamento ha de ser reputado como un acto personalísimo (cfr., art. 670 CC) (10). Es más, como acertadamente señala el

(9) Cfr., STS de 13 de junio de 1994, comentada por GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 36, 1994, pp. 1135-1144. En todo caso, sobre las diversas formas en las que el testador puede manifestar su voluntad, tanto en el testamento, como en su revocación, en relación con La Ley Uniforme sobre la forma del testamento, aprobada en la Convención celebrada en Washington en octubre de 1973, ROMERO PAREJA, A.: “El testamento: validez y revocación”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2013, p. 1 ss.

(10) Sobre la necesidad, para el caso de enajenación del objeto del legado por un representante, de un poder especial que le autorice a ello, sin que sea suficiente un poder general, de modo que la teoría de la representación encuentra, entre sus límites, el Derecho sucesorio en virtud del carácter personalísimo del testamento y de la enajenación del objeto legado, DÍAZ FRAILE, J. M.: “Transmisión de la cosa legada mediante representante. (Comentario al art. 869.2 del Código Civil)”, *Revista General de Derecho*, núm. 645, 1998, pp. 7075-7096, p. 7077; HERNÁNDEZ GIL, F.: “Revocación tácita de los legados: notas sobre el artículo 869.2.º del Código Civil”, *La Ley*, núm. 1, 1981-1, p. 1006; y ECHEVARRÍA DE RADA, T.: “La revocación del legado por enajenación de la cosa legada durante la *vacatio testamenti*”,

Tribunal, no parece incompatible la disposición del complejo inmobiliario mediante legado con la concesión a las hijas de los medios necesarios para que puedan tomar el control de la sociedad que aparece formalmente como propietaria del objeto del legado (11).

Tampoco parece que dicha autorización, tanto dirigida a las herederas mediante el otorgamiento de los oportunos poderes, como a la sociedad mediante carta, tal y como resulta convenientemente argumentado por el Alto Tribunal, lleve implícita la enajenación del objeto del legado, en orden a lo dispuesto en el artículo 869.2.º del Código Civil. Como ha sido expuesto, la ampliación del capital no supone ninguna transmisión de la propiedad de los bienes que componen el legado, como tampoco de las acciones que titula el causante en la citada sociedad. En tal sentido, no se puede entender que ordenara una enajenación directa o indirecta de sus acciones o participaciones sociales, y menos del objeto del legado. Solamente tuvo lugar, con motivo de la ampliación, un cambio de control de la sociedad, sobre el cual incidiremos más tarde.

En estas circunstancias, de nuevo el Tribunal ahonda en la idea de falta de enajenación por parte del testador, tal y como demanda la norma, por lo que el legado se ha de mantener eficaz y vigente. Así, del análisis del contenido de la carta se deduce una autorización para que las hijas-herederas puedan aumentar el capital social, con renuncia del padre a sus derechos de suscripción preferente y con reserva del usufructo de las posibles ampliaciones. De ella no resulta una enajenación, puesto que únicamente se concede una facultad, por tanto, potestativa, a las hijas para ampliar el capital social, por lo que ni aun de forma mediata, a través de la transmisión del control de la sociedad, se puede meridianamente colegir una enajenación del legado. Pero tampoco una voluntad, siquiera tácita, de revocar la obligación de las herederas de cumplir el legado, ni una renuncia traslativa, que

Boletín del Ministerio de Justicia, año 61, núm. 2051, 2007, pp. 4561-4583, p. 4568-9.

(11) Incluso en el caso contrario nos encontraríamos en presencia de un conflicto de intereses, puesto que al integrarse el legado en la masa hereditaria serían las herederas las beneficiarias de la ampliación por ellas mismas decidida. En esta línea, pero respecto de la ratificación de los herederos de la transmisión de la cosa legada a un tercero, DÍAZ FRAILE, J. M.: cit., p. 7089-90.

se da únicamente respecto de su derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones (12).

A todo lo anterior *obiter dicta* se une la confusa redacción de la carta del testador dirigida a la sociedad, y que autorizaba a las hijas a "acordar los aumentos de capital que estimen procedentes"... "renuncio y acepto que los derechos de suscripción de las ampliaciones de capital que se produzcan sean suscritas por mis hijas D.^a Belinda, D.^a Isabel y D.^a Celsa exclusivamente..." reservándose el usufructo vitalicio de las ampliaciones. Pues bien, junto a la calificación, correcta, como documento de autorización, sin *animus adimendi*, la reserva del usufructo vitalicio de las ampliaciones ha de entenderse respecto de las nuevas acciones resultantes de las ampliaciones de capital que fueran posteriormente ejecutadas en vida del causante, y que se llevaron a cabo sin que las hijas realizaran aportación alguna a la sociedad (13). Pero aun en este caso, resulta dudoso que el padre, tal y como recoge la sentencia, pretendiera ceder el control societario, ya que se reservó el usufructo sobre tales ampliaciones *–rectius*, sobre las nueva acciones resultantes–, si bien la autorización no contemplaba que con tal reserva pudiera expresamente ejercitar los derechos que derivan de la condición de socio; y ello no obstante, no parece que su interés se limitara a los dividendos que pudiera acordar la sociedad (cfr., art. 127 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) (14).

(12) Respecto de la necesidad de acudir al concepto de control ante la imposibilidad de construir un derecho de propiedad sobre la empresa societaria, como cosa ajena, RUIZ PERIS, J. I.: "Significado de control empresarial en el Derecho español", *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 3315-3354, pp. 3315 ss.

(13) Parece que entonces, se trataría, si hubiera voluntad de enajenar, de la enajenación gratuita a la que se refiere ECHEVARRÍA DE RADA, T., cit., p. 4577-8.

(14) También, con diferentes consideraciones, comentan la presente resolución, MORETÓN SANZ, M. F., LEONSEGUI GUILLOT, R. A.: "Legados, revocación tácita y entrega del objeto, enajenación forzosa mediante ampliación de capital y renuncia preventiva al derecho de suscripción preferente", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, pp. 2340-2361, y MENÉNDEZ MATO, J. C.: "Sentencia de 14 de marzo de 2012. Ineficacia de

3. Calificación del legado como de cosa propia. Aplicación de la doctrina del alzamiento del velo de la personalidad jurídica. Ante todo este entramado de relaciones y de interposición de sociedades, del que resulta que, a través de las mercantiles Intersevi y Culturarte, el testador controlaba su patrimonio y el resto de sociedades, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona estima la pretensión formulada con carácter subsidiario y califica el legado de cosa ajena, por pertenecer los bienes objeto del legado a la sociedad "Culturarte, SA" (cfr., arts. 861 a 864 CC). Por el contrario, la Audiencia Provincial de Barcelona lo califica como de cosa específica propia del testador, para lo cual aplica, en este punto, la doctrina del levantamiento del velo (cfr., artículo 882 CC). El Tribunal Supremo que, con buen criterio, reconoce la más que discutible la calificación de legado de cosa propia específica del testador, sin embargo, no la combate (15). Ello es consecuencia lógica del resultado coincidente que se consigue con ambas calificaciones y del carácter patrimonial que se atribuye a tales sociedades (cfr., art. 108 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, respecto de las sociedades cuyo activo esté integrado al menos en un cincuenta por ciento por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales).

Si como cosa ajena los herederos han de realizar lo necesario para adquirir los bienes objeto del legado a sus costas y luego entregarlos al legatario y, para el supuesto de que no fuera posible su adquisición, atender al pago de su valor o estimación; como cosa propia deben dar, cuando puedan, la misma cosa legada, de modo que cuando así no se verifique no cumplen con dar su estimación (cfr., art. 861 y 886 CC). Lo bien cierto es que, según se desprende de la prueba practicada, mediante estas sociedades, cuyas acciones pertenecían al testador al tiempo de otorgar el testamento, éste gestionaba su patrimonio como propio, y que luego, tras la ampliación del capital, con la adquisición del control por sus hijas, dicho patrimonio fue gestionado por ellas, mediante personas de su confianza. Y aunque las herederas, seguían obligadas a cumplir el legado al tiempo

legado. Enajenación de la cosa legada", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 90, 2012, pp. 237-270, esp. p. 30.

(15) BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado*, 4.ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006.

del fallecimiento, formalmente la propietaria de los bienes incluidos en el legado era la sociedad la "Culturarte, SA" (16).

Como legado de cosa ajena correspondería a las herederas la adquisición de tales bienes para su entrega a la fundación, esto es, en tanto que la administración corresponde a personas de su confianza, tal y como recoge la sentencia, obligaría a su adquisición de la sociedad. En tal caso, no se verían afectados otros intereses de terceros, al ser el capital íntegramente participado por ellas. La calificación como cosa propia, sin embargo, facilita esta consecución, ya que la entrega ha de tener lugar siempre que sea posible para los herederos, si bien, de nuevo, se habría de estar a la distribución orgánica de la sociedad, y para ello se requeriría la autorización, en principio, como sociedad anónima, del órgano de administración (17).

De esta suerte, frente a la afirmación de la Audiencia para cual "las sociedades no son terceras de acuerdo con los principios de buena fe y equidad, y así debe entenderse para evitar el abuso de derecho o su ejercicio antisocial", el Alto Tribunal advierte que la obligación de entrega corresponde a las herederas y no a "Culturarte, SA", que no puede ser gravada con el legado, por carecer de la condición de heredera. Ello no es óbice, sin embargo, para que "Culturarte, SA", como parte del proceso, haya de "estar y pasar por

(16) Por todos, para POLO DíEZ, A., "Empresa y Sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues", *Estudios en homenaje al profesor Garrigues*, t. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, p. 280 ss., mientras la propiedad directa de los bienes puede ser atribuida a la sociedad, la propiedad de segundo grado en referencia a los títulos acciones ha de ser considerada bajo la perspectiva del reconocimiento a los accionistas de determinados derechos para, mediante mecanismos societarios, intervenir en su gestión.

(17) Acerca de esta distinción entre el legado de cosa propia y el legado de cosa ajena y sus efectos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *El legado de cosa ajena: estudio sobre las disposiciones "mortis causa" a título singular en el Código civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985; MEDINA ALCOZ, M.: "La regulación del legado de cosa ajena en el código civil español: una síntesis de las cuestiones que plantea", *La notaria*, núm. 17, 2005, pp. 74-112; y MARTÍN PÉREZ, J. M.: "El legado de cosa específica y determinada, de propiedad del testador: estudio sobre sus efectos", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (COORD. A. CABANILLAS SÁNCHEZ), vol. 4 (Derecho civil, derecho de sucesiones, otras materias), Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 5319-5338.

las anteriores declaraciones” de validez y eficacia del legado y de condena a las herederas, hijas del causante, a cumplirlo. A su vez, a fin de procurar un adecuado equilibrio de la posición jurídica de las partes y de evitar que se burle la voluntad soberana del testador para el destino *mortis causa* de su patrimonio, mantiene la condena a la sociedad de “hacer todo lo necesario para la efectividad de la entrega de los legados”.

La exigencia de tal conducta también al órgano de administración de la sociedad, como parte procesal, evidencia la necesidad de involucrarlo en el cumplimiento del legado. Así las cosas, el entramado de sociedades que eran utilizadas instrumentalmente, primero por el causante y luego por sus herederas, obliga al Tribunal a extender la condena a las sociedades afectadas para procurar lo contenido en la obligación de entrega de las herederas mediante la realización de todo lo necesario para dar efectividad al legado. En suma, es en todo caso exigible la conducta de las herederas tendente a la entrega de los bienes a la fundación, y sólo en caso de imposibilidad su sustitución por la estimación económica del equivalente. No se puede negar, ahora bien, desde un punto de vista de justicia material y de jurisprudencia de intereses, que tanto el mantenimiento de los bienes en la propiedad de la sociedad que ya era su titular al tiempo del testamento, sin que fueran enajenados a tercero, como la total participación de las herederas en el capital social de la mercantil facilitan la resolución de la *litis*.

D) CONCLUSIÓN

En la presente controversia convergen distintas cuestiones de técnica-jurídica que merecen ser armonizadas de manera conveniente. El Alto Tribunal, sin lugar a dudas, lleva a cabo una adecuada ponderación de distintas cuestiones provenientes del Derecho de sucesiones y del Derecho de sociedades. En todo caso, no pierde la perspectiva del viejo adagio según el cual la voluntad testamentaria del causante es “ley de la sucesión”, que no obstante precisa ser tratada de conformidad con el régimen imperativo que establece el Derecho sucesorio, en particular, en tutela de los legitimarios. Merced a este *favor voluntas testatoris*, el legado conferido en favor de la ciudad de Barcelona resulta incólume frente a las pretensiones de

las herederas de su revocación y de su enajenación. La autorización para la ampliación del capital de la sociedad que es formalmente propietaria de los bienes, considera acertadamente el Alto Tribunal, no supone una revocación del legado, ni tampoco implica su enajenación, cuando la ampliación es decidida por las herederas y no por su padre.

Con todo, se suscitan ciertas dudas respecto de la aplicación de la doctrina del alzamiento del velo en este particular supuesto, cuando no se da ninguna de las premisas que tradicionalmente, desde la casuística del Derecho mercantil, permiten su aplicación. Pero parece que tampoco ello incide en el resultado final del mantenimiento de la eficacia del legado y de la obligación de los herederos gravados de entregar la cosa legada si es posible y, de no serlo, su precio o estimación, al menos cuando las sociedades afectadas también participen en el proceso y hayan de pasar por la declaración anterior. En este contexto, se advierten ciertos riesgos para su aplicación ante las eventuales implicaciones que para terceros puede tener toda esta operativa, cuando, aunque no sea el caso, puedan también participar en la sociedad socios ajenos al control, o ante transmisiones de los bienes objeto de legado por la sociedad que sea desconocedora del mismo y que, por lo tanto, actúe de buena fe. Ante tales inconvenientes no se debe obviar que existen otros mecanismos que permiten un mejor acomodo de la efectiva voluntad del testador. Así, a la creación *mortis causa* de una fundación y a la designación de albacea, se puede unir la disposición por legado, o incluso por herencia, a favor de la citada fundación de las acciones o participaciones sociales de control, en todo caso con sujeción a su régimen de transmisión por causa de muerte (cfr., art. 24.2 Ley 50/2002 y arts. 110 y 124 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio). En estas "sociedades patrimoniales" además, convendría hacer referencia, igualmente, al patrimonio social comprensivo del objeto del legado, con expresa mención de su contenido mínimo, a fin de identificar e "inmovilizar" los bienes que hayan de ser entregados al legatario.

**IMPUGNACIÓN DE UN ACUERDO
DE MODIFICACIÓN ESTATUTARIA
POR LA QUE LA SOCIEDAD SE ADAPTA
AL RÉGIMEN DE LA LEY DE SOCIEDADES
PROFESIONALES Y SE REALIZA
UN AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL DE
CAUCE A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL:**

Comentario a la Sentencia
del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2013
(núm. 364/2013) (*)

Miguel Gimeno Ribes

Becario de Investigación FPI-MINECO
Universidad de Valencia

Partes: D. Rogelio y D.^a Felisa contra D. Santos, D.^a Salvadora, D.^a Amanda y D. Juan Francisco.

Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo.

Resumen Fallo: Estimación parcial del recurso de casación en lo referente a la vulneración del derecho de información de los socios que acuden a la Junta general. Desestimación de la pretensión basada en la primacía de una norma estatutaria por la que se establecía una mayoría reforzada para la adopción de acuerdos relativos a la exclusión del derecho de suscripción preferente.

Fuente: IdCendoj: 28079110012013100392.

(*) El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER-2010-18660, "Crisis económica y Derecho de Sociedades", concedido por el extinto Ministerio de Ciencia e Innovación y del que es investigador principal el prof. Dr. José Miguel Embid Irujo.

Disposiciones legales aplicadas: arts. 51, 75 y 76 LSRL (arts. 196, 305 y 308 LSC), 17.2 LME y 17.1 b) LSP.

A) HECHOS

La sociedad Uribe Sánchez, SL, constituida en 1993, se dedicaba a diversas actividades relacionadas con la asesoría empresarial, tanto económica, como jurídica, así como a la compraventa, tenencia y explotación de bienes muebles e inmuebles, tal y como se desprendía del objeto social consignado en el art. 3 de sus Estatutos, que se encontraban adaptados a las exigencias de la LSRL. Las participaciones de la misma eran titularidad de dos bloques familiares enfrentados entre sí desde 2002, ostentando los integrantes del minoritario, los demandantes, D. Rogelio y D.^a Felisa, el 40 %, y los del mayoritario (D. Santos, D.^a Salvadora, D.^a Amanda y D. Juan Francisco), el 60 %.

Con ocasión de la publicación de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales, el administrador único, D. Santos, convocó Junta general para adaptar los Estatutos a las exigencias del mencionado cuerpo legal, tal y como requería su Disposición Transitoria 1.^a. Celebrada la Junta el día 18 de junio de 2007 y realizadas las modificaciones oportunas en los arts. 1, 2 y 3 de los Estatutos, referidos a la denominación, régimen jurídico y objeto social de la sociedad, su inscripción en el Registro Mercantil fue denegada debido a una defectuosa descripción del objeto social, calificación que fue confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Dadas las circunstancias, el administrador único convocó Junta general de nuevo, que se celebró el día 4 de septiembre de 2007, donde se simplificó la redacción de la descripción del objeto social y, al tiempo, se realizó un aumento de capital social, que se tradujo en la existencia de nuevas 71.400 participaciones, que fueron suscritas y desembolsadas en su integridad por socios que fueran también profesionales, a saber, D. Santos (43.710) y D.^a Salvadora (28.290). Ambos acuerdos fueron adoptados con el voto favorable del bloque mayoritario. Como para la exclusión del derecho de suscripción preferente de algunos socios se exigía el acuerdo

favorable de dos tercios del capital social, según indicaba el art. 19 de los Estatutos en relación con el art. 76 LSRL (art. 208 LSC), los titulares de las participaciones del bloque minoritario interpusieron demanda en la que impugnaban los acuerdos sociales en cuestión.

B) DOCTRINA

1. La operación por la que se adapta una sociedad de capital a la normativa de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales (LSP), no es una transformación, ya que la operación de modificación estatutaria no da lugar a un cambio del tipo social, sino tan sólo supone una adaptación de una compañía cuyas características son las que indica la norma referida a las exigencias que ésta prescribe.

2. La adaptación de una sociedad de capital al régimen de la LSP da lugar a una implícita derogación parcial o limitación de los efectos de determinados preceptos estatutarios, relativos a la exclusión del derecho de suscripción preferente en aumentos de capital para la promoción profesional, pese a que nada al respecto se hubiese dicho en el acuerdo de modificación estatutaria adoptado en Junta general.

3. La no advertencia de las consecuencias de una modificación estatutaria adoptada en Junta general tendente a la adaptación de una sociedad a la LSP y, en particular, en relación con la exclusión del derecho de suscripción preferente, tiene como implicación la vulneración del derecho de información del socio.

C) COMENTARIO

1. Sobre la naturaleza de la operación mediante la cual la sociedad se adapta al régimen de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales (LSP). El asunto litigioso que nos ocupa es uno de los numerosos supuestos a que dio lugar la exigencia trazada por la Ley de Sociedades Profesionales en su Disposición Transitoria 1.^a con la obligación de adaptación a su régimen. El vestido jurídico que había

caracterizado a este tipo de compañías había sido de diversa índole en las dos décadas anteriores y había tenido como elemento común el intento de acudir a una tributación más favorable –la del Impuesto sobre Sociedades– de la que los profesionales sólo podían beneficiarse mediante una construcción societaria, es decir, a través de una realización de su actividad en forma societaria. A este respecto, una consolidada línea jurisprudencial iniciada con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1986 (1) aceptaba la denominación de sociedades de intermediación profesional, en principio compañías que tenían por objeto asignar profesionales a los clientes que acudieran a aquéllas, pero que en muchas ocasiones no constituían sino sociedades conformadas por un grupo de profesionales organizados de esta forma con fines de ahorro fiscal. Además de esta configuración, los profesionales acudían a otros constructos, como las sociedades de medios o de comunicación en ganancias (2), consistentes, respectivamente, en la utilización de un mismo instrumental en su labor o para compensar mutuamente posibles periodos temporales que se generaran menores beneficios, para poder hacer uso de la condición societaria.

Con la llegada de la LSP, su Disposición Transitoria 1.^a establecía la necesidad de que las sociedades profesionales existentes fueran

(1) Una exposición muy apropiada de las razones de ser de dicha construcción por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado puede verse en ALCOVER GARAU, G.: “Sociedades profesionales y sociedades de intermediación: Comentarios a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 28 de enero de 2009 sobre sociedades profesionales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 32, 2009, pp. 169-174, pp. 171-172. De igual modo, en la misma revista y número, de manera más amplia, PÉREZ MILLÁN, D.: “En torno al objeto de las sociedades profesionales. Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007, de 1 de marzo de 2008 y de 28 de enero de 2009”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 32, 2009, pp. 175-200. En relación con las sociedades profesionales, de manera monográfica, CAMPINS VARGAS, A.: *La sociedad profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

(2) JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, L.: “Régimen jurídico de las sociedades profesionales tras la publicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo”, *InDret*, núm. 4, 2007 expone en sus primeras páginas las diversas particularidades de cada uno de las formas a las que los profesionales acudían para revestirse como sociedad.

adaptadas al régimen de la norma, siendo objeto de tal modificación, tanto las ya existentes como tales (3), como las que, según lo dispuesto en el apartado primero del art. 1 LSP debieran sujetarse al mencionado régimen. En este segundo caso, se aludía de manera indirecta a la construcción relativa a las sociedades llamadas de intermediación profesional que, en realidad, constituían verdaderas sociedades profesionales, puesto que su objeto social era el “*ejercicio en común de una actividad profesional*”, dándose este último cuando la actividad profesional se realizara directamente bajo la razón o denominación social y la compañía fuese centro de imputación de las relaciones jurídicas consistentes en derechos u obligaciones en las que fueran contrapartes los clientes de la misma, tal como se desprendía del tenor literal del cuerpo legal considerado. Sin perjuicio de que la sanción impuesta por incumplimiento de este mandato en los primeros dieciocho meses tras la entrada en vigor de la Ley, consistente en la disolución de pleno derecho de la sociedad, resultase cuanto menos cuestionable por su desmesura (4), y pese a que el Centro Directivo continuó aceptando sociedades con las características de las que habían dado lugar a la tendencia iniciada con la Resolución de 2 de junio de 1986, lo cierto es que muchas sociedades llevaron a cabo las modificaciones necesarias.

En concreto, éstas consistían en la modificación de algunas de las menciones consignadas en los Estatutos, como era el caso, en el presente supuesto de hecho, de la denominación, que debía incluir la expresión “Sociedad Profesional”, de su régimen jurídico, esto es, la referencia a su sometimiento a la LSP, y de su redefinición, en caso de que originariamente hubiese sido una sociedad de intermediación, del objeto social (5). Todas ellas constituyen modificaciones

(3) Supuestos marginales de algunas sociedades del sector de la auditoría.

(4) Sanción fuertemente criticada por algún sector doctrinal. Así, EMBID IRUJO, J. M.: “El laberinto de la Ley de Sociedades Profesionales”, *El Rincón de Commenda*, 10 de enero de 2013, http://www.commenda.es/actualidad_interior/105/el-laberinto-de-la-ley-de-sociedades-profesionales.

(5) Resulta de interés la consulta a las diferentes consideraciones vertidas sobre el objeto social en sus diferentes manifestaciones, aunque realizadas con mucha anterioridad a la Ley de Sociedades Profesionales, y con referencia a la sociedad anónima, de SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C.: *El objeto social en la sociedad anónima*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pp. 296-316.

estatutarias, puesto que los cambios llevados a cabo no afectan al tipo social, como es el caso en la transformación, que constituye una modificación estructural, y para la que rigen unas particulares exigencias relativas a las mayorías con las que los acuerdos sobre las mismas han de adoptarse (6), así como a los informes que deben presentarse como antesala de la adopción de dichos acuerdos (art. 9 LME).

Sin embargo, tanto las partes implicadas en el supuesto, como las dos primeras instancias judiciales, el Juzgado de lo Mercantil y la Audiencia Provincial, hacían referencia a los mismos por considerar que se había producido una transformación de Sociedad de Responsabilidad Limitada en Sociedad Profesional. Lo cierto es que dicha perspectiva es necesariamente errónea, toda vez que no nos encontramos ante una modificación del tipo social, sino tan sólo frente a una adaptación a un régimen, a la que, por lo demás, la sociedad se encuentra obligada so pena de disolución. La sociedad, en este sentido, sigue siendo una Sociedad de Responsabilidad Limitada y, como tal, una sociedad de capital, sin perjuicio de que incorpore las particularidades de las sociedades profesionales que constituyen el sometimiento a una normativa imperativa en su práctica integridad ex art. 1.3 LSP. Resulta relativamente sorprendente que en las instancias previas se hablara de transformación incluso siendo el art. 17.1 b) LSP uno de los preceptos considerados a lo largo de las resoluciones judiciales, cuya rúbrica hace alusión a aquellos supuestos en los que la Sociedad Profesional sea una sociedad de capital, de lo que fácilmente se infiere la posibilidad de concurrencia de la doble condición –de profesional y de capital– en una sociedad, cuyo corolario es la constancia de que el tipo social no ha sido modificado y que, por tanto, no nos encontramos ante una transformación.

2. Sobre el derecho de suscripción preferente y su posible exclusión. Constituye el derecho de suscripción preferente uno de los derechos económicos del socio de una sociedad de capital estable-

(6) Ampliamente, en relación con la sociedad anónima, LEÓN SANZ, F. J.: *El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2001, donde, particularmente, se hace referencia al concepto de transformación como cambio de tipo social (pp. 76-77).

cidos en el art. 93 LSC (7), denominado “*de asunción preferente*” en los casos de creación de nuevas participaciones en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, cuyo ejercicio tiene lugar en los supuestos de aumentos del capital social. La razón de ser tradicionalmente aludida es evitar la ruptura de las proporciones de participación en el capital de una sociedad, que pudiera beneficiar a determinados socios, que se hicieran con el control societario, de manera que aquéllos que originariamente ostentaran porcentajes relevantes del capital social viesan gravemente mermada su capacidad decisoria. (8) Particular interés reviste la cuestión en supuestos de hecho como el presente, en el que, tratándose de una SRL que por su estructura económica es una PYME familiar especialmente conflictiva, una desatención del derecho de suscripción preferente puede dar lugar a una ruptura del equilibrio de fuerzas, de manera que el bloque mayoritario no sólo tiene el control de la gestión de la sociedad, sino también puede llevar a cabo acciones cuya incidencia en la compañía sean de una envergadura mucho mayor.

La exclusión del derecho de suscripción preferente (9) en la Sociedad de Responsabilidad Limitada puede, no obstante, tener lugar, como indica el art. 308 LSC (antiguo art. 76 LSRL), en casos en los que “*el interés de la sociedad así lo exija*” y siempre que se cumplan los requisitos que la norma establece y que están referidos al informe de administradores, la convocatoria de la Junta general y el valor de las nuevas participaciones. Como en otros supuestos, la sociedad de la *litis* consideró oportuno en este punto establecer

(7) Véase al respecto, monográficamente, el viejo estudio de SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Ed. Civitas, Madrid, 1973. También, con posturas parcialmente diferentes, ALONSO LEDESMA, C.: *La exclusión del derecho de suscripción preferente en sociedades anónimas*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, así como ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Interés social y derecho de suscripción preferente: una aproximación económica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

(8) CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.: “Artículo 93”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, pp. 759-799, p. 798.

(9) Resultan particularmente esclarecedores la serie de trabajos de VÁZQUEZ ALBERT sobre el derecho de suscripción preferente, pero de particular relevancia es VÁZQUEZ ALBERT, D.: *La exclusión del derecho de suscripción preferente*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, donde realiza una exposición sobre la cuestión aquí debatida, pp. 199-204.

una mayoría reforzada por vía estatutaria, que fuera más allá de las exigencias legales para la adopción de acuerdos de modificación de estatutos, precisamente, para evitar abusos de la mayoría (10) que habrían dado lugar a un control por parte del bloque mayoritario. Se establecía, así, una mayoría de dos tercios el capital social, a la que no llegaban ninguno de los bloques familiares (60 % y 40 %), lo que tenía como consecuencia la necesidad de pacto para que una exclusión del derecho de suscripción preferente pudiera tener lugar efectivamente.

La problemática a dilucidar en el caso de autos es la de si mediante una modificación estatutaria por la que la sociedad se adapta al régimen de las Sociedades Profesionales puede tener lugar una modificación del régimen de mayorías para la exclusión del derecho de suscripción preferente cuando, como dice el art. 17.1 b) LSP, el aumento de capital del que traiga causa, lo sea para la promoción profesional (11). Lo cierto es que el mencionado precepto incorpora prácticamente la única excepción a la imperatividad de la LSP (12), como es la salvedad de la exclusión del derecho de suscripción preferente en los casos de aumentos de capital para la promoción profesional cuando así lo indique una cláusula consignada en el contrato social, esto es, en los Estatutos. Decir que una modificación estatutaria que da lugar a una transformación de la sociedad en Sociedad Profesional, que por otra parte ya hemos indicado que no constituía tal, debía implicar un cambio en el régimen de exclusión del derecho de suscripción preferente porque así lo advertía el art. 17.1 b) LSP, como hizo la Audiencia Provincial, cuando la modifica-

(10) VÁZQUEZ ALBERT, D.: "El conflicto entre mayoría y minoría en la exclusión del derecho de suscripción preferente", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 26, 1998, pp. 159-204.

(11) En realidad, la LSP hace alusión a aquellos supuestos en los que el empleado laboral de una determinada sociedad profesional sea ascendido al escalafón más alto dentro de la misma y la nueva condición implique ostentar una cuota en el capital social. En tal caso, no tendría sentido que el resto de socios pudiera ejercitar un derecho de suscripción preferente, puesto que no se podrían verificar los efectos últimos de dicho ascenso.

(12) JORDÁ GARCÍA, R.: "El capital social en las sociedades profesionales capitalistas", en SÁNCHEZ RUIZ, M.: *Las sociedades profesionales. Estudio sobre la ley 2/2007, de 15 de marzo*, Ed. Civitas, Madrid, 2012, pp. 213-250, pp. 228-229.

ción estatutaria no había alcanzado directamente al precepto que regulaba tal aspecto, parece cuanto menos excesivo.

Tampoco resulta satisfactoria la interpretación del Tribunal Supremo, que entendió que la referencia estatutaria del art. 19 sólo se aplicaba a supuestos generales de exclusión del derecho de suscripción preferente del art. 76 LSRL (ahora art. 308 LSC), cuando el régimen del art. 17.1 b) LSP no ha de entenderse meramente, como pudiera parecer, como una norma generadora de antinomia respecto del precepto general y que haya de solucionarse recurriendo a la preponderancia de la *lex specialis*, sino como la materialización, con particular indicación legal, de ese "*interés de la sociedad*" al que alude el art. 308 LSC (13), que en las Sociedades Profesionales tiene que ver con su particular estructura.(14)

3. Sobre el aumento de capital social para la promoción profesional de la LSP. El aumento de capital social para la promoción profesional que establece el art. 17.1 b) LSP constituye una forma de facilitar el sistema de exclusión del derecho de suscripción preferente en los supuestos en los que se pretenda que un profesional integrado en la sociedad participe en el capital social como consecuencia de su ascenso en el escalafón. En este sentido, invierte la regla establecida en la legislación sobre sociedades de capital, eliminando los requisitos especiales que deben concurrir en los supuestos de aumentos de capital en los que se excluya el derecho de suscripción preferente.

Ahora bien, la excepción, por el carácter dispositivo del art. 17.1 b) LSP, de la automática exclusión del aludido derecho en las sociedades de capital que sean profesionales queda limitada en los casos en los que una previsión en el contrato social diga lo contrario, como es el caso del art. 19 de los Estatutos. El argumento del Tribunal Supremo, en este sentido, como se ha visto, no resulta convincente, ya

(13) Expresión que no se encontraba en el art. 76 LSRL, pero que resultaba implícita, precisamente, por los requisitos añadidos que la sociedad debía satisfacer en orden a la protección de los intereses de socios minoritarios.

(14) Véase, sobre la cuestión, VÁZQUEZ ALBERT, D.: "Artículo 17", en GARCÍA PÉREZ, R., ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*, Ed. Aranzadi, Cizur-Menor pp. 773-819, pp. 783-784..

que si se llevó a cabo una modificación estatutaria, dicho precepto también podría haber sido objeto de la misma.

La discusión sobre el momento en el que el acuerdo de aumento de capital es aplicable a las partes intervinientes –si el del acuerdo o el de la inscripción en el Registro Mercantil–, que en nuestra opinión resuelve acertadamente la Audiencia Provincial al advertir que los efectos *inter partes* no quedarán en suspenso hasta la inscripción, sino que quedarán desplegados desde el acuerdo, resulta, por lo demás estéril. Y ello porque, en cualquier caso, no estamos ante una transformación, por lo que el art. 17.2 LME, según el cual es necesaria la observancia de lo prescrito en el tipo social en el que se haya transformado la sociedad, no es aplicable. La adquisición del carácter profesional no implica un cambio de tipo social por las razones que huelga reiterar.

4. Sobre el derecho de información. Ante el evidente riesgo de abuso de la mayoría, que el Tribunal Supremo adecuadamente advierte, y tras haber considerado inaplicable el precepto estatutario por una suerte de derogación tácita por no aplicabilidad a un supuesto especial de exclusión del derecho de suscripción preferente, como es el contenido en la LSP, construye su resolución judicial a partir de una delimitación amplia del derecho de información del socio.

Como es sabido, el derecho de información, uno de los derechos políticos del socio que menciona el art. 93 LSC, tiene diversas manifestaciones, que se traducen tanto en su vertiente de exigencia de que el administrador indique de una manera suficientemente clara los puntos del orden del día en la convocatoria de Junta general (para los supuestos de modificaciones estatutarias, art. 287 LSC), como en la posibilidad del socio de exigir, tanto por escrito hasta el séptimo día anterior a la celebración de la Junta (art. 197 LSC), como mediante preguntas durante el transcurso de la propia Junta, que se le facilite determinada información (o pueda examinar en el domicilio social la correspondiente documentación). (15)

(15) Véase sobre el particular, CASTELLANO RAMÍREZ, M. J.: “Participación cualificada en el capital social y derecho de información de los accionistas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 693, 2006, pp. 349-370, pp. 354-361.

Dejando de lado la segunda de las vertientes referidas, el derecho de información requiere –entiende el Tribunal Supremo– no sólo que se expliquen los puntos del orden del día de manera clara, sino que se haga referencia a las consecuencias, incluso indirectas de los acuerdos que se pudieran tomar. Supone esta interpretación extensiva quizá excesiva, puesto que resulta más gravoso para el administrador y porque, según esta regla, éste no puede llegar a saber hasta qué punto es necesaria una especificación. Evidentemente, si las consecuencias son tales, que incluso pese a la no modificación de una cláusula estatutaria, el régimen regulado en tal precepto del contrato social queda sustituido por otro, será necesario que la información abarque dicho extremo, pero no parece, como se ha dicho, que la norma del contrato social deba entenderse implícitamente derogada.

D) CONCLUSIÓN

A nuestro entender, el fallo de la resolución judicial analizada acierta en el sentido de anular el acuerdo social relativo a la suscripción de participaciones sociales, pero no resulta satisfactorio en su argumentación. Ciertamente es que lo que se pretende es evitar un anquilosamiento de la sociedad que haya adquirido el carácter profesional, en el sentido de que, a través de una cláusula estatutaria prevista para un régimen, el de una sociedad de capital que no cuente con la especialidad profesional, se limite la promoción de los socios profesionales a través de aumentos de capital en los que se elimine la exclusión del derecho de suscripción preferente. Sin embargo, no resulta comprensible que una modificación estatutaria se lleve a cabo en el sentido de adaptar una sociedad al régimen de la LSP, por exigencia imperativa, que no se modifique el precepto relativo a la cuestión evidenciada y que, pese a todo, se entienda implícitamente derogada la cláusula del contrato social.