107

# REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

octubre-diciembre 2018

ESTUDIOS DOCTRINALES

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

RECENSIONES

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

Revista Jurídica del Notariado • octubre-diciembre 2018

Número 107
octubre-diciembre 2018

# REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
C/ Silvano, 55 - 28043 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*

Edita: LEFEBVRE-EL DERECHO, S. A.

Maquetación: PRINTING'94, S. L. printing@printing94.es
Impresión: GRAMADOSA, S. L.

# CONSEJO DE REDACCIÓN


**PRESIDENTE**

D. Antonio Rodríguez Adrados (†)

**DIRECTOR EN FUNCIONES Y 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. 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

**Revista Jurídica del Notariado**
Número 107
octubre-diciembre 2018

# SUMARIO

## ESTUDIOS DOCTRINALES

**NUEVAS VÍAS JURÍDICAS DE ACCESO A LA VIVIENDA** ..... 11
Gabriel García Cantero

**EN TORNO A LAS ACTAS DE PRESENCIA** ..... 49
Antonio Linage Conde

**LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR EN EL 40 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN. UN DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, TRIBUNAL SUPREMO** ..... 121
Isabel González Pacanowska

**CONCESIÓN DE UN PLAZO SUPLEMENTARIO O ADICIONAL PARA CUMPLIR Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO** ..... 153
Henar Álvarez Álvarez

**EL ENVÍO DE LAS CANTIDADES A UNA CUENTA DEL NOTARIO CON DESTINO AL PAGO DE COMPRAVENTAS U OTROS NEGOCIOS JURÍDICOS: PLANTEAMIENTO JURÍDICO Y ECONÓMICO** ..... 235
Álvaro Delgado Truyols

**LA CUESTIONADA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS PARA DELIMITAR LOS USOS PERMITIDOS EN SUS ELEMENTOS PRIVATIVOS** ..... 255
Mª Mar Manzano Fernández

**PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO NOTARIAL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO** ..... 295
José Manuel Vara González

**SOBRE LA NATURALEZA UNIVERSAL O PARTICULAR DEL LLAMAMIENTO DEL CÓNYUGE VIUDO A LA HERENCIA**..... 369
Luis Javier Gutiérrez Jerez

**LA INMATRICULACIÓN POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA. CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LA REGORMA DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA POR LA LEY 13/2015, Y DE LA LEY 40/2015 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO** ..... 395
Álvaro Cordero Taborda

**DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA**

**DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA**..... 445
Víctor M. Garrido de Palma

**RECENSIONES**

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES A LA LUZ DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA. EDITORIAL REUS (COLECCIÓN CLAVES DE LA JURISPRUDENCIA). MADRID, 2018. 414 pp.** ... 451
Esther Muñiz Espada (Autor: Pablo Amat Llombart)

**SINOPSIS DE LA OBRA "LA PARTICIÓN CONVENCIONAL" DE MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA** ..... 471
Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

## COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

**EL PODER DE REPRESENTACIÓN EXTINGUIDO Y LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS DE BUENA FE. Consideraciones sobre la STS 19 julio 2018 (RJ2018\4500)**. 491
Manuel Espejo Lerdo de Tejada

# ESTUDIOS DOCTRINALES

# NUEVAS VÍAS JURÍDICAS DE ACCESO A LA VIVIENDA

**Gabriel García Cantero**
Catedrático de Derecho civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza

**Resumen:** El problema de la vivienda en España sigue sin resolverse. Partiendo del derecho constitucional a la vivienda establecido en el art. 47 CE, se ha ensayado básicamente entre nosotros la fórmula de la "vivienda en propiedad o en arrendamiento". La realidad muestra su insuficiencia, por lo que en el volumen recensionado, se estudia su posible aplicación a los derechos de usufructo, uso, habitación, superficie, tenencias intermedias, e, incluso a otras fórmulas ensayadas en Derecho mercantil, y en los Derechos civiles especiales (Navarra y Cataluña). También a otras aplicadas en el mundo anglosajón y nórdico .

**Palabras-clave:** Vivienda habitable y vacía, usufructo, uso, habitación, superficie, cláusulas especiales en venta e hipoteca de viviendas, tenencias intermedias, SOCIMI, *Crowfunding, Cohousing*, reformas procesales sobre propiedad, hipoteca y arrendamiento de viviendas.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DIRECTORA DEL VOLUMEN RECENSIONADO: PROFESORA Dª Mª TERESA ALONSO PÉREZ
3. CONTENIDO
4. VIVIENDAS VACÍAS
5. ANÁLISIS CRÍTICO DEL REAL-DECRETO LEY DE 2017
6. CLÁUSULA DE "GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA"

7. NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LAS HIPOTECAS CONTRAÍDAS CON UN CONSUMIDOR

8. LA SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO (SOCIMI) COMO INSTRUMENTO JURÍDICO-MERCANTIL PARA FOMENTAR EL MERCADO DE ALQUILER DE VIVIENDAS

9. *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO. ALTERNATIVAS PARA SU ARTICULACIÓN JURÍDICA Y RIESGOS PARA EL INVERSOR

10. USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN COMO VÍAS DE ACCESO A LA VIVIENDA

11. LA TEMPORALIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y LOS EFECTOS DE SU EXTINCIÓN

12. OTRAS SOLUCIONES HABITACIONALES:
    A) *Cohousing*
    B) Propiedad compartida y propiedad temporal

13. A MODO DE CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Quien firma este trabajo sigue creyendo que nuestra Constitución de 1978 ha esbozado con ciertos rasgos inequívocos un evidente derecho a una vivienda digna, no sólo como derecho individual, sino también en beneficio de esa otra realidad socio-jurídica, que –quiérase, o no-sigue estando presente en nuestro ordenamiento, y que es la familia. *Qui fait l'enfant le doit nourrir,* puede leerse en una obra francesa clásica. Afirmación que, lógicamente, podrá completarse con otros deberes, entre ellos, es elemental deducir que: ... *il doit le loger aussi.* Cuando se incumplen estos deberes primarios del ser humano hay que buscar un sustituto que los reemplace. Se recurre a la familia en sentido amplio de los progenitores, al estado o a las entidades públicas más cercanas. En los casos extremos, a cualquier miembro de la comunidad en la que haya nacido, o conviva, el ser humano necesitado.

Como es sabido, sobre nuestro país han incidido en el último medio siglo una serie de acontecimientos diversos, sobre todo de naturaleza socio-jurídica-económica, incidiendo en instituciones tales como la propiedad, el arrendamiento, la hipoteca y su ejecución judicial y extrajudicial. En los años transcurridos del siglo XXI, los Tribunales de Luxemburgo han corregido severamente normas internas sobre instituciones que creíamos intocables, cuando no, modélicas. Por otro lado, nuestros Tribunales civiles se han visto desbordados por la creciente litigiosidad, y, con frecuencia, la jurisprudencia de los Tribunales inferiores dista de la razonable uniformidad, y no raras veces faltando al respeto debido a un ordenamiento superior. Junto a ella se incrementa una doctrina interna muy variada (constitucionalista, civilista, administrativista, procesalista, y, en menor medida, mercantilista y fiscalista) que, con encomiable esfuerzo, trata de encontrar soluciones razonables cuando el legislador ordinario se ha limitado a parchear el problema, o claramente ha equivocado la obligada vía reformadora. Buen ejemplo de lo mismo ha ocurrido en 2018 en la Facultad zaragozana de Derecho, debido a Mª Teresa Alonso Pérez, Catedrática acreditada de Derecho civil, quien ha proseguido, con mesura, pero sin desfallecimiento, en un camino que personalmente insinué con anterioridad en esta revista (1).

## 2. LA DIRECTORA DEL VOLUMEN RECENSIONADO: PROFESORA Dª Mª TERESA ALONSO PÉREZ

Esta Profesora es hoy una de las mejores especialistas en la problemática del derecho real limitado de superficie, cuya específica regulación *extracodicem* la ha obligado a ocuparse de sus orígenes y desarrollo histórico y postcodicial, profundizando asimismo en la mayoría de normativas de los países de nuestro entorno, con frecuencia coincidente con los respectivos planes urbanísticos, obviamente de carácter administrativo. Ello le ha permitido poseer un rico observatorio socio-jurídico de amplio espectro, que se manifiesta también por su extensa producción bibliográfica (2).

(1) García Cantero, *¿Hay un derecho constitucional a la vivienda?*, RJN, núm. 74, abril junio 2010, p. 508 s. especialmente p. 5010, nota 31. Ulteriormente: *El (escondido) derecho a la vivienda y su posible actuación por los operadores jurídicos,* en el vol. "Vivienda y crisis económica" (dir. Mª Teresa Alonso Pérez), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 31 ss.

(2) Por orden cronológico puede mencionarse, sin ánimo de exhaustividad: *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de*

## 3. CONTENIDO

Se trata de una obra de extraordinaria y acuciante actualidad, rica por su amplio contenido, variada por la pluralidad de temas y perspectivas bajo el común denominador del problema de la vivienda. Se comprenderá que aquí se preste especial atención a las cuestiones debatidas ante los Tribunales que presenten mayor dimensión civilista. Aquí se sigue el orden expositivo del volumen recensionado.

Además de una breve presentación, consta de los siguientes diez capítulos:

Elisa Moreu Carbonell, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Zaragoza: *Viviendas vacías*, p. 27-72.

Alberto José Lafuente Torralba, Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Zaragoza: *Análisis crítico del Real Decreto-ley 1-2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo: mucho ruido para muy pocas nueces,* p.73-123.

Loreto Carmen Mate Satué, Investigadora Predoctoral de la Univ. de Zaragoza: *Cláusulas de "gastos a cargo de la parte prestataria" en los contratos celebrados para la financiación de la adquisición de vivienda (Desde la s. del T.S. de 15 de marzo de 2018)* p.127-169.

Teresa Puchol Serrano, Magistrada: *La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en las hipotecas contraídas con un consumidor,* p.171-191.

Pedro-José Bueso Guillén, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de Zaragoza: *La Sociedad Anónima Cotizada de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI) como instrumento jurídico-mercantil para una política de fomento del mercado de alquiler de viviendas,* p. 193-227.

---

*los derechos de sobre y de subedificación).* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000. *Derecho de superficie y derechos de sobre y de subedificación (Comentarios a las Leyes 427 a 444 del Fuero Nuevo de Navarra). En "*Comentarios Albaladejo y Silvia Díaz Alabart", tomo XXXVIII-vol. 1º, Edersa, Madrid, 2002, p. 368-587. *Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: Una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista,* RCDI, núm.– 680, noviembre-diciembre 2003, p. 2085-2112. *La contraprestación o precio en el derecho de superficie,* RCDI, núm. 712, 2009, p. 609-669. *La accesión inmobiliaria en Derecho catalán,* AC, 2010, núm. 3, p. 250-274. *Vivienda y crisis económica,* (dir. por Mª Teresa Alonso Pérez) editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014. *El acceso a la propiedad de la familia a través del derecho de superficie. Comparación con la propiedad compartida y la temporal catalanas.* En el vol. dir. por Nasarre Aznar "La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos", Tirant lo Blanc, Valencia, 2017, p. 539 ss.

Esther Hernández Sainz, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de Zaragoza: *"Crowdfunding" inmobiliario. Alternativas para su articulación jurídica y riesgos para el inversor,* p. 229-284.

Miguel Lacruz Mantecón, Profesor Titular de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Zaragoza: *Mi casa no es mía: usufructo, uso y habitación como vías de acceso a la vivienda,* p. 285-348.

Mª Teresa Alonso Pérez, Catedrática acreditada de Derecho civil: *La temporalidad del derecho de superficie y los efectos de su extinción (Principal inconveniente para que sirva de vía de acceso a la vivienda),* p. 349-400.

Miguel Viela Castanada, Notario: *"Cohousing": ¿utopía o una posible solución a los problemas habitacionales en nuestro país?,* p. 401-452.

Gemma Caballé Fabra, Investigadora predoctoral. Cátedra Unesco de la Vivienda, Universidad Rovira y Virgili: *Las tenencias intermedias: la propiedad compartida (PC) y la propiedad temporal (PT),* p.453-486.

## 4. VIVIENDAS VACÍAS

El escueto, aunque llamativo y atrayente, título elegido por la autora, es desarrollado por un sumario cuyas ideas básicas son las siguientes:

— El deber de destinar la vivienda a uso habitacional;
— Concepto de vivienda vacía;
— Sanción de vivienda vacía;
— Sanción por incumplimiento de la función social de la vivienda.

Las sugestivas conclusiones se complementan con una amplia bibliografía (p. 66-70), y una útil tabla normativa autonómica sobre la vivienda vacía, no siempre de fácil acceso para cultivadores del derecho común; tabla que alcanza hasta la legislación valenciana de 3 febrero 2017 sobre la función social de la vivienda.

La Profesora Elisa Moreno Martorell comienza enfrentando al lector con una realidad no siempre bien conocida y estudiada. España es un enorme solar en el que, según datos oficiales de 2016, hay 3.443.365 viviendas vacías, de las cuales la mayoría están en perfecto estado, y sólo un 14,9% en estado deficiente, malo o ruinoso. Casi un tercio de viviendas vacías fueron construidas en el período

1991-2011, de las cuales 492.000 están sin estrenar. Harían falta 25 años para absorber este altísimo *stock* de vivienda vacía, inmune de hecho al mercado inmobiliario, a pesar de la demanda creciente. Desde un punto de vista social y económico, esta situación es insostenible y genera discriminación en el acceso al mercado de la vivienda. Estudios de 2017 revelan que para los residentes en las seis ciudades más pobladas de España (Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Zaragoza y Málaga) consideran que sus principales problemas son el coste de la vivienda y las dificultades de acceso a la misma. La vivienda vacía es una patología urbana, económica, social y ambiental. Así más de 87.000 familias –unas 270.000 personas– ocupan viviendas de manera ilegal en España, lo que devalúa entre el 40% y el 60% de los inmuebles afectados. Se observa últimamente que tal ocupación ha dejado de ser una opción ideológica y reivindicativa, y ha pasado a estar protagonizada por mafias que se dedican a ocupar viviendas y a extorsionar a sus propietarios. Ello origina gastos públicos para la vigilancia y reparación, y con los servicios públicos locales (mediadores, policía, limpieza). Hay un problema latente con estas viviendas que generan más gastos que rendimientos, ya que los propietarios no están dispuestos a arrendarlos.

Para abrir al mercado el parque de viviendas vacías, Elisa Moreno Martorell entiende que es imprescindible una actuación coordinada. Pero hay que reconocer que no existen datos completos y actualizados sobre la tasa de éxito y el grado de cumplimiento de los objetivos de las medidas ya aprobadas. Sólo tenemos datos aislados y casi siempre tangenciales. Sin este material el camino hacia dónde queremos llegar se desdibuja y corremos el riesgo de recorrerlo en zig-zag o, aún peor, de quedarnos ensimismados en nuestras propias valoraciones personales. Se tiene la impresión de que las Administraciones Públicas buscan el golpe mediático más que la solución al problema. O que no se sabe muy bien cómo abordarlo por la indefinición competencial y los conflictos entre fuerzas políticas. Parece olvidarse que la seguridad jurídica es ya, en sí misma, una medida de fomento para conseguir que los propietarios de viviendas vacías las saquen al mercado con destino al alquiler.

Desde las perspectivas del análisis económico del Derecho la expropiación no es la medida más eficaz si el objetivo es evitar la especulación de las viviendas deshabitadas.

A juicio de la autora, la crisis económica ha servido de excusa para un proceso de recentralización por la vía del título competencial del art. 119.1.13 CE, correctamente matizado por STC 16/2018. Sin embargo parece lógico que haya de diferenciar entre los territorios

según las necesidades de vivienda. Por otro lado, las Administraciones Públicas no están en condiciones de aplicar las medidas que regulan sobre la vivienda vacía.

Señala las siguientes insuficiencias: Resulta incomprensible que las leyes autonómicas excluyan de la vivienda vacía a las viviendas vacacionales o de segunda residencia, sin atender a otros criterios, como las necesidades habitacionales de la población. Se podría replantear porqué las medidas coactivas contra las viviendas vacías sólo se aplican cuando sus titulares son personas jurídicas. Así se desdibuja la función social de la familia. La dimensión constitucional de la propiedad sigue estando hoy prácticamente inexplorada, porque el ordenamiento protege casi exclusivamente la posición jurídica de los propietarios y relega injustificadamente la tutela de su función social como límite inherente al derecho de propiedad.

Con el escenario de fondo del art. 47 CE y con el objetivo de promover las condiciones necesarias para que el derecho a la vivienda sea real y efectivo, los poderes públicos han puesto en marcha medidas muy heterogéneas, tanto de fomento como de carácter fiscal. La intervención pública ha dado un salto cualitativo al regular las CCAA medidas coactivas (sanciones, alquiler o expropiación forzosos, entre otras), que afectan precisamente a una determinada clase de personas jurídicas, las entidades bancarias.

Apoyándose en anteriores publicaciones suyas (3), y desarrollos sucesivos, Elisa Moreno Martorell concluye críticamente (4) que los poderes públicos legislan en materia de vivienda sin una adecuada evaluación previa de las normas y sin un análisis riguroso del impacto económico o social de las medidas que introducen; así ocurre que los objetivos son muy numerosos, pero la regulación precipitada. En este entorno inestable no tenemos suficientes datos empíricos para valorar qué medidas de penalización de la vivienda vacía resultan más eficaces, si las expropiatorias, las de carácter fiscal o las sancionadoras. A su juicio es imprescindible replantear si la garantía judicial, por su lentitud y coste, es una medida adecuada para conseguir la efectividad del derecho a la vivienda.

---

(3) Así en *Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social,* en el vol. "Vivienda y crisis económica" (dir. Mª Teresa Alonso Pérez), cit. p. 369-420. *Activismo social y derecho a la vivienda*, en VVAA, "Estudios Hom. Manuel Balbés Prunes", INAP, Madrid, 2016, p. 281-302. *El impacto de los movimientos sociales en la legislación sobre vivienda,* en Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 97, 2017.

(4) *Nuevas vías etc.* cit. p. 63 ss.

## 5. ANÁLISIS CRÍTICO DEL REAL-DECRETO LEY DE 2017

La ponencia del Prof. Lafuente Torralba ofrece una perspectiva básicamente procesal del tema abordado, con evidente utilidad para el jurista práctico. Se inspira en una posición generalmente crítica ante el reciente derecho interno, aunque ello no le impide valorarlo positivamente cuando ha lugar a ello. Se centra en el análisis del Real-Decreto Ley 1/2017, cuya *ratio* fue la STS de 9 mayo 2013, dictada en respuesta a la acción colectiva de cesación ejercitada por varias Asociaciones de Consumidores, frente a tres entidades financieras. Dicha sentencia se focalizó en la limitación del efecto restitutorio de la declaración de nulidad, estableciendo una retroactividad limitada, fruto de la intervención procesal sobrevenida del Ministerio Fiscal y de su extemporánea petición.

El autor denuncia la palmaria incompatibilidad de retroactividad limitada de tal fallo con el art. 6 de la anterior Directiva 93/13/CEE, así como con la doctrina reiterada del TJUE, según la cual la cláusula abusiva debe eliminarse. El mencionado fallo de 2013 del TS se basa en la buena fe y en el quebranto del orden público económico. El autor se interroga: ¿Es posible que alguien abuse de buena fe? Además los trastornos graves eventualmente causados por el fallo, no pueden presumirse, o que sean notorios. Según la sentencia de 27 febrero 2014 del TJUE, relativa al "céntimo sanitario" alcanzó una suma alrededor de 13.000 millones de euros la obligación de devolución correspondiente al periodo 2002-2011.

El efecto producido por el citado fallo del TS de 2013 consistió en una profunda división entre Audiencias Provinciales, creando peligrosa incertidumbre, si bien prevaleció el criterio de nuestro TS. El vuelco de esta postura la produjo la sentencia del TJUE de 21 diciembre 2016, en el llamado *caso Gutiérrez Naranjo.* Hay que reconocer que pareció darse cierto respaldo inicial a la postura española por parte del Abogado General Paolo Mengozzi el 13 julio 2016, trocado luego en desesperación por la sentencia de 21 diciembre 2016 del TJUE, que en respuesta a tres asuntos acumulados C. 154/15, C. 307/15 y C. 308/15, que declaró con contundencia inusitada, sin fisuras ni paliativos, la radical oposición de nuestro TS con el Derecho de la UE. Afirma que aquel establece una limitación que no resulta compatible con este Derecho de la UE, arrogándose competencias que no le corresponden. El autor constata que el Estado español hubo de aprestarse para gestionar lo que gráficamente denomina "un escenario de pesadilla" (cantidades a devolver cifradas en 4.200 millones de euros; flaco favor a unos justiciables suficientemente

castigados tras años de aplicación de una doctrina errónea y opuesta al Derecho comunitario).

La reacción del Estado español ante el seísmo desatado por la *sentencia Gutiérrez Naranjo* fue la promulgación del RDL 1/2017 en el que el autor inicialmente detecta abuso por parte del Gobierno de la fórmula del Decreto-ley, estimando que hubo tiempo de sobra para legislar normalmente, porque el flujo masivo de recursos había sido propiciado por la STS de 9 mayo 2013. Era dudoso que existiera una urgencia inaplazable, pareciendo que el Gobierno se ha excedido estando pendiente todavía un recurso de inconstitucionalidad. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial activó la especialización de 54 Juzgados, conocidos como "Juzgados de cláusulas-suelo", con vigencia al principio hasta 31 diciembre 2017, y luego prorrogadas seis meses más, incrementando algo su número y competencias.

El autor valora (5) los resultados conseguidos, caracterizados por la escasa operatividad del sistema extrajudicial introducido por el RDL como válvula de escape, y la afluencia masiva de demandas a unos juzgados cuyo número y medios se revelan insuficientes. Cuestiona también el acierto de concentrar en unos pocos órganos una litigiosidad masificada (6).

La última parte de la ponencia se caracteriza por un minucioso estudio procesal del procedimiento extrajudicial en materia de cláusulas-suelo. Previamente se pregunta el autor si realmente hay algún procedimiento, pues sus principios básicos denotan su carácter, ni tan voluntario para el consumidor y no tan imperativo para la entidad financiera. Analiza la información previa sobre la existencia del procedimiento. Desde la perspectiva procesal estudia minuciosamente tanto los efectos materiales como singularmente los procesales (prohibición del ejercicio de acciones y suspensión del eventual proceso, deteniéndose en la financiación del mismo y el eventual proceso posterior con varias especialidades en materia de costas).

La valoración general del texto examinado resulta –como adelanté– muy crítico del conjunto de las medidas procesales puestas en funcionamiento por el RDL examinado, claramente inspiradas, a su juicio, en el favor de las entidades financieras.

(5) *Nuevas vías jurídicas etc.*, p. 91 ss.

(6) Hasta el 30 septiembre 2017 se formularon más de un millón de reclamaciones, de las que el 37% ha terminado en acuerdo.

## 6. CLÁUSULA DE "GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA"

Ponencia encomendada a Loreto Carmen Mate Satué, Investigadora Predoctoral de la Univ. de Zaragoza, la cual aporta los frutos de la meritoria investigación efectuada sobre doce resoluciones del TS (desde la s. de 5 julio 1997 hasta la s. de 15 marzo 2018); veintidós fallos de diversas Audiencias Provinciales (desde la s. de la AP de Murcia, de 1 febrero 2000, hasta la s. de la AP de Las Palmas de 24 abril 2018); y, por último, otro número igual de sentencias de JPI pronunciadas a lo largo de 2017. A esta anualidad se limita fundamentalmente la bibliografía, salvo algunas excepciones(7).

Sostiene en sus conclusiones(8) que la declaración de nulidad efectuada por el TS, respecto de la cláusula "gastos a cargo de la parte prestataria" en su s. de 23 diciembre 2015 ha abierto una nueva vía para que los consumidores prestatarios puedan obtener la restitución de los gastos abonados en aplicación de dicha estipulación, tras declararse su nulidad. El TS justifica la nulidad de las letras a) y c) del art. 89.3 del TRLGDCU, por lo cual sólo resulta aplicable a los contratos de compraventa de viviendas y no a los préstamos hipotecarios. En forma abstracta dicho tribunal parece aludir al denominado "control de contenido como control legal que busca contrastar la norma contractual con la norma legal", remitiéndose así al art. 89.3 del texto citado. La confusa argumentación utilizada por el TS ha supuesto que los órganos de instancia hayan tenido que interpretar la normativa sectorial que regula cada gasto, para concluir si, a tenor de la misma, se trata de gastos que deban asumir, o no, las entidades bancarias.

El minucioso análisis jurisprudencial llevado a cabo por la autora muestra que existe más que una evidente inseguridad jurídica, tanto para los consumidores-prestatarios como para las entidades bancarias. Así ocurre que dependiendo de la competencia o territorialidad del órgano judicial, pueden apreciarse la nulidad de la cláusula o declararse válida, así como condenar a las entidades bancarias a la devolución de todos los gastos, o sólo al abuso de algunos de ellos, o

(7) Trabajos de fecha posterior: María José Achón Bruñez, *Cláusula de repercusión de gastos de la hipoteca al prestatario; casos en que se pueden considerar abusivas casos en que no,* Diario La Ley, núm. 9122; Marín López, *La nulidad de la cláusula gastos en los préstamos hipotecarios,* Reus, Madrid 2018; Moreno Torres, *¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario?,* RCDI, núm. 765, 2018, p. 143-192.

(8) Op. cit. p. 163 s.

a un porcentaje de los mismos. A partir de la STS de 15 marzo 2018 hay que esperar a que se consolide la doctrina jurisprudencial.

## 7. NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LAS HIPOTECAS CONTRAÍDAS CON UN CONSUMIDOR

La Magistrada Teresa Puchol Serrano comienza describiendo escuetamente el conocido telón de fondo o realidad jurídico-social que recientemente ofrece en nuestro país el problema de la vivienda. Desde que el 14 marzo 2013 se dictara la STJUE del célebre asunto Aziz C-415/11, nuestro sistema hipotecario ha sufrido un cataclismo y, si bien durante décadas se había mantenido inalterable, durante los últimos años no solo se han modificado las leyes sustantivas y procesales, sino que se han alterado principios generales del derecho que parecían inquebrantables, se ha modificado doctrina jurisprudencial que llevaba siglos aplicándose y el procedimiento de ejecución ha pasado de ser un paseo militar para el juez y el ejecutante a convertirse en un auténtico campo de minas en que nunca se sabe cuál puede saltar. Uno de los cambios fue que se abrió la posibilidad de poder alegar la existencia de cláusulas abusivas en la ejecución de títulos extrajudiciales, y si bien inicialmente la estrella indiscutible fue la célebre "cláusula suelo", poco a poco afloraron otras que ponían en peligro no sólo la cantidad a reclamar sino la misma pervivencia del procedimiento, y, entre ellas, la del vencimiento anticipado, objeto del presente estudio.

Se propone abordar dicha cláusula desde distintas perspectivas, diferenciadas cronológicamente, analizando en primer lugar su validez o nulidad desde el momento de la firma del contrato, la posterior incidencia en su desarrollo y ejecución, los supuestos que permitirían al acreedor su aplicación, el examen que de esa aplicación haría la autoridad competente para su realización y, finalmente, las consecuencias que tendría en el procedimiento su posible declaración de nulidad.

He aquí sus conclusiones:

— Según los parámetros fijados en constantes resoluciones del TJUE la cláusula del vencimiento anticipado no debería ser considerada nula *per se*, ya que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con mecanismos eficaces que enervan las consecuencias perjudiciales que podrían suponer para el deudor la reclamación íntegra e inmediata de una deuda sometida a plazo.

— Asimismo, y con base en las reglas generales de interpretación de los contratos, la autora entiende que ninguna de las partes contratantes barajó en la firma del contrato que el impago de una sola cuota daría lugar a la resolución del contrato y la pérdida del plazo, voluntad que se manifestaría con la circunstancias de que en la práctica la gran mayoría de las ejecuciones hipotecarias tienen lugar cuando el prestatario ha dejado de abonar una considerable cantidad de cuotas.

— La ejecución hipotecaria, o la extrajudicial ante notario, es el mecanismo legalmente establecido para que el acreedor pueda hacer valer su crédito ante el incumplimiento del deudor.

— No sería factible instar la ejecución dineraria al contar las partes con un procedimiento específico para la ejecución de bienes sujetos a prenda o hipoteca, por lo que las demandas en las que se contuviera dicho título deberían ser inadmitidas a trámite.

— Dado que el contrato de préstamo es un contrato unilateral no sería posible instar la resolución del contrato en un procedimiento declarativo basado en la aplicación del art. 1124 Cc, dado que se trataría de un contrato que no reúne las características propias que debe tener el ejercicio de una acción resolutoria y en contra de los postulados de la jurisprudencia comunitaria.

— A juicio de la autora se están pretendiendo alterar las reglas de la ejecución, del derecho de crédito y de la naturaleza jurídica de determinados contratos para intentar soslayar las consecuencias de una declaración de nulidad, cuando lo más sencillo es interpretar que la cláusula no es nula *per se* dado que nuestro ordenamiento jurídico ya cuenta con un mecanismo que diluye las consecuencias gravosas que podrían tener para el deudor el ejercicio de dicha cláusula.

## 8. LA SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO (SOCIMI), COMO INSTRUMENTO JURÍDICO-MERCANTIL PARA FOMENTAR EL MERCADO DE ALQUILER DE VIVIENDAS

El autor de esta Ponencia, Bueso Guillén, es Prof. Titular de Derecho Mercantil y ofrece con ella una perspectiva típicamente mercantilista al problema de la vivienda. La SOCIMI nace en 2009 pretendiendo el legislador dotar al mercado inmobiliario de arrendamiento de un instrumento de inversión, no sólo de viviendas, sino de cualquier inmueble urbano. En la E. de M. de la Ley 16/2012, de 27 diciembre puede leerse: “El objetivo que persiguen estas entidades

se basa en dinamizar el mercado de arrendamiento de inmuebles, estableciendo un mecanismo que facilite la participación de los ciudadanos en la propiedad inmobiliaria, para ello tratan de garantizar una rentabilidad estable en la inversión en su capital a través de una distribución obligacional de beneficios y un grado adecuado de liquidez a través de la obligación de negociación en mercados secundarios de valores, de estas entidades".

Bueso Guillén afirma que en la actualidad hay cuatro grandes SOCIMIS (Merlin, Hispania, Axiare y Lar España) que gestionan más de 14.000 millones de euros en activos inmobiliarios.

La constitución de estas entidades fue posible desde 2009 mediante la tipificación de la Ley 11/2009, de 26 octubre, la cual, ha sido objeto de sucesivas reformas en 2010, 2012, 2014 y 2016(9).

El autor se propone responder a la cuestión particular que, probablemente, preocupa primordialmente a los lectores de esta revista: Hasta qué punto las SOCIMI constituyen un instrumento eficaz y eficiente para una política de dinamización del mercado de alquiler de viviendas, en el sentido de incrementar la oferta de viviendas ofrecidas en régimen de alquiler, y de potenciar la calidad de los arrendamientos. Se da por supuesto que las SOCIMI no son un instrumento que persigue ni exclusiva ni principalmente incidir en el mercado de la oferta de arrendamientos para vivienda.

El autor apunta los elementos esenciales de su régimen fiscal y las implicaciones de calificarse de "sociedad anónima cotizada", para analizar los requisitos de Derecho societario, finalizando sobre el eventual papel dinamizador de las SOCIMI en el mercado de los arrendamientos urbanos para vivienda.

Sus conclusiones resultan prudentemente muy matizadas(10):

La introducción de las SOCIMI vino determinada por su "carácter mixto o ambivalente", ya que con ellas se pretendía tanto influir en la oferta del mercado de alquileres, como en la captación y canalización de inversiones hacía el mercado inmobiliario desde los mercados de capitales (opinión de Tapia Hermida). Desde la perspectiva de la mejora de la inversión en el mercado inmobiliario puede afirmarse que las SOCIMI permiten alcanzar este objetivo, en todo caso tras la reforma de la Ley 16/2012, gracias a los cambios normativos y a una mejora de la coyuntura económica; proporcionan al inversor liquidez y generan una expectativa de rentabilidad mínima, junto

(9) *La Sociedad Anónima etc.* cit. p. 195 ss. el autor expone detalladamente su régimen fiscal y mercantil.

(10) *La Sociedad Anónima etc.* cit. p. 223 y s.

con el régimen fiscal privilegiado, tanto para las propias SOCIMI como para sus socios. Pero no se puede llegar a afirmar que el impacto que han tenido en el mercado de alquileres de vivienda haya sido igualmente positivo; realmente no es un objetivo del legislador sino más bien un anhelo en la búsqueda de buenas noticias para satisfacer la necesidad de vivienda, ya que no se estaba pensando exclusivamente en arrendamientos para viviendas. La impresión que queda tras estudiar el régimen de la SOCIMI, es que se trata de un instrumento útil, con sus luces y sus sombras, para la captación del ahorro público destinado al mercado inmobiliario y, sobre todo, para la capitalización de activos inmobiliarios. Apreciación que, además de los aspectos fiscales, se desprenden de las especialidades jurídico-societarias de las SOCIMI. Así: (i) El hecho de que los inmuebles que integran, incluso directamente, los activos de la misma puedan estar, tanto en España como en el extranjero, siempre que no se trate de un paraíso fiscal, no parece muy acorde con el objetivo de fomentar el mercado de arrendamiento en nuestro país; y (ii) el plazo mínimo de mantenimiento de tres años (desde la reforma de 2012), no va a dar lugar a arrendamientos de vivienda de larga duración, frente a los arrendamientos ofrecidos por particulares. Siguiendo la opinión de Romero Fernández, concluye que, a fecha de hoy, es dudoso que suponga "el inicio del fin del mercado artesanal de arrendamientos de vivienda" (11).

## 9. "*CROWDFUNDING* INMOBILIARIO. ALTERNATIVAS PARA SU ARTICULACIÓN JURÍDICA Y RIESGOS PARA EL INVERSOR"

Esther Hernández Sainz, es Profesora Titular de Derecho Mercantil en la Facultad de Zaragoza y con su ponencia ofrece una interesante y novedosa información sobre la "financiación participativa", con-

(11) Bueso Guillén hace notar que precisamente ese "mercado artesanal", es de suma importancia cuantitativa en el alquiler de viviendas, el que está necesitado de atención para mejorar la calidad de estos arrendamientos. Desde la perspectiva jurídico-societaria, cabría pensar en la conveniencia de una "sociedad limitada de inversión inmobiliaria", con exigencias acordes con el carácter de la inversión de los socios, con un órgano de administración profesionalizado en la gestión de estos arrendamientos, y con incentivos fiscales parangonables con los de la SOCIMI. Pero también se ha de ser consciente de las características peculiares del mercado de alquileres de viviendas desde el lado de la demanda, así como en la conveniencia de revisar la regulación de la relación arrendaticia, si se quiere hacer más atractiva la inversión en inmuebles urbanos destinados a su arrendamiento como vivienda ( *La Sociedad Cotizada de Inversión etc.* cit. p. 224).

sistente en la captación de pequeñas cantidades de dinero de una pluralidad de personas a través de una plataforma de Internet con el objetivo de obtener financiación para cualquier tipo de proyecto, lucrativo o no. En el ámbito empresarial, estas plataformas, nacidas al calor de la crisis, articulan canales que permiten la conexión y el flujo directo de capital desde los ahorradores hacia aquellas personas o empresas necesitadas de financiación, constituyendo una alternativa al préstamo bancario. Aunque ha tardado algo más, esta nueva fórmula de financiación también ha llegado al mercado inmobiliario, y así en los últimos tres años han surgido plataformas especializadas en inversiones en este sector que se publicitan como una nueva fuente de financiación para promotores y constructores y un nuevo nicho de inversión accesible a cualquier interesado. El *crowdfunding* ofrece la posibilidad de invertir en concretos inmuebles o proyectos inmobiliarios que el propio inversor selecciona, otorgándole un elevado nivel de autonomía en la adopción de sus decisiones de inversión, y comporta un aliciente para dinamizar el mercado inmobiliario y, en particular, el de alquiler.

Esta financiación participativa surge y se desarrolla inicialmente en USA (así el pedestal sobre el que se ubica la estatua de la Libertad, en cuya financiación concurrieron 160.000 personas). Hoy gracias a Internet y a la profesionalización de las plataformas se han convertido en un canal alternativo a los mecanismos clásicos de financiación dotado de continuidad en el tiempo que ha permitido crear una especie de mercado primario organizado (en 2015 alcanzó 1500 millones de dólares; en 2016 superó los 3500 millones). Se ha extendido con cierto éxito a Europa e Hispanoamérica. En 2015 alcanzó en Europa un volumen de 6.970 millones, con cierto desarrollo en Gran Bretaña, Francia y Suiza, así como en México, Chile y Argentina.

En España la financiación participativa irrumpió con fuerza en 2015 y ha tenido un crecimiento vertiginoso. En la actualidad existen más de una decena de plataformas *on line* que están publicitando proyectos para inversiones en el sector inmobiliario. Todas ellas tienen en común que posibilitan a cualquier persona la inversión indirecta de pequeñas cantidades en negocios que tienen como base esencial activos del sector inmobiliario (solares, viviendas, oficinas, naves industriales, complejos vacacionales) que, una vez adquiridos y, generalmente, tras su construcción o rehabilitación, son alquilados o revendidos, retribuyéndose al financiador con una participación en los beneficios obtenidos gracias a las rentas satisfechas por los arrendatarios o al mayor precio del inmueble al revenderlo.

Un análisis más detallado nos muestra que existen grandes diferencias en la operatoria de las distintas plataformas. En primer lugar en relación con las finalidades son diferentes los instrumentos jurídicos utilizados (creación de sociedades vehículo, financiación a empresas del sector inmobiliario, préstamos, pluralidad de contratos de cuenta en participación en red entre varios inversores y un promotor, constructor o empresa inmobiliaria, e incluso adquisición de inmuebles en *pro indiviso*). Otra diferencia sustancial es el papel que juega el titular o gestor de la plataforma (mero intermediario, gestor de la plataforma representada por una empresa que solicita financiación para sus propios proyectos).

El inversor debe saber que sólo algunas modalidades de *crowdfunding* cuentan con regulación específica entre nosotros. Una regulación parcial se efectuó mediante la Ley 15/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (LFFE), que dedica su tít. V al régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa. Pero esta ley limita su ámbito de aplicación a las modalidades articuladas a través de una plataforma que actúa como intermediario y siempre que la financiación se canalice a través de acciones, participaciones u obligaciones o de la concesión de préstamos (arts. 46 y 50 LFFE) (12).

El *crowdfunding* inmobiliario se enmarca en un fenómeno más amplio como es el de la micro financiación colectiva (utilizado por la UE) o financiación participativa, conjunto de prácticas que tienen en común la obtención de pequeñas cantidades de dinero de una pluralidad de personas, con o sin contraprestación, a través de una plataforma *on line* (vía *web* o por otros medios electrónicos) para financiar un proyecto de cualquier tipo (empresarial, social, cultural, filantrópico, e incluso para subvenir necesidades económicas de los consumidores). El de tipo inmobiliario es una simple variante de este fenómeno, que la autora define como una solicitud pública de financiación a través de una plataforma o portal público en Internet dirigida a una pluralidad de personas, para la puesta en marcha y desarrollo de cualesquiera proyectos de inversión en el mercado inmobiliario, a cambio de una participación en los beneficios obtenidos con el alquiler o la posterior venta de los inmuebles objeto del proyecto de inversión (13).

(12) Hasta la promulgación de la LFFE, la inversión participativa carecía de una regulación específica, aunque quedaba sometida a la normativa reguladora de los mercados financieros.

(13) *"Crowdfunding" inmobiliario etc.* cit. p. 236.

Aunque la doctrina norteamericana y comunitario suele distinguir cuatro modalidades(14), la autora sostiene mejor diferenciar sólo dos grandes categorías: La financiación participativa a título gratuito (el financiador no recibe ninguna contraprestación o esta tiene meramente carácter simbólico), que no suele incluirse en el concepto estricto de la figura (así proyectos inmobiliarios de naturaleza social y caritativa), y a título lucrativo que, a su vez, admite dos variantes principales en función de que la remuneración obtenida por el financiador tenga, o no, carácter dinerario. La retribución no dineraria es propia de las modalidades de recompensa y prepago, en que se aporta dinero a cambio de un producto, servicio o cualquier otra contraprestación no financiera con un valor cercano a la financiación facilitada, y tampoco se utiliza para la captación de fondos para proyectos inmobiliarios.

Interesa a nuestro tema la financiación participativa de carácter dinerario o financiero, incluyendo la financiación a través de préstamos con interés, la suscripción de valores negociables u otros instrumentos financieros tanto representativos de deuda, como de una participación, el capital del promotor del proyecto de financiación, y las modalidades en que se ofrece al financiador una participación en los beneficios obtenidos en el negocio en que se invierten los fondos captados a través de la plataforma.

Descendiendo a la realidad de las plataformas de nuestro país nos muestra que la mayoría opta por el modelo de *equity crowdfunding*, mediante la constitución de sociedades limitadas que adquieren los inmuebles en los que se invierte y en cuyo capital participan los potenciales inversores suscribiendo participaciones. La gestora constituye una sociedad para cada proyecto y los inversores suscriben participaciones o acciones a través de un aumento de capital con aportaciones dinerarias y exclusión del derecho de suscripción preferente. La sociedad, con el capital aportado adquiere el inmueble y gestiona la rehabilitación, construcción o alquiler. Los beneficios obtenidos con el alquiler son repartidos en forma de dividendos y si el inmueble se vende, la sociedad se disuelve y se entrega a los socios la cuota resultante de la liquidación en proporción a su aportación total. Algunas plataformas como Housers también publican operaciones en caso de captación de financiación para promotores que

(14) Financiación basada en donaciones, en recompensas o preventas, en préstamos y en la suscripción de valores representativos del capital (op. últim. cit. p. 236 s.)

desean construir o rehabilitar viviendas. Estas dos fórmulas caen dentro del ámbito de la LFFE.

Otras plataformas, como Privalore, Blicks & People, FT Inversión o Peerbrick representan la financiación participativa mediante contrato de cuentas en participación, modelo ya conocido en el sector cinematográfico. Un modelo singular ofrece la plataforma "Tu crowdfunding inmobiliario " que propone la adquisición de viviendas u otros inmuebles en *pro indiviso.*

En función del rol que desempeña el titular de la plataforma se distingue entre crowdfunding *directo*, en el que es el propio promotor del proyecto quien capta la financiación que necesita a través de una plataforma *on line*, y el *intermediado* en el que el promotor se sirve de la página *web* creada conforme a la LFFE actuando como intermediado autorizado y especializado que pone en contacto a promotores e inversores. Por tanto, la captación directa de financiación por una empresa inmobiliaria a través de su página *web,* no está sujeta a la LFFE, no requiriendo ninguna autorización (15).

Después de este apartado, más bien informativo, la autora se ocupa de los aspectos prácticos del tema en nuestro ordenamiento, con realismo y fundamentación jurídica, y obviamente con lógica perspectiva mercantilista. Así de los riesgos a los que se enfrenta el inversor en proyectos de "crowdfunding" inmobiliario, en relación, tanto con la adopción de la decisión de inversión, como los asumidos tras la aportación de financiación. La protección del inversor en el "crowdfunding" intermediado, a través de la LFFE. Ocupándose en particular de la necesaria autorización previa de la plataforma para aprobar como intermediario; la limitación de las modalidades de articulación jurídica de la inversión; los deberes de transparencia impuestos a las plataformas y a los promotores. Los límites de inversión. Quizá el apartado más sugerente sea el relativo a la fáctica desprotección del inversor en el "crowdfunding" inmobiliario directo con la especial atención dispensada al contrato de cuentas en participación regulado poco acertadamente en el Ccom. Concluye con la inviabilidad de esta institución mediante adquisiciones en proindiviso.

(15) Si la captación de financiación se articula mediante la emisión de valores negociables o se utilizan otras fórmulas de captación de financiación, como los contratos de cuenta en participación o la oferta pública de suscripción de participaciones de sociedades limitadas, no resultan aplicables ni la LFFE ni la regulación del mercado primario contenida en el R.D. Ley 4/2015 (op. últim. cit. p. 240 s. y nota 21).

En sus conclusiones finales (16) postula la necesidad de un marco normativo homogéneo de protección del inversor en cualesquiera modalidades de *crowdfunding* inmobiliario, porque a su juicio no es una variante específica del mismo sino que su articulación se acomoda a la tipología existente en función del instrumento para canalizar la inversión y del papel de la gestora de la plataforma como demandante de inversión o mero intermediario entre oferentes y demandantes de financiación. En cuanto a la de carácter intermediado, sus reglas, aun siendo mejorables, las considera suficientes. La modalidad directa a su juicio es lícita, puesto que no está prohibida, pero queda al margen de la regulación financiera y lo que es más grave, de la aplicación de cualesquiera norma de protección del inversor. Esta situación de alegalidad sitúa a los potenciales inversores en una posición de total desprotección y es el caldo de cultivo propicio para fraudes de todo tipo. Como ya ha ocurrido en anteriores ocasiones (17) se ha encontrado un resquicio en la normativa sobre captación de fondos del público inversor para poder realizar un llamamiento para la captación de financiación, sin necesidad de ofrecer una mínima información, ni someterse al control de autoridad alguna. Por ello, considera urgente la regulación del *crowdfunding* directo, bien sea para prohibirlo o lo que, a juicio de la autora, resultaría más útil, para articular una regulación que equipare la protección que se otorga al inversor con la que le dispensa la LFFE. Sería conveniente regular de manera general cualquier supuesto de apelación al público en demanda de financiación, por medios de comunicación de masas, como es Internet, acercándonos así al modelo norteamericano (18). La nueva regulación debería garantizar la necesaria transparencia de las inversiones propuestas, exigiendo la publicación de unos datos mínimos sobre el promotor, el proyecto y el instrumento jurídico para canalizar la financiación, coincidentes con los exigidos a los proyectos que captan financiación a través de plataformas de financiación participativa autorizadas y destacando,

(16) Op. últim. cit. p. 278 ss.

(17) Recuerda los tristemente célebres casos AFINSA, Fórum Filatélico o Nueva Rumasa (op. últim.cit. p. 279).

(18) El modelo americano protege al inversor en cualquier emisión de *securities* por parte de un solicitante de financiación. En EEUU se utiliza un concepto muy amplio de *security* considerando como tal cualquier instrumento que permita una operación de inversión con apelación al público, de manera que los mecanismos de protección al inversor son de aplicación siempre que exista un *investment contract* con independencia de la forma jurídica utilizada para reflejar la operación (loc. últim. cit. y nota 64).

especialmente, los riesgos que asume el inversor. La difusión de información suficiente es un elemento clave en la protección de los inversores. Es cierto que la imposición de deberes de divulgación de información a los promotores a través de las plataformas también comporta unos costes en término monetarios y de oportunidad que, si resultan excesivamente onerosos pueden hacer inviable esta fórmula de financiación. Pero los fraudes y escándalos también la harán inviable para los promotores honestos, pues la confianza es el pilar básico de cualquier mercado de captación de financiación. El reto para el legislador estriba en garantizar un nivel de transparencia suficiente, pero evitando deberes excesivamente onerosos que impidan el crecimiento del *crowdfunding inmobiliario.*

## 10. USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN COMO VÍAS DE ACCESO A LA VIVIENDA

El Prof. M. Lacruz Mantecón, Titular de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Zaragoza, se ha propuesto "redescubrir" los derechos reales limitados de usufructo, uso y habitación, como vías actuales del derecho a la vivienda, para lo cual previamente hace una meritoria exposición de cada uno de ellos, básicamente conforme al Cc español, con amplias referencias a los derechos forales, singularmente el Derecho aragonés, enmarcándolo en el régimen europeo codicial derivado del Derecho Romano. Esta primera parte de su ponencia es muy completa, dado que la documenta ampliamente, abarcando toda la bibliografía clásica, finalizando con la publicada ya en el siglo XXI. De aquí una inicial utilidad de la misma para profesores y estudiantes en lo relativo a la específica aplicación de tales figuras.

Luego concreta su estudio a la vivienda como objeto singular de tales derechos reales. Merece destacarse su afirmación sobre que "de hecho, la idea de amparo, protección y subsistencia que late en el concepto de vivienda, ya para el individuo, ya para la familia, hacen de un inmueble habitable la primera justificación de estos tres derechos. Especialmente, en su modalidad de constitución legal, cuestión en la que no se ha insistido lo suficiente" (19). Por ello, ante el agotamiento de la dualidad propiedad-arrendamiento (20), cree que conviene explorar nuevas fórmulas.

(19) *Mi casa no es mía: Usufructo, uso y habitación como vías de acceso a la vivienda,* op. cit. p. 310.

(20) El autor, buscando la objetividad, dedica un apartado al arrendamiento como alternativa a la propiedad de la vivienda habitual (op. últim. cit. p. 331-334) reconociendo que el arrendamiento o inquilinato consti-

Así el usufructo como mecanismo de anticipación de la herencia sin perder el disfrute de la vivienda, en el campo de los negocios gratuitos.

El usufructo, uso y habitación como mecanismo para constituir una renta, con la finalidad de allegar medios económicos para personas generalmente de avanzada edad, que necesitan complementar ingresos insuficientes o suplir unos inexistentes. El negocio constitutivo va a ser oneroso que, en realidad, será una renta vitalicia.

Quizá la parte más atractiva sea la referida a los supuestos de disolución familiar, con interesantes aportaciones jurisprudenciales y doctrinales, sin olvidar en este punto las soluciones no coincidentes de los derechos forales (liquidación de la sociedad conyugal, separación y divorcio, incluyendo la situación de protección de la discapacidad del art. 822 Cc) (21).

La parte final de este extenso estudio está constituida por un apartado muy variado, que no elude incursiones juspublicistas, analizando la posible utilización de los derechos de usufructo uso y habitación. Personalmente propugna la preferencia del uso y de la habitación, frente al usufructo, como título para la utilización de viviendas, dando por supuesto la preferencia de aquellos frente al arrendamiento. Finalmente se ocupa de la interposición de cooperativas en la atribución del uso habitacional, destacando que la cooperativa de viviendas también ha permitido el acceso a la vivienda de muchas personas. Normalmente la cooperativa interviene en la fase

---

tuye el medio alternativo a la compra, y por ende a la propiedad, para el disfrute de una vivienda. Medio muy habitual cuando la permanencia en una localidad es temporal, pero que unas leyes arrendaticias miopes hicieron inasumible para los propietarios, provocando su drástica reducción. En la actualidad el cambio legislativo ha dado lugar a una revitalización del alquiler como medio de llegar a la vivienda en propiedad, al estimarse el arrendamiento como una situación transitoria que debe transformarse en la más estable de titularidad dominical, con el factor añadido de la vivienda en España como inversión en capital que se destina a los descendientes. La vivienda ha sido y es la hucha en la que se forma el capital de cada familia, y esto es a la vez un factor de bienestar y una maldición para la movilidad geográfica y el progreso laboral. Hemos sustituido la adscripción del siervo a la tierra por la del "habitante" a la vivienda y su hipoteca. En cualquier caso, la explosión de la burbuja inmobiliaria, las restricciones crediticias para la compra de vivienda subsiguientes a un mercado hipotecario incierto y con una morosidad elevada, y las mayores facilidades y baratura de los alquileres, han provocado un reactivación cierta del mercado del alquiler de viviendas por los particulares, favorecida por las reformas en la LAU y las dictadas en materia de procesos arrendaticios.

(21) Op. últim. cit. p. 320-325.

preparatoria de modo que terminada la construcción y adjudicadas las viviendas, la cooperativa desaparece viéndose sustituida por la comunidad de propietarios sobre el inmueble. Pero si la cooperativa sólo cede el uso de la vivienda se abre la posibilidad de que los cooperativistas puedan ostentar alguno de los derechos reales limitados estudiados(22).

## 11. LA TEMPORALIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y LOS EFECTOS DE SU EXTINCIÓN

La Directora e inspiradora del volumen está reconocida como una de las expertas mejor conocedoras del derecho real de superficie, así como del problema global de la vivienda en nuestro país. Si lo habitual fácticamente es que los ciudadanos adquieran su propiedad, es su alternativa natural el arrendamiento urbano, cuyo régimen se ha modificado últimamente por Ley 4/2013, de 4 junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, causante de una situación que se describe como "maremágnum jurídico". Conviene advertir que desde 2008 se han ofrecido soluciones alternativas a las tradicionales, respondiendo a los nuevos requerimientos del mercado, especialmente en Cataluña con las denominadas "tenencias intermedias" a través de la Ley 19/2015 de 29 julio. Ello no obstante la autora se inclina a profundizar en otros derechos reales ya existentes, especialmente la superficie, la cual *prima facie* ofrece el grave inconveniente de su temporalidad.

En la ponencia expone con amplitud los aspectos generales del derecho de superficie, que suele concebirse en nuestro ordenamiento como un mecanismo de fomento de la construcción, es decir, prioritariamente como un derecho real limitado que permite a su titular construir un edificio en un solar ajeno y adquirir la propiedad superficiaria de lo construido, mientras el concedente se reserva la propiedad del resto del volumen de la finca no afectada por la superficie. Por razones históricas no resulta fácil pensar en la constitución de un derecho de superficie sobre viviendas ya construidas. Pero la autora observa que la superficie es un derecho muy versátil, capaz de adaptarse a las vicisitudes del mercado. No sólo permite construir sobre finca ajena, sino que también viabiliza la adquisición de la propiedad superficiaria de edificios ya existentes, o de viviendas

(22) Lacruz Mantecón recoge la opinión de Lambea Rueda sobre las numerosas ventajas de la cesión a los cooperativistas por parte de la cooperativa del usufructo de la vivienda (op. ultim. cit. p. 344.)

ubicadas en los mismos en los que la parte de finca no afectada por el derecho de superficie sigue perteneciendo al concedente, quien retendrá la propiedad ordinaria del resto de la finca. Así este derecho de superficie sobre edificios o parte de edificios ya existentes es el que puede resultar más adecuado para las necesidades actuales del mercado (23).

El derecho estatal sobre la superficie se contempla en el art. 53.1.2º del RD-Ley 7/2015, de 30 octubre, que aprueba el TR de la Ley del Suelo y Rehabilitación urbana (24). La autora analiza la estructura del inmueble gravado con un derecho de superficie, estableciendo la diferencia entre la propiedad inmobiliaria ordinaria, señalando su nítida tridimensionalidad, y la derivada de la constitución de un derecho real de superficie que provoca una disociación del volumen de modo que sobre un único solar encontramos dos o más objetos inmuebles separados y, cada uno, va a ser sede objetiva de un derecho de propiedad atribuido a un titular diferente. Se produce así una disociación del inmueble y, a su vez, del dominio.

Se podría describir gráficamente la estructura resultante entendiendo que el volumen se disocia por planos horizontales paralelos al suelo. El propietario constituyente retiene la propiedad del plano bidimensional que es el suelo, mientras el superficiario adquiere la propiedad superficiaria del edificio que ya está construido o que se va a construir, según el caso. El volumen no ocupado por el edificio o parte del mismo afectado por el derecho de superficie (en la que hay que incluir el subsuelo si no se ha integrado en la superficie) constituye la sede objetiva de la propiedad ordinaria cuya titularidad corresponde a quien concedió el derecho de superficie.

El suelo tiene existencia para el Derecho porque la propiedad del solar así configurado tiene un importante contenido económico ( puede hipotecarse, y como efecto del principio de accesión inmobiliaria, está, en principio, llamado a incorporar y concentrar el resto de derechos de propiedad que, sobre otros objetos ubicados en el volumen delimitado bidimensionalmente por la superficie del solar, y que se encuentran disociados del mismo). Si bien cabe que el derecho de superficie descrito agote las utilidades de la finca, sin embargo una modificación de la normativa urbanística puede añadir

(23) *La temporalidad del derecho de superficie etc.,* op. cit. p. 353.

(24) La autora se ocupará en la ponencia del derecho de superficie constituido sobre viviendas ya construidas o que va a construir el dueño del solar. Se trata de un producto que pueden sacar al mercado tanto los empresarios de la construcción como las Administraciones Públicas que promuevan viviendas sociales.

nuevas utilidades, que se integrarían en el derecho de propiedad sobre el suelo, salvo que en el título constitutivo del derecho de superficie se hubiera pactado otra cosa.

En España el régimen jurídico del derecho de superficie es complejo y diverso. En derecho estatal, aparte del art. 1611 Cc, contamos con los arts. 53 y 54 del TRLSRU15. En derecho autonómico, algunas Comunidades Autónomas (Aragón, Madrid), lo regulan únicamente en la normativa urbanística, mientras Cataluña y Navarra tanto el aspecto privado como el urbanístico. La autora sostiene la aplicabilidad tanto a particulares como a la Administración con base en la imperatividad del art. 358 Cc. En Derecho navarro y catalán concurren ambas regulaciones del derecho de superficie. En este último ordenamiento, el art. 171.5 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, remite a la legislación civil a la hora de regular el derecho de superficie. En Navarra hay clara dualidad normativa desde que se aprobó la Ley 20 diciembre 2002 sobre Ordenación del Territorio y Urbanismo estableciendo en su art. 236 un régimen distinto de la superficie otorgada por entidades públicas sobre terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio público del suelo, mientras que en el Fuero Nuevo el derecho de superficie puede establecerse a perpetuidad.

Al superficiario se le otorga la propiedad de la parte del edificio que es objeto de su derecho, y así su derecho posee las mismas facultades que integran el dominio. Pero esta propiedad coexiste con la retenida por el concedente de la superficie. Se trata de dos titularidades estrechamente vinculadas, pero también estrechamente disociadas, y con carácter general es temporal.

Son propiedades disociadas, es decir que cada una de ellas recae sobre un volumen distinto del inmueble que mantienen una completa independencia. Ello puede aconsejar o desaconsejar su establecimiento, según las circunstancias. Este desestructuración de la propiedad inmobiliaria ordinaria que supone gravar una finca con un derecho de superficie cuando se regula en España, se establece como transitorio o temporal en todas las normas, excepto en el Fuero Nuevo de Navarra que admite su perpetuidad (Ley 428.2). Siendo transitoria la propiedad inmobiliaria se recompone al extinguirse la superficie, recuperando sus caracteres por la cualidad elástica del dominio. Tal duración temporal varía desde los 75 años (Navarra) los 99 (Cccat.).

Coincido personalmente con la autora cuando afirma(25) que probablemente la temporalidad de la propiedad superficiaria es la característica que más limita su utilización como vía de acceso a la vivienda. La extinción supone el colapso de la estructura jurídica de la finca, y es entonces cuando se confrontan los distintos intereses del concedente y superficiario.

La Ponencia de la Profesora se orienta una doble dirección: Partiendo de la transitoriedad, trata de analizar cómo debe regularse el conflicto de intereses que se produce en el momento de la extinción, y valorar cuál sería la mejor manera de articular esos efectos anudados a la pérdida de la eficacia del derecho por transcurso del tiempo. Y ahondar en la posibilidad de superar la temporalidad analizando la conveniencia o inconveniencia de proponer su duración perpetua.

Bajo la primera perspectiva, la autora se pregunta quién adquiere o puede adquirir la propiedad ordinaria del inmueble. En derecho estatal la regulación está diseñada de forma que quien acceda a la vivienda a través del derecho de superficie no adquiere finalmente la propiedad ordinaria del inmueble, lo que puede suponer un límite a su funcionalidad. Para lograrlo haría falta un pacto suplementario que podría configurarse, o bien como un derecho de opción de compra de la propiedad del resto de la finca, o bien como un derecho de adquisición del suelo, o una cuota del mismo, cuya eficacia quedará aplazada al momento de extinguirse la superficie. En ambos casos se permitiría acceder a la propiedad ordinaria de la vivienda de manera distinta a la tradicional. Lo mismo podría efectuarse en Derecho navarro. Mientras que en Derecho catalán tal pacto es innecesario, lo que, a juicio de la autora ofrece mayor funcionalidad que la normativa estatal y navarra.

Probablemente resulte todavía más atrayente la última parte de esta investigación sobre la posibilidad o conveniencia de un derecho de superficie perpetua(26), en la que se reiteran y profundizan algunas orientaciones ya mencionadas o meramente aludidas. Las causas de la temporalidad son de índole histórica y adquieren su verdadera dimensión a la vista de los postulados ideológicos que sustentan las codificaciones decimonónicas. Entonces el derecho de superficie se concebía como una figura censal (así en el art. 1611 Cc. español). Los foros y subforos había provocado históricamente graves problemas de carácter social. El art. 1563 del Proy. de García Goyena alude genéricamente a figuras similares, si bien las escasas

(25) Op. últim. cit. p. 365.
(26) Op. últim. cit. p. 373-395.

referencias a la superficie lo relacionan con un derecho a mantener edificaciones sobre suelo ajeno. El Cc. de 1889 no resuelve tampoco el problema aunque presupone la temporalidad de la superficie cuya redención se remite a una ley especial. Respecto a los censos, aunque el art. 1608 viene a decir que si bien es natural su perpetuidad o por tiempo indefinido, establece su redimibilidad transcurridos 20 o 60 años, lo que resulta coherente con la ideología liberal (27).

Quién así accede a la propiedad ordinaria de la vivienda ¿debe abonar alguna contraprestación o indemnización a quien pierde la propiedad? En derecho estatal se puede pactar una indemnización al superficiario cuando pierde la propiedad de la vivienda; pero si no se pacta no debe abonársele nada. Reconoce la autora que la solución resulta menos adecuada cuanto menor sea la duración del derecho de superficie. Pero en el art. 564-6 Cccat se excluye tal posibilidad no cabiendo pacto al respecto.

Cuando el propietario superficiario deviene propietario ordinario de la vivienda hace falta pactar un negocio distinto a la constitución de la superficie. La solución es diferente en derecho catalán pues puede pactarse la incorporación de la propiedad de toda la finca a la del edificio o parte del mismo usado como vivienda, construido o no por el superficiario, y no se trataría de un negocio distinto sino la precisión voluntaria de la dirección en la que debe operar, en ese momento, la accesión inmobiliaria.

Recapitulando la autora, concluye (28) que aunque el diseño normativo en derecho catalán parece más adecuado para que la figura pueda servir como vía de acceso a la vivienda, puede obtenerse el mismo resultado en derecho estatal y navarro incorporando al negocio constitutivo del derecho real un pacto suplementario de venta aplazada al momento de extinción de la superficie o una opción de compra del suelo. Económicamente el superficiario deberá tomar en consideración el valor global de la operación.

Posteriormente el derecho de superficie se empieza a concebir, no como una figura censal sino como un mecanismo de disociación del objeto de la propiedad inmobiliaria que produce la existencia de varios objetos inmobiliarios en la misma ubicación geográfica, sien-

(27) Acertadamente observa la autora: “La universalidad en el acceso a la propiedad inmobiliaria que se consigue en ese momento histórico y que es concebida como logro y avance social, se hubiera desdibujado de admitirse gravámenes que supusieran una limitación excesiva del contenido del derecho de propiedad y supusieran una limitación excesiva del contenido del derecho de propiedad o de su libre disponibilidad” (op. últim. cit. pg. 375).

(28) Op. últim. cit. p. 373.

do posible la titularidad del derecho de propiedad sobre cada uno de esos objetos disociados o individualizados. En las sucesivas leyes del suelo se impone obligatoriamente su temporalidad (29).

Puede preguntarse la razón por la que, el derecho español, a excepción del navarro, a la hora de regular la limitación temporal del derecho de superficie lo hace de manera imperativa, a lo que responde la autora que, por un lado, las bases ideológicas de la época de las codificaciones en la que se favorece la menor posible del contenido del derecho de propiedad, y, caso de existir, temporalmente acotado; por otro, una razón estructural propia de un sistema de normas bien trabado y organizado, que, en este caso, guarda relación con el principio de accesión que se establece en el art. 358 Cc. esp. y en el art. 542-3 Cccat, que se configuran como imperativo; no así en derecho navarro. En la medida en que la superficie implica una derogación del principio de accesión inmobiliaria, no sería coherente que se permitiera a las partes su derogación ilimitada. Sólo cabe su derogación en la manera permitida por la ley (temporalidad de la superficie, establecida por la Ley 427 del Fuero Nuevo de Navarra). También rige en otros países, así en Derecho francés, italiano (art. 953 Cc ital.) y portugués (art. 1524 Cc), en los que se permite derogar por acuerdo el principio de accesión inmobiliaria. La autora observa que la perpetuidad del derecho de superficie no agota el contenido del derecho de propiedad sobre la finca gravada con el mismo.

Analiza las figuras que podrían implicar una derogación perpetua del principio de accesión inmobiliaria. Así, los complejos inmobiliarios y las propiedades separadas superpuestas con referencia a la STS de 27 octubre 2008 que se refiere a fincas ubicadas en terrenos colindantes, solución afirmativa que la autora estima aplicable a complejos inmobiliarios que se encuentran en la misma ubicación geográfica, pero en distinto nivel o cota (un edificio en el vuelo y otro en el subsuelo). También es interesante la Resolución de 5 abril 2002 de la DGRRN. En todo caso insiste en que para que haya complejo inmobiliario es menester un punto de conexión, que puede consistir en la existencia de servicios comunes o elementos de titularidad común, sin que lo sea el suelo. En su opinión tal punto de conexión no sería necesario en un inmueble estructurado en base a relaciones superficiarias.

(29) En op. últim. cit. p. 376 s. se incluye una completa enumeración de tales leyes del suelo y también reformas de la legislación hipotecaria.

Me parecen muy prudentes sus reflexiones sobre derecho perpetuo de superficie y la seguridad jurídica en la atribución del titularidad del derecho de propiedad. En efecto, si bien dicha perpetuidad podría generar la existencia sobre o base un mismo solar de fincas independientes sin punto de conexión entre ellas, lo que implicaría la posibilidad de derogar ilimitadamente el principio de accesión inmobiliaria. Pero nuestro ordenamiento mayoritariamente se muestra reacio al reconocimiento de tal realidad como legítima, y si bien la perpetuidad de superficie no tiene por qué vaciar de contenido el derecho de propiedad de la finca sobre la que se constituye, pudiendo atender ciertas utilidades económicas, concluye la autora que la temporalidad del derecho de superficie viene exigida por razones de seguridad jurídica. El solar entendido como la superficie de la corteza terrestre delimitada en metros cuadrados, es la referencia física fundamental que permite identificar la propiedad inmobiliaria, y que permitirá precisar la titularidad de los volúmenes que son el vuelo y el subsuelo. Para ello, acaso sea menester mantenerlo como pieza clave que absorba imperativamente la propiedad de los elementos que se ubican encima o debajo del mismo. Esta imperatividad que acaso sea necesaria conllevaría la posibilidad de derogación ilimitada por los particulares de la accesión ilimitada. La posibilidad jurídica de desligar perpetuamente el subsuelo, el vuelo y el del suelo, se desvincularían completamente no guardando relación, ni siquiera física, los unos con los otros. Invoca las reformas operadas en la LH y en el TR de la Ley de Catastro inmobiliario de 24 junio 2015, la cual alude a una descripción bidimensional de los bienes inmuebles (georreferenciación) y no incluye datos sobre el alcance tridimensional del objeto de la propiedad inmobiliaria. Insiste en que quizá sea conveniente por el momento respetar la virtualidad y significación del principio de accesión inmobiliaria y que siga siendo el solar la clave del sistema para lo que es pertinente mantener la temporalidad del derecho de superficie (30).

Como colofón de este resumen de la ponencia de la Profª. María Teresa Alonso Pérez me parece adecuado reproducir sus conclusiones (31):

(30) "Es importante que el suelo, el solar, delimitado en metros cuadrados mantenga al menos su función delimitadora de la sede física del objeto de la propiedad inmobiliaria; ello permite una atribución segura y cierta de las titulares de la propiedad inmobiliaria, lo que contribuye a incrementar la seguridad jurídica, clave para el correcto funcionamiento del mercado inmobiliario" (op. últim. cit. p. 395).

(31) Op. últim. cit. p. 395 s.

"El panorama de las vías jurídicas de acceso a la vivienda está en un proceso de cambio motivado fundamentalmente por los problemas que ha generado en una época de crisis la adquisición de su propiedad mediante compraventa y su financiación mediante préstamos garantizados con hipoteca sobre la misma. Esta situación de cambio puede hacer especialmente atractivo el derecho de superficie porque su regulación permite cubrir la necesidad de vivienda con las características que hemos expuesto. Este derecho real se ha mostrado muy versátil, ya que, así como sirve para fomentar la construcción –al poder llevar aparejado un derecho/deber de construir–, el hecho de que pueda constituirse sobre fincas ya edificadas permite su utilización para fomentar el acceso a la propiedad de la vivienda en relación a edificaciones ya existentes, lo que puede resultar de gran interés en un momento en que hay un excedente de viviendas en el mercado. (...) El principal inconveniente que plantea el derecho de superficie como vía de acceso a la vivienda (...) no es otro que el de su temporalidad. A nuestro juicio y por las razones expuestas de seguridad jurídica en la atribución de titularidades, no sería aconsejable alterar su regulación para dar cabida a la perpetuidad. Ahora bien, esto no debe llegar a negar la virtualidad del derecho de superficie como vía de acceso a la vivienda pues entiendo que puede ofrecer algunas ventajas que pueden interesar a cierto sector de ciudadanos tanto si se constituye por particulares, como se otorga por las Administraciones públicas. Es más, puede resultar especialmente atractivo en el momento actual. Lo importante para que sea un mecanismo eficaz es una regulación adecuada de los plazos de duración y de los efectos que su extinción conlleva, debiendo tenerse bien presente que la regulación jurídica en Derecho estatal está trazada para que el superficiario, en el momento de la extinción de la relación no adquiera la propiedad ordinaria de la vivienda; en esta línea debe tenerse en cuenta la posibilidad existente en Derecho catalán de que el superficiario –como efecto del propio derecho de superficie– adquiera la vivienda en propiedad ordinaria; en Derecho navarro y estatal pueden establecerse mecanismos complementarios al derecho de superficie que permitan al superficiario adquirir la propiedad ordinaria y, por tanto, perpetua de la vivienda, como es la opción de compra del suelo, o cuota del mismo sobre el que se asienta el edificio en propiedad superficiaria. En cuanto a la duración del derecho de superficie quizá fuera más operativo acortarlos para que el mercado lo asimilara más como alternativa al arrendamiento que a la adquisición de la propiedad".

## 12. OTRAS SOLUCIONES HABITACIONALES

El volumen recensionado se cierra con dos ponencias que se alejan del modelo que ha inspirado las precedentes y que agrupo genéricamente mostrando que sus autores se basan en fórmulas, en cierto modo atípicas que, o bien no encajan en textos codicialmente consagrados o se trata de innovaciones legislativas que apenas han tenido ocasión de llegar a los tribunales. Con todo, unas y otras podrían incorporarse en fecha no lejana a la realidad jurídico-social española, pudiendo confirmar la superación de cierto estricto dogmatismo (decidida superación de una cierta visión exclusiva jusprivatista), y, por otro, la decidida irrupción del sociologismo jurídico en el tratamiento tema central aquí debatido.

### A) VIELA CASTRANADO: "*COHOUSING*: ¿UTOPÍA O UNA POSIBLE SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS HABITACIONALES EN NUESTRO PAÍS"

El Notario Sr. Viela Castranado es autor de la ponencia gráficamente denominada *cohousing,* notable por sus especiales fuentes de información, bibliografía y documentación, básicamente radicadas en la *web* (con consultas que alcanzan incluso a 2018), y también con actual bibliografía escrita anglosajona.

Advierte que aunque las primeras referencias a una organización similar al *cohousing* se remontan a los años veinte del siglo pasado en Nueva York, donde se documentan cooperativas de apartamentos con servicios y actuaciones de interacción social, el origen generalmente admitido de este sistema de organización se remonta a los años sesenta en Dinamarca. En 1964 hubo un primer intento no logrado del arquitecto Sr. Gudman-Hoyer, con un grupo de amigos, de construir una comunidad de servicios, cerca de Copenhague. El tema se discutió ampliamente en la opinión pública, y a finales de 1973 se constituyeron comunidades de *cohousing* en varias localidades danesas, incluso una de alquiler en 1976. Dice el ponente que estas primeras comunidades tenían escasos servicios, y resultaban caras y de difícil acceso. En 1981 se aprobó en Dinamarca la Ley de Asociación Cooperativa que facilitó su establecimiento. Hoy en día representan el 1% y son privadas. Estas comunidades se documentan también en Suecia y Holanda, durante los años setenta. Hoy, en aquélla, son de iniciativa estatal, destacando la de Stoplyckan, con más de 400 personas viviendo en 13 edificios. También lo público prima en Holanda, aunque de tamaño reducido (alrededor de 5 o 10 viviendas). En los años 80 se extienden al Reino Unido, predominan-

do mayores de 50 años, a veces sólo de mujeres. Está apareciendo últimamente en Canadá, Australia, Francia e Italia. En los 90 se constituyeron en California y en el estado de Washington.

Con este bagaje informativo el ponente aborda una minuciosa problemática sobre la que acostumbra a pronunciarse. Los caracteres y notas diferenciales con otras figuras jurídicas de nuestro ordenamiento; así la coexistencia entre espacios habitacionales de uso y propiedad privada y diversos equipamientos comunitarios. El *cohousing es siempre un sistema autogestionado por los propios residentes. Ausencia de estructura jerárquica y, en su lugar, de dirección y gestión asamblearia. Proceso participativo por los residentes en todo el desarrollo de la comunidad.*

Perspectiva que completa con las notas diferenciales jurídicas con la propiedad horizontal, la cooperativa, el arrendamiento, y las instituciones catalanas de la propiedad temporal y la propiedad compartida.

Dada la importancia del factor subjetivo o personal el autor explica que si bien las primeras comunidades estaban basadas únicamente en lazos de amistad, hoy en día requieren, más bien, una necesidad común (así las personas de la Tercera Edad, familias monoparentales, personas con discapacidad física, familias jóvenes urbanas que inicien una nueva vida en el ámbito rural).

Bajo la perspectiva concreta de nuestro país el autor ha aislado, como importantes, los siguientes problemas, cuya solución sugiere: duración del *cohousing,* la posible conflictividad en las decisiones cotidianas, su elevado costo de mantenimiento, y la delimitación de las tareas de sus miembros.

A juicio del ponente, la comunidad de *cohousing* que más se ajusta nuestro ordenamiento jurídico actual sería la siguiente (32):

— Una comunidad de titularidad pública, en la que la correspondiente Administración financie la adquisición del terreno y la construcción de las viviendas.

— Las condiciones de acceso a la propiedad estarán controladas por la Administración, conforme a los procedimientos usados para la legislación de viviendas de protección oficial.

— El miembro de la comunidad disfrutará del uso de la vivienda y de los servicios comunes propios del sistema, siendo prestados por la Administración los que requieran cualificación especial y por

(32) *Cohousing*: *¿Utopía etc*...?, cit. p. 447 s.

los integrantes de la comunidad las tareas que estén dentro de sus posibilidades.

— Cuando el miembro de la comunidad deje de serlo, por la razón que sea, el uso regresará a la Administración que lo asignará otro beneficiario que cumpla las condiciones.

— La propia Administración determinará el sistema de obligaciones y posibles sanciones por incumplimiento de cualesquiera obligaciones, incluida la pérdida de la condición de beneficiario.

— Las decisiones del funcionamiento de la comunidad se tomarán por sus miembros por unanimidad, pero en caso de falta de acuerdo, decidirá la propia administración por el órgano que corresponda.

— La comunidad de *cohousing* se constituirá como comunidad de propietarios sometidos a la Ley de Propiedad Horizontal perfilándose en los Estatutos un régimen propio en cuanto a los servicios/tareas comunes.

Desde el punto de vista físico, serán comunidades pequeñas, de no más de veinte miembros, con viviendas reducidas, cumpliendo los estándares de ahorro y eficiencia energéticos, y preeminencia de elementos comunes situados en espacios abiertos.

Concluye con propuestas muy concretas relativas a la Comunidad de Aragón (33).

### B) GEMMA CABALLÉ FABRA: "LAS TENENCIAS INTERMEDIAS: LA PROPIEDAD COMPARTIDA (PC) Y LA PROPIEDAD TEMPORAL (PT)"

Diversa de la anteriormente extractada es la naturaleza de la no menos interesante ponencia presentada por la indicada Investigadora predoctoral de la Univ. Rovira y Virgili. Se trata de figuras jurídicas vigentes plenamente en el Derecho civil catalán, la primera de las cuales (PC) ha pasado incluso el control del TC (s. núm. 191, de 11 agosto 2017). Se da por supuesto que el Derecho civil catalán sigue el viejo principio del *numerus apertus* sobre los derechos reales, y a través de la Ley 19/2015, de 29 julio, incorporó las nuevas figuras a los arts. 556-1 a 556-12 Cc cat (propiedad compartida) y a los arts. 547-1 a 547-10 (propiedad temporal).

Expone la autora que ambas figuras legales provienen doctrinalmente de las Tesis Doctorales de NAVARRO AZNAR (34) y de SIMÓN

(33) Loc. últim. cit. p. 448 s.

(34) *La garantía de los valores hipotecarios,* Marcial Pons, Madrid, 2003.

MORENO (35), trabajos reiteradamente citados aquí, especialmente la primera dado que su autor fue su efectivo introductor. En el Derecho comparado apenas si hay precedentes, mencionándose en Inglaterra la figura del *leasehold* (del que se ha extraído la PT) que permite también acceder a la propiedad de un inmueble por unos años determinados (incluso hasta 999 años), y la *shared ownership* (de la que se parte para la PC).

La regulación catalana de ambas figuras deja amplio margen a la autonomía. Pero hay características de la PC que no admiten pacto en contrario (36), encontrándose su contenido en el art. 556 del Cc cat. que la define con exactitud: "Confiere a uno de los dos titulares, llamado propietario material, una cuota del dominio, la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, llamado propietario formal" (37), siendo su contenido el siguiente:

— Derecho exclusivo del propietario material al uso y disfrute del bien mueble o inmueble con el límite, salvo que se haya pactado otra cosa, de no comprometer su subsistencia (art. 556.6.1.a). Si resulta que la PC recae sobre un bien organizado en régimen de propiedad horizontal, el propietario material tiene todos los derechos y deberes derivados de este régimen (art. 556.6.3).

— Distribución desigual de gastos entre el propietario formal y el propietario material, dado que es el propietario material quien tiene el uso y disfrute del bien. Los gastos ordinarios son a cargo del propietario material, mientras que los extraordinarios y de ejecución de obras de instalaciones deben repartirse entre ambos propietarios de acuerdo con su respectiva cuota de propiedad. Pero hay libertad de pacto sobre los gastos.

— El propietario formal tiene el derecho a mantener el bien en buen estado, pues esto afecta al valor de su cuota. Por eso, salvo pacto, tiene el derecho de exigir al propietario material que se haga

(35) *El proceso de armonización de los derechos reales en España*, Tirant lo Blanc, Valencia 2013.

(36) Op. últim. cit. p. 472.

(37) Op. últim. cit. p. 469. Observa la autora que la principal diferencia entre la PC con la propiedad absoluta sobre una vivienda es que, en la PC, al inicio no se adquiere el 100% de la propiedad, sino únicamente una parte, pero el adquirente tiene el uso y disfrute de todo el bien el primer día como si se tratase de un propietario absoluto y progresivamente puede ir adquiriendo más cuotas de propiedad. Esto se traduce en que la PC permite reducir el importe financiado, evitando así el sobreendeudamiento que precisamente ha conducido a las familias a los desahucios.

cargo de las obras de reparación o conservación si el bien se deteriora un 20% o más o se compromete su subsistencia.

— Libre disposición de las partes de su cuota, de manera que cada uno de ellos puede disponer *inter vivos* y *mortis causa*, y gravar su cuota (art. 556.1. b y art. 556.8.a). En caso de enajenación a título oneroso de una de las cuotas de propiedad, el art. 556-10 confiere el derecho de tanteo y retracto a la otra parte. Se le puede excluir en el título de constitución o de forma sobrevenida por novación modificativa. En caso de ejercerlo ello supone la extinción de la PC ya que el propietario que lo ejerce se convierte en el propietario absoluto del bien (art. 556-11).

La PC puede constituirse mediante negocio jurídico entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte. El título constitutivo debe contener obligatoriamente los siguientes requisitos: i) La cuota inicial adquirida; ii) El derecho de adquisición gradual de las restantes cuotas y los requisitos y condiciones de su ejercicio (en defecto de pacto no pueden ser inferiores al 10% del total de la propiedad; iii) La contraprestación dineraria, si existe, para el ejercicio exclusivo de las facultades dominicales atribuidas sobre el bien, su actualización y los criterios para su determinación a medida que se ejerza el derecho de adquisición gradual de la propiedad.

En relación con la doctrina establecida en la STC de 6 julio 2017, la autora extrae la siguiente:

— La PT es una fórmula de dominio dividido.

— Cataluña es competente para regular la PT.

— La PT facilita el derecho a acceder a una vivienda (art. 47 CE).

A juicio de la autora los principales motivos que avalan la constitucionalidad de la PT son porque supone un desarrollo del derecho civil propio de Cataluña que ya existía en el momento de aprobarse la Constitución, como es la enfiteusis, adaptada al nuevo contexto socioeconómico y facilita el derecho a acceder a una vivienda, contemplado en el art. 47 CE(38).

En la PT también intervienen dos partes, pero a diferencia de la PC, no coexisten sino que lo hacen sucesivamente ya que la titularidad del bien se transmite por un tiempo determinado. El art. 547.1 define aquella como la que confiere a su titular (el propietario temporal propiamente dicho) el dominio de un bien durante un plazo

(38) Op. últim. cit. p. 468.

cierto y determinado, vencido el cual, el dominio hace tránsito al titular sucesivo que puede ser o no titular inicial, es decir, el vendedor. Igual que la PC puede recaer sobre inmuebles o muebles duraderos no fungibles que puedan inscribirse en un registro público.

Son características esenciales: i) La existencia de plazo que es el requisito esencial diferenciador de la propiedad ordinaria o absoluta. Conforme al art. 547-4.3, la duración debe ser entre 10 y 99 años, para inmuebles, o entre 1 y 99 años, en bienes muebles; ii) Al transmitir la PT, debe realizarse un inventario de los bienes que la integran (art. 547-4.4); iii) El propietario temporal responde ante el sucesivo de los daños ocasionados al bien por culpa o dolo y las mejoras y accesiones introducidas en el bien que subsisten y los frutos pendientes en el momento de la extinción, en defecto de pacto, pertenecen al titular sucesivo (art. 547-10).

Los derechos y obligaciones de las partes son los siguientes: i) Libre disposición de la propiedad por parte del propietario temporal; durante la vigencia de la PT, el propietario puede usar, disfrutar, enajenar y gravar el bien sin consentimiento por parte del sucesivo, pero sí debe notificárselo. Al enajenar el bien, también puede venderlo temporalmente, de acuerdo con el régimen de la PT creando una "sub-propiedad temporal" (art. 547-6.4). En este caso, como régimen voluntario, se puede pactar un derecho de adquisición preferente del titular sucesivo. ii) El propietario sucesivo no es el propietario del bien durante la vigencia de la PT y por este motivo no contribuye a los gastos o al mantenimiento del bien durante ese tiempo. El titular sucesivo también tiene derecho a disponer *inter vivos* y *mortis causa* y gravar su derecho a suceder en la titularidad del bien (art. 547-7.1). iii) El titular sucesivo tiene derecho a recuperar el bien de forma gratuita una vez que expire el plazo de la PT, a no ser que la titularidad sucesiva recaiga en otra persona. También puede reclamar al propietario temporal que realice las reparaciones y reconstrucciones necesarias si el valor del bien se reduce en más del 50% por culpa o dolo (art. 547-7.3). Claras diferencias con el arrendamiento y el usufructo.

La autora concluye (39) que las tenencias intermedias no pretenden sustituir la clásica propiedad absoluta ni el alquiler, sino ampliar las opciones de tenencias, de tal manera que esté disponible una tenencia acorde a cada situación económica y personal de los necesitados de vivienda superando la dicotomía propiedad-alquiler. Pero reconoce que persiste una falta de conocimiento de las mismas

(39) Op.últim. cit. p. 480 ss.

entre los operadores inmobiliarios, y sugiere que no sólo sea promovidas a través de la Administración pública, sino también por parte de las entidades financieras e intermediarios del mercado privado. También propugna que se extienda al resto del ordenamiento español que no lo regula (40).

## 13. A MODO DE CONCLUSIONES

A lo largo de esta amplia dación de cuenta de la obra recensionada he tenido ocasión de destacar las múltiples y variadas aportaciones de las ponencias en ella contenidas. Los autores suelen situarse en una perspectiva global del grave problema de la vivienda cuya consideración como derecho constitucional parece va difundiéndose en la doctrina española y europea. Superación de la tradicional solución (propiedad o alquiler) que hasta entonces quedaba confinada dentro de las coordenadas jusprivatistas, al encargarse aquí notables ponencias a administrativistas, procesalistas, mercantilistas, etc. Pluralidad de los observatorios que permiten trascender de lo jurídico, utilizando modelos que lo mismo proceden de los derechos civiles especiales que de los países del *common law* o escandinavos. Evidentemente, el volumen puede interesar tanto a los juristas e investigadores en general (economistas, sociólogos), como a los operadores del derecho.

En particular, entre los privatistas se observa la adopción de un esquema básico de las ponencias (precedentes históricos, derecho comparado, influencia de los recientes acontecimientos económicos-sociales en la nueva regulación de la figura, funcionamiento práctico de la misma y opinión personal sobre ésta). Creo que, con las debidas matizaciones, la actitud conclusiva de los ponentes es generalmente de crítica generalizada. Cuando se trata de figuras importadas el valor de la correspondiente ponencia radica en su dimensión informativa y su posible recepción por nuestro ordenamiento.

Queda por destacar la circunstancia, poco frecuente, de haberse publicado las ponencias de un Congreso con antelación a su celebración (41), lo que acredita la eficacia de la gestión de la Directora

(40) Puede verse: NASARRE AZNAR (dir.) *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015),* Tirant lo Blanc, Valencia 2017.

(41) El Congreso dirigido por las Profesoras Mª Teresa ALONSO PÉREZ y Esther HERNÁNDEZ SÁINZ, tuvo lugar en el Aula Magna del Paraninfo de la Univ. de Zaragoza, durante los días 11 y 12 de junio de 2018. Tuve la satisfacción de presentar en el mismo a la Dra Marine Toullier, Maitre de Conférences

en terrenos no siempre conocidos ni fáciles, que exceden de lo exclusivamente científico.

Personalmente sugeriría a la responsable de la publicación la conveniencia de refundir la amplia y eficiente bibliografía citada, reproducida normalmente al final de cada ponencia, en una única lista, debidamente ordenada y clasificada por materias. Se hubieran evitado repeticiones inevitables permitiendo al lector adquirir más rápidamente una visión muy completa del problema.

---

de l'Université de Rouen, que disertó sobre "El derecho a la vivienda como derecho humano. Perspectiva francesa y de la jurisprudencia europea".

# EN TORNO A LAS ACTAS DE PRESENCIA

**Antonio Linage Conde**
Notario

*A la memoria de don Pablo Jordán de Urríes, presidente de aquel tribunal en Albacete, dedico este otro ejercicio, crepuscular...*

## LEGISLACIÓN, PRÁCTICA Y DOCTRINA

En la *Gaceta del Notariado* del día 25 de enero de 1903, el notario VICENTE TEZANOS ORTIZ, nos confiaba unas ocurrencias curiosas que le surgieron reflexionando sobre las actas notariales(1). Se imaginó, además de a un viajero que se siente enfermo y quiere testar, a otros viajeros deseosos de hacer constar ciertas circunstancias del viaje, con miras a una posible reclamación a la compañía

(1) Cuatro años antes, el 19 de enero de 1899, arreciando la polémica entre los notarios reformistas y los quietistas, había iniciado una serie de artículos sobre incompatibilidades y otras materias, firmados en Cantalejo por "un notario rural que no llega a autorizar cien números" –enseguida se trasladó a Cisterna, donde parece estaba cuando firmo el texto que comentamos, aunque no indica lugar–; más tarde estuvo en Cabra y continuó esa actividad periodística a lo largo de todo el primer tercio del siglo. Había empezado abogando por ciertas modificaciones arancelarias evidentemente justas, y por la devolución al notariado de competencias que se le habían sustraído. Juzgaba incompatible el cargo con el de secretario del juzgado municipal, y siempre proponía más libertad de ejercicio, teniendo en cuenta que el notario desempeñaba un cargo público, comisionado por la confianza de la sociedad, para la garantía de los negocios privados. Debía desaparecer "ese espíritu estrecho y su ambiente, con libertad absoluta en todo lo que no cercene o amengüe la libertad profesional y sus principios". Veía un ejemplo en "el notariado francés, que no cede a ningún otro". Me recuerda esta opinión la estima que le oí al maestro Núñez Lagos, de ciertos aspectos del mismo, pese a la supervivencia de la venalidad –"las ventajas de la monarquía", fue su frase–. Como un remedio contra la usura, Tezanos propuso la obligatoriedad del documento público en los préstamos, y la negativa del notario a autorizarlos si tenía alguna sospecha de cláusula usuraria encubierta. Llegó a publicar un contraproyecto de reglamento notarial.

que los transportaba. Entre los pasajeros había un notario, supuesto nada raro "hoy que se viaja con frecuencia". Ante esa situación, el articulista se preguntaba: "¿Por qué no legitimar la investidura de la función a ese notario ocasionalmente presente (2)?". Proponía pues "una mayor extensión y amplitud de la fe notarial por razón del territorio, una mayor eficacia de la misma en cuanto al espacio". Argumentaba que "las leyes no pueden ser casuísticas hasta la nimiedad, pero dentro de lo racional deben ser prácticas. Dentro de la imperfección de las cosas humanas, deben aproximarse a la perfección". Aludiendo al derecho español vigente en materia de actas, creía que de esa manera "desaparecería este caos legal que, en vez de estar basado en la doctrina de lo que podemos llamar armonismo jurídico, está cimentado sobre heterogéneos elementos y contradictorios principios".

Sin embargo, la cuestión que en esos casos quedaba sobre el tapete, iba mucho más allá de la anhelada perfección legislativa en la materia. Pues se trataba ni más ni menos que de la naturaleza de la función notarial investigada hasta su origen, de la misma razón de ser y justificación de la existencia del notariado, un tema entonces muy de actualidad, ante la desaparición que pudo afectarle de las estructuras e instituciones del antiguo régimen, aunque ya se había consolidado la conversión de la burguesía revolucionaria en burguesía conservadora.

Esos ejemplos, localizados imaginativamente en los caminos de hierro, fueron la ocurrencia del notario firmante, pero no nos dan la impresión de una elaboración profesional alambicada, sino más bien la traducción *de lege ferenda* de unos anhelos del hombre de la calle, y creo no incurrir en suficiencia si me siento seguro de que a algún profano se le habrían y habrán venido a las mientes en esas o parecidas circunstancias.

Con lo cual se nos suscita ese problema, el primero, el nacimiento mismo de nuestra institución que, en cuanto al notariado latino, sin duda fue el refrendo legal de una exigencia social, que venía tendiendo a él en una sucesión consuetudinaria de siglos, a lo largo de toda la Alta Edad Media ahora visible en la materia de la asignatura de Diplomática. Era la búsqueda de una garantía y permanencia de

(2) Una relación mediata con esa cuestión ferroviaria, puede atisbarse en el libro coetáneo del notarialista de Dalmacia, muy conocido entonces en España, WLADIMIRO PAPPAFAVA, hijo de notario y abogado en Zara, *Sobre las limitaciones en el espacio del círculo de acción del notario, o sea sobre la tierra firme, el agua y el espacio aéreo.*

los negocios jurídicos documentados, sí, de la escritura autenticada.

Pero volvamos a esos ejemplos discurridos por el notario de Cantalejo, y ¿negaremos que de una manera al menos tan acuciante, en esas mentalidades igualmente precursoras, no estaban también las actas de los hechos, y no sólo las escrituras de los negocios jurídicos?. Así las cosas, ¿nos atreveremos a discutir la prioridad entre las unas y las otras en el acervo de las representaciones colectivas? La pregunta no puede ser inicial, y casi siempre resultaría de contestación imposible.

Lo cierto es que en la realidad jurídica, ni contó ni podía contar la omisión de la palabra denominadora de las actas en la Ley Orgánica de 28 de mayo de 1862. Bastaba con la mención que hacía, después investir al notario de la potestad de dar fe en las escrituras, de "los demás actos extrajudiciales (3)". ¿Que entre esos actos están los que se refieren al mundo físico, material –"los hechos que el notario presencia"–, mientras que los otros pertenecen a la conducta humana? Pero, al menos por la necesidad de la rogación de la parte al notario en demanda de su intervención (4), la cobertura de esos hechos por su fe era también objeto de una humanización, en el tránsito del uno al otro acervo, y ante una tradición tan avasalladora como tenían las actas, la mera tentativa de ponerlas fin habría requerido una prohibición expresa, la cual desde luego resultaba imposible por la fuerza misma de las cosas. El desenlace fue el contrario, la mayor variedad de actas y su mayor presencia en el protocolo, incluso en su irradiación social y la demanda del público.

"En nuestro Derecho, la función extrajudicial no se agota en los contratos y testamentos, sino que comprende también hechos, lo que se ve en la legislación de todos los tiempos", escribió Alfredo García-Bernardo Landeta (5). Así en el Fuero Real, "las cosas que son puestas entre los hombres, que no vengan en duda y no nazcan contiendas y desacuerdo"; las Partidas, "todas las otras cosas que

(3) Para valorar, con vistas a concretarlas, estas expresiones generales en el ámbito notarial, hay que tener en cuenta que la función del fedante es abierta, de servicio público, incompatible con una reducción basada en cualquier interpretación restrictiva; así, por ejemplo, un epígrafe del *Doctrinale florum artis notariae,* de Stephanus Marcilleto, que dice *possunt et debent notarii edere publica instrumenta ex suis rogationibus et quedam alia.*

(4) Acuñado en el "buen ruego" de la advocación mariana patrocinadora.

(5) *Las actas y los reglamentos notariales. Sus problemas deontológicos y reglamentarios,* "Revista de Derecho Notarial=RDN" 79 (1973) 261-348.

pertenecen a este oficio", y la Nueva Recopilación, "algún otro auto judicial y extrajudicial (6)".

Sin embargo, esa ignorancia visible negativamente en las fuentes legales, no era una novedad de la España contemporánea, ya que se había dado también en la Edad Moderna. En 1503, la Pragmática de Alcalá no mencionó esos documentos, entonces ajenos al protocolo.

La "aparición y desenvolvimiento de esa clase de instrumentos públicos fue impulsada antes por la práctica notarial que por el documento escrito", escribió MIGUEL FERNÁNDEZ CASADO (7). Pero cuando aún no había cumplido un año la ley notarial, rompió el silencio su Reglamento de 30 de diciembre, en términos tan lacónicos como amplios: "levantando de todo las oportunas actas" . En esos meses de intervalo, ¿hubo notarios que dejaron de hacerlas?. No lo creemos (8). Pero volveremos sobre ello.

Quedaba por resolver expresamente el problema del protocolo. ¿Qué destino tendrían en la notaría esos documentos no contractuales? Del protocolo los excluía una interpretación literalista de la nueva ordenación, aunque dejando la puerta abierta a su encuadernación aparte, cuando tenían volumen bastante (9). Para salir al paso de que su dignificación protocolaria alcanzara también a las legitimaciones y legalizaciones, que habría sido enojosa y absurda,

(6) JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN, *Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna.* "Centenario del Notariado=CN" (1962) 1ª (="Estudios históricos") 1. La fe judicial estaba también entonces a cargo de los escribanos.

(7) *Tratado de Notaría* (Madrid, 1895).Nos permitimos citar nuestro artículo *Aranceles notariales en Sepúlveda en la segunda mitad del Setecientos* (Trigésimo-séptimo Congreso de la Asociación Española de Cronistas Oficiales; Orihuela, 2012, 243-261). Menciona los apeos o deslindes, pero hay que tener sobre todo en cuenta la partida genérica "por cualquier testimonio signado que diere". Comprende también los documentos judiciales, cuyo examen podría ser fructífero a estos efectos, aunque ya nos quede lejos y sólo comparativamente pueda interesarnos.

(8) Lamentablemente no llegó a publicarse el anunciado trabajo de Martínez Sarrión para el centenario de 1962, *Actas notariales en la Montaña de Santander contemporáneas a la Ley del Notariado.*

(9) Lo que implicaba el afortunado abandono de la duplicidad o triplicidad del documento, un sistema en que dos o las tres versiones eran incompletas, entregándose la matriz al interesado, lo que antes tenía lugar para las escrituras también, aunque en la última etapa antecedente a la Ley de 1862 el protocolo seguía formándose con sus copias, pero literales.

se instauró para todas las actas un libro especial, salvo para los protestos que sí debían conservarse en el protocolo ordinario (10).

Mas se impuso la práctica notarial, las actas acabaron pasando al protocolo de las escrituras, y de esa manera se perpetuaba su contenido y había la posibilidad de expedir futuras copias de las mismas, satisfaciendo de esa manera la petición elevada al Gobierno por el Colegio de Madrid, sólo tres días después de la promulgación de aquel Reglamento (11). Así las cosas, el Decreto de la República (12), de 17 de abril de 1873, acorde a esa exposición petitoria corporativa, no hizo sino poner de acuerdo la realidad con la ley (13).

---

(10) En los tempranos *Comentarios a la Ley del Notariado y su Reglamento* (Málaga, 1965), JUAN-EUGENIO RUIZ GÓMEZ, incluye (p.355) el modelo de pie de copia para las actas, refiriéndose al "libro especial respectivo que en la actualidad se forma por mi notaría"· Además, y ello es significativo de la confusión suscitada legislativamente en ese período de transición entre las actas y los documentos por su naturaleza no protocolables, incluye las fórmulas de unas actas, a las que así llama, que son testimonios, a saber, "de expedición de un testimonio de escrito y de expedición de un testimonio de hechos", e incluso la "de haber autorizado una legalización", o sea la materia del futuro libro indicador (pp.354-355). De Ruiz Gómez interesa también a estos efectos el libro titulado *Últimas leyes, decretos y órdenes sobre Notariado o sea las que desde 1 de enero de 1866 hasta 31 de diciembre de 1874 se han dictado* (Madrid, 1874).

(11) García-Bernardo define las actas como "documentos principales del protocolo –distintas por eso de las notas y las diligencias– o sea que tienen individualidad propia, y son originales –no cual los testimonios, legitimaciones y legalizaciones–". Algo irreprochable desde el punto de vista práctico.

(12) Presidida por un hijo de notario, Estanislao Figueras.

(13) Excluyendo del protocolo, además de las legitimaciones y legalizaciones, los testimonios por exhibición, las traducciones, las certificaciones de vigencia de leyes, y las de existencia o fes de vida si el interesado no optaba por la escritura. El Reglamento de 1874 creó el libro indicador para todos esos instrumentos y mandó que las actas fueran firmadas por los requirentes. Por otra parte, en el intervalo entre 1862 y 1873, no dejaba de haber algún fundamento legal para esa apertura del protocolo a una parte del ámbito extracontractual. Por la fuerza misma de las cosas hubo de tenerse en cuenta la diferencia de contenido entre las actas y los documentos del futuro libro indicador, la que iba de la autenticación de realidades en otro caso irremediablemente volanderas y de su constancia exigible para un futuro indefinido, a la mera referencia del nuevo documento a otro anterior –legitimaciones y legalizaciones, textos traducidos o declaraciones del fedatario sobre su valor jurídico– o a la viviente entidad personal del requirente, en todos esos casos con posibilidades de reproducirse o remitirse a otras pruebas. La inclusión de todos esos otros documentos en una noción amplia de las actas, que hizo ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU (*Instituciones de Derecho Notarial;* Madrid, 1954) II, 215-218), nos parece infundamentada,

El Reglamento Casanueva de 1935 continuó el sistema, prosiguiéndole el de 1944, que además calificaba de instrumentos públicos todos los autorizados por notario(14). Con ello, estaba el terreno tan bien arado que José María Sanahuja Soler pudo limitarse a sentar que en la función notarial estaba comprendida la autenticación de hechos(15), y Pedro Ávila Álvarez que no había razón alguna para limitarla a la esfera negocial, un axioma que casi rozaba una justificada reducción al absurdo de la postura contraria(16). Ramón Novoa Seoane definió el acta como "el documento público autorizado por notario, en el que a requerimiento de parte, *con capacidad intelectual suficiente,* se hace constar un hecho que presencie o le conste, que no pueda ser objeto de contrato y cuyo recuerdo conviene conservar en forma auténtica(17)"; para Alberto de Velasco, son "actos o hechos" o "instrumentos en que se signan los actos o hechos a los que se requiere revestir de solemnidad, notoriedad, fijeza y eficacia(18)"; Rafael Azpitarte y Sánchez, "documentos protocolables, sujetos a los requisitos externos de las escrituras, que autoriza el

sólo explicable por al afán de atenerse a la literalidad de la ley de 1862, considerando una necesidad la protocolización de las actas, pero tropezando entonces con la imposibilidad de encajar todos esas otras actuaciones notariales en el ámbito de las actas mismas en sus diversas categorías, o sea en el único sentido admisible, que más que restringido debemos llamar propio, de las actas sin más. En un estudio de conjunto del derecho positivo de los instrumentos públicos valdría la pena ocuparse seriamente de cada caso, a pesar de su carencia de inmediatas consecuencias prácticas.

(14) Con lo cual habría estado de acuerdo Benito Gutiérrez, que definió el instrumento público como el "documento o escrito en que se justifica o prueba alguna cosa" (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español* (Madrid, 1869). José Gonzalo de las Casas, después de 1862 habría rectificado su noción: "ya en las actuaciones civiles y criminales ya en la parte contractual y escrituraria" (*Diccionario general del Notariado de España* (Madrid, 1852). En lo sucesivo citaremos a este escritor solamente por su primer apellido, Gonzalo, como hemos hecho en el título, aunque hemos de advertir que no se hace así, estimándole erróneamente segundo nombre.

(15) *Tratado de Derecho Notarial* (Barcelona, 1945). No olvidemos que acta viene del verbo latino *ago,* como *factum* de *facio* .Por eso en Francia, al expresar acertadamente la unidad de todos los instrumentos públicos, rechazando la separación genérica, y no meramente especifica, entre actas y escrituras, incurren en una falta de precisión al no distinguir entre la especie, "acta", y el género, "acto"=documento público notarial, instrumento.

(16) *Derecho Notarial* (7ª ed. compendiada, 1976).

(17) *El progreso del instrumento público. Compendio de ciencia y arte de Notaría* (2ª ed; Madrid, 1910) núm.212, p.239.

(18) *Derecho notarial con algunos formularios* (Madrid, Reus; 1941) 411-313.

notario, por lo común a instancia de parte, para hacer constar hechos que presencia y circunstancias que observa y no constituyen declaraciones de voluntad (19)"; JUAN-EUGENIO RUIZ GÓMEZ, "el escrito en que el notario, después de presenciar, a solicitud de una o más personas, uno o más hechos de los que no se consignan en escritura, los refiere circunstanciadamente, asegurando haber ocurrido ante él; y en que algunas veces inserta o extracta además escritos o documentos que los interesados le presentan con este fin; redactándole y autorizándosele de la manera y con los requisitos prevenidos por su legislación orgánica (20)".

A Gonzalo, en la primera etapa de la vigencia de la Ley Orgánica, le había bastado remitirse al buen sentido para hacer ver la necesidad de las actas, pues "hay en la vida social infinitos casos en que es preciso acudir al ministerio notarial para consignar la certeza de hechos determinados y circunstancias que, no quedando acreditadas de ese modo indudable, podrían producir perjuicios y dejar de ser eficaces (21)". Muchos años después, al ocuparse de las actas, JULIÁN OTERO Y VALENTÍ empezó recurriendo a los principios generales de la institución, a ese "sentir jurídico social del Notariado que es una revelación de nuestra civilización, con un caudal riquísimo de bondad y de eficacia (22).

Comentando la diferencia entre los reglamentos de 1921 y 1944, Giménez Arnau escribió que en el último quedaron dirimidas las discordias entre dos tendencias opuestas en el ejercicio profesional, a saber la difusión del acta mediante la simplificación en ella de las

(19) *Estudios de Derecho Notarial* (Madrid, Reus; s.a.).

(20) *La Notaría según la legislación y la ciencia. Tratado completo de la misma facultad-cargo* (Madrid, 1879; II, 116-117). Justifica su extensión definitoria, "en las definiciones preferimos la exactitud y claridad a la brevedad que deja oculta alguna de las circunstancias cuyo conocimiento es necesario".

(21) *Tratado general histórico legal, teórico y práctico de Notariado y de Instrumento Público* (Madrid, 1871). Por su parte Ruiz Gómez escribió que "el acta es, sin duda, muy importante y de grande utilidad. Muchas veces los particulares necesitan o les conviene consignar en un documento fideligno la exacta relación de algunos hechos propios o de otras personas que no pueden serlo en escritura, y dejar en él asegurada la justificación de la verdad de su existencia y la de sus circunstancias, para que no queden ignorados o no se nieguen, o no se les desfigure luego, sino que siempre consten tales como sucedan, y poder probarlos en cualquier tiempo o seguidamente, y así afirmar derechos, precaver responsabilidades o injustas reclamaciones, evitar daños, poner demandas, conseguir su buen éxito o alcanzar otros útiles fines".

(22) *Sistema de la función notarial* (Igualada, 1933).

exigencias legitimadoras de la función notarial, y la contraria. Se optó por la primera. Aunque sólo se pusieron sobre el tapete algunos requisitos formales, no la cuestión de fondo de que diremos luego. Concretamente, dejó de hacerse precisa la intervención del requirente en la diligencia.

Se había suscitado a propósito de ella la cuestión de si el notario podía certificar por si solo una carta que le había entregado el rogante. Contra ello se argumentaba ateniéndose a la letra más estricta del primero de ambos reglamentos, que empleaba la expresión ir "acompañado del requirente", si bien agregando "en cuanto fuere factible". Por esos caminos se apeló al escrúpulo de que en la otra solución el notario quedaba convertido en un dependiente del requirente (23). Pero sin salirnos de ellos es de más relevancia el planteamiento de otra cuestión.

## UNA GENEROSIDAD IMPERIOSA

Nos referimos a los límites de la exigencia de que los hechos, manifestaciones o protocolización, que son objeto de las actas, tengan alguna repercusión jurídica. Lo que en principio parece de una evidencia aceptable, pues el menester del notario se mueve y justifica en el campo del Derecho (24).

Pero Antonio Rodríguez Adrados, a quien en adelante hemos de citar abundosamente (25), hizo ver con nitidez, que "el notario no

(23) La incompatibilidad de la actuación requerida con el decoro profesional es un motivo que puede surgir en materia de actas, pero no es procedente en este caso. Acudir a una estafeta donde se solicita al funcionario de correos el ejercicio de su fe administrativa –sea pública o no– para la continuación de la fe esencial del fedatario, no desdora el prestigio profesional de éste. El encargo del requirente está en la *rogatio.* En la ventanilla postal, el notario no es un dependiente suyo sino el funcionario público requerido con arreglo al ordenamiento jurídico que precisa los detalles de su actuación.

(24) Para Eloy Escobar de la Riva (*Tratado de Derecho Notarial;* Alcoy, 1957; 462-465) la cuestión podría plantearse sólo para los hechos físicos, no para los hechos humanos o actos, pues estos pueden ser jurídicos o antijurídicos, pero no ajurídicos, siéndoles imposible dejar de ser jurídicos. Es evidente la necesidad de matizar esta postura.

(25) *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas* (Jornada notarial iberoamericana; Palma de Mallorca, 1987, ponencia de España para el tema III; también en "Escritos jurídicos" =EJ III, Colegios Notariales, Madrid 1996, pp. 11-202). Se trata del estudio más completo del tema, y además el más revelador de la característica definitoria de la obra del autor, con un bagaje histórico bastante para llenar un volumen *ad hoc* en la edición completa de sus obras, pero sin perder nunca de vista su condición de notario

puede prescindir de esas otras normas, no jurídicas, que también rigen la conducta de los hombres, ni en su función de consejo ni en su función documental(26). La práctica nos presenta actas de requerimiento al cumplimiento de deberes morales(27), actas de manifestaciones que solamente contienen consejos, actas de protocolización de documentos de mero interés histórico(28), etc. Claro es que nunca puede asegurarse que no se producirá alguna consecuencia jurídica". En un ámbito más amplio, no hay que olvidar la reflexión de Azpitarte de ser "la notarial fe de vagos contornos que alcanza a reflejar, más o menos continua e intensamente, todos los actos de la vida jurídica(29)". Para Ruiz Gómez la legitimidad de la

---

en ejercicio, y su aspiración de ser una guía de sus compañeros lectores, descendiendo siempre a los detalles más insignificantes de la practica día a día. Los temas tratados en aquel simposio fueron la actividad del notario y los diversos tipos de actas, las actas y la imparcialidad y el asesoramiento del notario, el control de la legalidad en las actas y el respeto a las formas documentales, las actas y el respeto a las personas y su intimidad, las actas y la conservación y la defensa y el ejercicio de los derechos, y las actas y las relaciones internacionales.

(26) Lo que nos recuerda la necesidad de puntualizar la afirmación de Sanahuja, de la exclusividad en las actas de la función autenticadora. Manuel de la Cámara Álvarez recordó que en ellas "el poder de redacción compete única y exclusivamente al notario", de manera que la descripción de los hechos la completa de modo exclusivo (*El Notario latino y su función,* RDN 76, 1972, 65-21; premio de las bodas de diamante de la "Revista del Notariado" de Buenos Aires). Novoa escribió que el notario " en las actas debe describir con serena e inteligente mirada el límite de sus atribuciones, contrastar lo que ve y lo que oye para decidir cuáles son las cosas de que debe hacerse eco y las que debe olvidar, mostrándose más alto como profesor y como ciudadano del nivel de las pasiones que su derredor se agitan, mereciendo del público y de la opinión el respeto debido a su persona y a su investidura"

(27) Para cuyo elenco sacó legítimamente José María de Prada González más partido del que en principio habría podido esperarse al estudiar la relevancia jurídica de los deberes morales no directamente exigibles.

(28) Sobre esta última posible materia de las actas, escribió Antonio Balbín de Unquera a quien nos volveremos a referir por la frecuencia de sus colaboraciones en la *Gaceta* y su puesto en la redacción de la misma que, "sin menoscabo de la fe notarial, medio en algún tiempo único de dirigirse a la posteridad, para consignar importantes acontecimientos, hoy sobran medios de conseguir el mismo resultado sin dirigirse a ella" (*Actas notariales,* en la citada *Gaceta*, 13-5-1905). Pero esto sería discutible. Fue escrito en el centenario del Quijote, admitiendo el autor, en apariencia contradictoriamente que podría ser objeto de esa intervención notarial, sin faltar a la moral, el derecho y las prácticas.

(29) Pero vida jurídica que no es un compartimento cerrado, sin comunicación con las otras vidas. De ninguno o casi de los ámbitos de la vida

actuación del notario en materia de actas era total, integral, salvo "cuando las leyes lo impidan". Recordemos la definición de la competencia del notario sin fronteras explícitas en la ley francesa del Ventoso, *recevoir tous les acts et contracts* y la felicísima que del notario dio Martínez Sarrión, *jurista de cabecera.*

La solución está en la consideración de que las normas no jurídicas están tuteladas por el ordenamiento jurídico en cuanto incidan en la órbita de éste, con la limitación de no equipararse a las normas del derecho positivo. Por otra parte hay en las mentalidades sociales y en la conciencia humana unos valores extrajurídicos que, sin llegar a acuñarse como principios generales del derecho, pueden llegar a inspiradores de los principios mismos.

En nuestro caso, esa incidencia está en la misma noción de la fe pública y el instrumento público, donde el notario, investido de ella, está llamado a actuar. La cobertura por su función de conductas obedientes a normas extrajurídicas, o situaciones de hecho paralelas, sin por eso convertirlas en obligaciones de Derecho o hechos jurídicos, es una posibilidad al servicio de los ciudadanos de que no sería justo ni legítimo privarles (30).

Es más, nos manifiesta una nota de aplicación posible a muchas otras situaciones, incluso llevándonos a la estimación de la autonomía de la función notarial. Es decir, que si el Notariado se creó para dar una seguridad jurídica preventiva a las relaciones jurídicas entre los particulares, después, a lo largo de una práctica secular en su ejercicio, y a causa de su simbiosis con las realidades y los valores de la sociedad a cuyo servicio fue puesto, se ha visto investido de una cierta independencia en la acuñación de las fronteras de la fe pública, dotándolas de una apertura más allá del literalismo cuando resulte justo y valorable (31).

---

en el más amplio sentido se puede postular esa incomunicación, pero en el jurídico mucho menos, puesto que su misión, su esencia, es una regulación encauzadora desde cierta óptica, protectora y cuando resulta preciso limitativa, de otras parcelas de la existencia humana.

(30) Por lo tanto se puede entender de esa manera cumplida la exigencia de Eduardo López Palop (*Legislación notarial;* Madrid, editorial Reus, 1922, p. 11), de que se trate de "hechos relacionados con el Derecho", y el recordatorio de José-Antonio Molleda y Fernández Llamazares, a quien citaremos más adelante, de la índole jurídica de la función notarial y de los hechos relacionados con ella. Cámara opinaba que para la legitimidad de la rogación bastaba una simple relación de los hechos que acreditaran el interés del requirente, con la mera apoyatura en los datos por él brindados.

(31) Sólo ello posibilitó su cooperación a la creación de nuevas figuras jurídicas que luego hizo suyas el legislador.

Una consecuencia accesoria de la dilatación de sus fronteras por la práctica notarial en su tratamiento de las actas, es que si el tiempo ha tornado enriquecedores los archivos de protocolos como fuente de la historia, en su día sus componentes estuvieron anclados en el presente de la sociedad en curso. Balbín de Unquera escribió a propósito de ello en 1900 (32): "Las generaciones que precedieron a la nuestra en España, jamás creyeron como algunos hoy, que podrían prescindir del ministerio de la fe pública, y gracias a tan arraigada creencia conservamos multitud de documentos que sirven de prueba a importantes hechos históricos, literarios, sociales y de toda especie, algunos de los cuales ni aun hoy, en que todo se recoge, se consignan por escrito. [y por otra parte], el derecho se marca y circunscribe por el hecho que le da origen, [de manera que] lejos de reducirse, la competencia del acta notarial debe ampliarse (33)". Por su parte, a Fernández Casado no le tembló la pluma al escribir: "Se aproximan los tiempos en que los protocolos del notario han de contener tantas o más actas que escrituras, y aun pudiéramos decir, parodiando un célebre pensamiento de cierto escritor del presente siglo [Víctor Hugo en *Notre Dame de París*], *Esto matará a aquello".*

Lo cual nos lleva a una reflexión que va más allá del derecho notarial y de las nociones del instrumento público y la fe pública, en cuanto nos permite concluir o al menos postular, que los sentimientos, las vivencias, los pensamientos y las ideas de los hombres, aun no adscribiéndose inmediatamente a la esfera del ordenamiento positivo, son acreedores a la tutela de éste en la medida en que ello no invada los mecanismos de su funcionamiento. Una invasión que desde luego no hay que temer tenga lugar cuando del Notariado se trata, por ese carácter de confianza del mismo y su puesta originaria al servicio de los particulares, con tal de no traspasar las fronteras de la moralidad. Es decir, que para las actas nos atrevemos a sugerir en principio una ilimitación, justificable por una hermenéutica no cerrada de esa exigencia del efecto en su definición legal. De manera que las limitaciones tienen que venir de las circunstancias del caso concreto (34).

(32) GN, 26 de agosto, pp. 529-530.

(33) En cambio Escobar, partiendo de la exclusión en las actas de los actos jurídicos y con una interpretación desorbitada de la expresión reglamentaria "actos y contratos", sostuvo en contra de la realidad que el campo de las actas era "bien reducido".

(34) En todo caso se impone desprenderse del lastre relegador de las actas a una categoría inferior del instrumento público. Tenemos a la vista

Fausto Navarro Azpeitia, en su *Teoría de la autenticación notarial,* era ya el portavoz de toda una corriente de admisión común y ordinaria, al deducir, tanto del concepto filosófico como del jurídico de la misma, que abarcaba "todas las cosas directamente perceptibles por los sentidos del hombre, todas las que son imperceptibles pero pueden comprobarse sensorialmente, todas las expresiones plásticas y verbales, todas las manifestaciones y coincidencias volitivas", es más "allí donde hay un acto o hecho que necesite obtener crédito público y validez contra sus impugnadores, es necesaria la actuación de un autenticante que por su sola actuación le haga creer y aceptar a todos aquellos que no le hayan visto con los ojos del cuerpo o del intelecto (35)". Y si bien, en las actas hay que matizar su reducción a la función autenticadora, no cabe duda de que es donde ésta resulta más intensa, en su acepción de "convertir en creíble aquello que por sí mismo no merece tal credibilidad; volver auténtico algo que por sí no lo es, la acción de autorizar o legalizar alguna cosa para que haga fe con arreglo a derecho", o sea por una parte "dar fe, que es creer lo que no se ve, de donde nace la fórmula universalmente aceptada de la autenticación" y por otra "hacer fe, la expresión de los efectos de la autenticación". Una fe notarial, y sobre ello volveremos, que en las actas es exclusiva, teniendo al notario por único sujeto, y estando ahí –advierte Velasco– la "esencial diferencia entre las actas y los demás instrumentos, lo que por no haberse apreciado, hizo surgir la equivocada idea de ser instrumentos de menor cuantía en relación con las escrituras, cuando sin menoscabo de estas puede afirmarse que, desde el punto de vista notarial, no hay otro en que más plenamente se ejercite la fe pública (36)".

---

la exhortación de Núñez Lagos al "camino de perfección " de la acuñación y desarrollo científicos del Derecho Notarial, y precisamente por la insondable variedad de las actas nos parece pintiparadamente aplicable a esta aspiración, a saber: "Los Notarios tienen la experiencia del contenido de su función, conocen su oficio. Esto es evidente. Sólo les falta el hábito mental de advenir oportunamente espectadores de su propio menester, sin dejar de ser actores. El conocimiento del Derecho Notarial ha de ser ante todo un *re-conocimiento.* La conciencia científica es lo que se conoce. [...] Hay que empezar por la observación y la anotación de lo observado. Lo que en Medicina es la pequeña historia clínica de un enfermo. En esta observación de los hechos está el secreto del éxito. [...] La etapa siguiente es la descripción"; ; en el volumen de actas del *III Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin. I. Avant le Congrès"* París, 1954), 277-309 ( RDN, 5-6, 1954, 211-266, y "Estudios de Derecho Notarial" (=EDN, Madrid, 1986) I, 3-47).

(35) "Revista de Derecho Privado" (=RDP) 26 (1942) 677-689.

(36) Por eso, "siendo el notario el único sujeto del acta, no se exigen en ésta los requisitos precisos en los demás instrumentos. Lo importante,

Siendo la mejor prueba de esta aseveración, por otra parte una evidencia, la reflexión que nos salta a la vista, de que en el proceso histórico que llevó a la tipificación del instrumento público y la acuñación de los valores definitorios de su eficacia probatoria, se nos vienen antes a las mientes las actas de presencia que cualesquiera escrituras, es decir que la fe notarial en ellas surge sin necesidad alguna de distinguir unas y otras partes de su contenido. Así, cuando Rafael Núñez Lagos sienta que en la prueba testifical están distantes el hecho histórico y su narración, mientras que el hecho narrado en un acta se hace en cambio coetáneo al proceso, pues aunque la reversión del tiempo y la repetición del hecho son imposibles metafísicamente, la índole del documento público hace que jurídicamente lo sean, en virtud del principio de inmediación, por el cual el hecho se muestra a la *videntia* directa e inmediata del juez. O sea que además del *actum,* que fue evidente directamente al notario, tuvo lugar un *dictum*, su relato por el mismo fedatario, con el resultado de que en el documento público *actum* y *dictum* pertenecen al momento de autor (37), pues para la prueba la narración por el notario en el documento es lo básico, habiendo "entre forma y prueba una correlación de conceptos en distintos planos, intervención en el de la forma y narración en el de la prueba", convirtiendo el documento público, al transmutar la intervención en narración (texto), la unidad de acto en unidad de texto o contexto, la llamada integridad en derecho formal que, con la exactitud y la verdad o fidelidad, constituyen la fe pública (38).

---

lo esencial, es el notario, y así nada interesa que el requirente sea o no conocido de él y tenga o no capacidad, actúe en una u otra forma, por sí o como representante, esté conforme o en desacuerdo y firme o no, porque todo ello, que en relación con el nacimiento de un negocio reviste extraordinaria importancia, no la tiene ni significa nada cuando se trata de fijar un hecho y sus circunstancias, sean las que sean, siempre que el notario pueda apreciarlas por sí".

(37) *La fe pública,* conferencias en Montevideo y Guatemala, RDN 27-28 (1957) 7-44, y EDN, I, 329-362.

(38) *Perfiles de la fe pública,* "Anuario de Derecho Civil" 2 (1948) 28-53 (EDN, I, 455-479); cfr. él mismo, *Tópicos jurídicos,* RDN 4 (1954) 53-74 (EDN, II, 516-531: "La jurisprudencia sobre documento auténtico en casación, que muchos leen y pocos comprenden, ha aplicado la apreciación de la prueba en conjunto, únicamente a una parcela del instrumento público, a aquélla que precisamente carece de la verdadera autenticidad notarial, a lo *dicho* por las partes, pero no a las narraciones genuinamente auténticas debidas a la actividad del notario, esto es, a lo *dicho* por el notario [o sea a la totalidad en el acta, no una parte como en la escritura]. La prueba en conjunto significa fijar la conducta histórica de las partes. Mas el notario,

El logro definitivo de la consumación de nuestro notariado latino fue el cambio en el "procedimiento de la documentación hacia la mitad del siglo XI, la transformación del origen de la fe documental de la *charta*, surgida no del concurso de la forma, de la *manufirmatio,* de la *traditio* y de la *completio,* sino de la *fides publica* atribuida al notario", una consecuencia que en las actas no habría sido necesaria (39).

Así las cosas, extraviarnos por vericuetos filosóficos o dejarnos tentar por un estilo altisonante, no vendría a cuento. Pero es inevitable abordar alguna reflexión que nos sale al paso, por más que tenga una índole que en principio aquí puede parecer demasiado general. Pensemos que el Derecho sólo en ciertos ámbitos, como el procesal, tiene por materia de su regulación el derecho mismo. Su objeto es de lo más plural, esto es una evidencia que de cualquier pequeña observación resulta. ¿Acaso lo cultural, lo sentimental, la intimidad de la persona, no son ámbitos que al Derecho ocupan de alguna manera? ¿Y no es ante todo esta consideración, y no la obsesión de encontrar en el caso concreto una consecuencia jurídica inmediata, lo que puede y debe decidir al notario en el tratamiento de la *rogatio* tendente a la autorización de un acta?

Es más, cualquier funcionario, persona u órgano de la aplicación del derecho encargada, habría de tener en cuenta en su actuación decisoria esos otros ámbitos y valores de la vida. Pero el notario preferentemente, por esa remisión del Estado al individuo en cuanto a su elección por él, y remisión también al mismo notario al configurarle de una manera diversa que al resto de los funcionarios públicos, sin subordinación jerárquica en su actuación inmediata, por ende con una capacidad mayor para la atención a quienes a él acuden en demanda de su cobertura autenticadora (40). Que esa

---

con sus hechos propios en campamento cerrado, no pertenece a esa *asociación mutua de pruebas diversas.* Se conserva en posición insular en su espléndido aislamiento".

(39) Dina Bizarri, *Note sul documento privato nel territorio Senese durante. il medievo",* en "Studi di Storia del Diritto italiano", citado y glosado por Núñez Lagos, *El documento medieval y Rolandino,* en la edición monumental de la *Aurora* del notario de Bolonia (Madrid, 1950) y EDN, I, 109-211.

(40) Es más, esa libertad del individuo, llega a convertirle en un colaborador del ordenamiento jurídico y del Estado cuando acude al notario. El otorgante de una escritura, que al así hacerlo tiene en mente la salvaguarda de sus legítimos intereses, va más allá de ellos aunque no se de cuenta, pues su menoscabo al así actuar de la plaga del documento privado, está dotado de unas consecuencias de interés público.

capacidad se traduce en un acercamiento más estrecho es una consecuencia resultante de la fuerza misma de las cosas, y se nos viene a las mientes por ejemplo en el tránsito del asesoramiento al consejo. Ahora bien, ¿acaso esa proximidad no lleva consigo incluso una cierta participación en las voliciones, las vivencias y los anhelos del rogante?

Pero sobre todo nos sale al paso una consecuencia por más que pueda parecer osada, y es que el hecho cuya acreditación se busca en el acta, y que para ser materia de rogación legítima ha de tener una consecuencia jurídica, ¿no la tiene ya por esa su misma elevación a la fe pública y el protocolo? De esta manera, su inadmisión a la constancia en éste y su protección por ésa, parece deben buscarse desde un punto de vista más negativo que positivo, es decir en una motivación para estimar al hecho en cuestión indigno, y creemos más puesto en razón este adjetivo que el de inadecuado, de la una y el otro(41). Por otra parte, volviendo al redil del texto legal, en principio es difícil asegurar que un hecho no va a tener nunca, ni mediata ni inmediatamente, una consecuencia de derecho.

Novoa recordó que en las actas el notario obra exclusivamente como "funcionario o testigo de mayor excepción, dando credibilidad, por virtud su fe pública a hechos que presencia o le consten, consignados en el instrumento para perpetuar su recuerdo o para que sirvan de base para deducir derechos". Esta plenitud y exclusividad de la dación de fe, integralmente de funcionario, hay que reconocer ante la experiencia de la edad antigua, e incluso de tiempos posteriores, que pudo atribuirse a funcionarios distintos de los redactores del documento. Y que en la autoría redaccional del negocio documentado, el asesoramiento, el consejo, en definitiva la confianza, están los pilares de la figura del notario latino. Sin olvidar como el propio Novoa puntualiza que nunca deja éste de ser el representante de la Ley en la esfera del derecho privado. Y de ahí que su investidura de la fe pública estuviera puesta en razón para consumar su misión.

(41) Se nos puede objetar el caso del maniático de las actas, pues los hay y puede haberlos. Ante ellos, siempre que no impliquen un agobio para el notario más allá de lo exigible, sean entorpecedoras del servicio público, vayan más allá de lo inofensivo, o lleguen a las fronteras de la patología psiquiátrica en cuanto a la capacidad del requirente, no nos parece debe dejar de contar la permisividad. Divagar en torno a la legitimidad de las manías, algo en principio no desechable sin más, nos llevaría a una frivolidad aquí inaceptable.

## VARIEDAD DE LAS ACTAS

Sin embargo, cuando podíamos creernos arribados a una meta que nos diera algún reposo, sentimos inmediatamente la decepción. Pues, aceptada de momento, aunque para discrepar sin timideces de las consecuencias que de la misma se pretenden, la dicotomía de escrituras y actas como clasificación integral de todos los documentos destinados al protocolo, la adquisición se nos esfuma en una ilusión perdida(42), ya que la variedad entre sí de las distintas clases de actas es tanta y son tan diferentes unas de otras, que nos acomete la tentación de volver al punto de partida de 1862, a esa su otra clasificación inicial de contratos y demás actos extrajudiciales, pero para concluir que si no hay más que una sola clase de instrumentos, sean actas o escrituras, de actas hay varias especies(43).

En efecto, las actas de depósito son contratos, y las de requerimiento pueden tener prácticamente un contenido escriturario, cuando llevan consigo un nexo que equivalga plenamente a la escritura si el destinatario las acepta, coercitiva para las partes aunque a falta de ciertos exigibles requisitos formales(44). Las actas de referen-

(42) Intensificando la tentación peligrosa de dar la razón a Giménez Arnau cuando veía en las escrituras el único tipo de instrumento público. García Bernardo llama a las actas de notificación, participaciones y asertorias de previsión, y a las de requerimiento participaciones asertorias de exigencia, unas y otras declaraciones de las partes, entrando naturalmente en las de los terceros las declaraciones del requerido; las declaraciones representativas asertorias parecen ser según él las actas de referencia.

(43) En la encuesta llevada a cabo en Barcelona, de mayo a octubre de 1983 (=Simposio Notarial 83=B83; ed. Junta de Decanos, 1985), se concluyó ser "quizás ésa la mayor dificultad que presenta el estudio de las actas notariales, que no constituyen una unidad, sino una noción bajo la que se comprenden supuestos bien diferentes". En ese simposio fueron consultados más de mil cuatrocientos notarios. Sus mil ciento treinta páginas son densas, completas, escritas en el intercambio de todos los puntos de vista. Hubo espacio para dos sonetos del notario jubilado Enrique Sánchez Oliva, uno al Notario: *aislado en su función de cauce y guía;* otro a "la venerable Ley Orgánica": *crisol de normas que al fundirse dieron/ sustancia al ser y sangre al existir.* [...] *ortodoxia vital y es freno y horma/ del ciego impulso y de la torpe idea* (pp.260-261).

(44) El requerimiento aceptado, que lleva consigo una concordancia de voluntades, implica el consentimiento contractual que es la esencia del negocio jurídico. No se dan en él la unidad de acto ni la manifestación simultánea de voluntades que tienen lugar en la audiencia notarial, seguida de la fórmula sacramental de la autorización. Pero no se le puede negar la índole de contrato, aunque se requiera para su perfección el otorgamiento de la escritura definitiva y formal, para llegar al cual es innegable que ha surgido un derecho de la parte rogante; "El Reglamento y la doctrina consideran

cia o manifestaciones coinciden con las escrituras en el objeto de la dación de fe inmediata del notario, en éstas consistente en las declaraciones de voluntad de los otorgantes y en aquéllas en las declaraciones intelectuales del requirente, mientras que el contenido de unas y otras escapa a la fe pública, al no poder ser materia de la percepción del fedatario, incapaz de controlar su veracidad. Las actas de notificación son la comunicación de un acto o hecho productor de un efecto jurídico, por lo tanto una incidencia en una relación o situación jurídica anterior. En las actas de protocolización el notario da fe de la rogación del requirente y autoriza un documento como custodio del protocolo, puesto que esa misión no sólo es del pasado y para el futuro, sino también del presente, presente que por otra parte está convirtiéndose en pasado constantemente (45).

En fin, las actas de notoriedad son un juicio sobre la notoriedad misma, no cubierto por la función autenticadora, sino mediatamente, cual una presunción preconstituida. Lo cual conviene aquilatar en evitación de confusiones. Para identificarlas hay que comenzar fijándose en esta su denominación. Según la Real Academia, notoriedad es calidad de notorio, y notorio lo público y sabido de todos. *Notus* es el participio de *noscere,* conocer, y de ahí se derivan notorio, notoriedad y noticia. En cambio el Reglamento Casanueva que las creó, o restauró si lo preferimos, en 1935, no las definió, dando su noción por sabida; "hecho que el requirente somete a notoriedad", se limita a decir. De ahí la necesidad de recurrir al único asidero de los vocabularios. La cual continúa en el Reglamento de 1944, aunque éste sea algo más explícito al referirse a la "comprobación y fijación de hechos notorios".

---

estas actas de presencia. Sin entrar en ello, es tanta la diferencia del significado del momento de la presencia que es preferible situarlas sistemáticamente en un apartado distinto";B83. De esa vinculación del requerido, hay que recordar que también en todas las actas la hay del requirente si para ello existe materia, bastando el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, si bien se ha insistido a propósito de ello en las actas relacionadas con la publicidad; cfr., Francisco Rico Pérez, *La responsabilidad civil del productor en derecho español,* RDP 92 (1978) 272-284.

(45) A propósito de la generosidad permisiva que constantemente nos surge, se ha emitido la opinión que niega la legitimidad de la protocolización de impresos. Parte de un convencimiento equivocado, que todos los impresos son abundantes, perpetuos y asequibles. Sin excluir la significación de un impreso concreto para el sentimiento del rogante, en cuyo caso el acta debería ser mixta, incluyendo sus manifestaciones. Tanto los manuscritos como los impresos, por su condición de cosas, han sido materia de actas de exhibición; cfr., José-María Madurell, *Las actas notariales certificantes de la exhibición de antiguos nobiliarios,* en "La Notaría" 81 (1946) 292-320.

Adrados recuerda que estas actas no dotan de notoriedad, sino que se limitan a comprobar una notoriedad preexistente, pero solamente en el territorio que guarda con ella conexión o dentro de un círculo de personas más directamente interesadas en él o más relacionadas con los sujetos a que afecta. De más interés a los fines notariales, aunque haya pasado desapercibido, es puntualizar que la notoriedad en el ámbito de los mismos comprende tanto acreditar lo común de un conocimiento verdadero como de una creencia errónea(46).

No vamos a entrar en la polémica de su adecuación o no a la función notarial, en la que intervinieron de manera muy crítica y hasta negativa notarialistas y notarios ilustres(47). Pero éstos a nuestro juicio estaban ante todo pensando en el reconocimiento de derechos o en la legitimación de situaciones personales o patrimoniales, posiblemente deducidas de las actas de notoriedad en algún caso, pero exigente de un tratamiento especial, distinto del de las actas de notoriedad sin más(48). Estando, en una visión genérica de éstas,

(46) Si no es lexicalmente ortodoxo aplicar el vocablo "notoriedad" a ese segundo miembro, hay que entenderle en su uso notarial con esa salvedad, a no ser que se prefiera recurrir a otro, lo cual sería una complicación innecesaria, si esa realidad no deja de tenerse en cuenta tanto en los despachos como en la vertiente legislativa.

(47) José González Palomino las rechazó integralmente. En cambio otro notario, José Aragonés Andrade (*Novedades del Reglamento. Las actas notariales,* en la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario"=RCDI, 11, 1935, 641-661) opinó que con ellas "la función encomendada al notario se agiganta y magnifica. Es índice indicador que señala para el órgano y para la función un porvenir excelso, de mayor prestigio, importancia y relieve social de los que en la actualidad goza". Don Casto Barahona afirmó que "quizás con algún nuevo desenvolvimiento pueden ser un venero feliz para la ampliación de la función notarial, porque no hay duda de que los notarios debían tener atribuidas toda clase de actas donde no existiera contienda"; *Algunos matices del notariado español,* en "Temas varios de derecho público y privado" (Barcelona, 1943) pp.11-12; Antonio Bellver Cano ya reivindicó para ellas las declaraciones de herederos (*El acta notarial en función declaratoria de herederos,* RCDI 18 (1942) 633-641. En una de las primeras conferencias del nuevo ciclo de la Academia Matritense del Notariado, aún felizmente en curso, Navarro Azpeitia basaba esa reivindicación en tener su antecedente en los notarios como jueces cartularios, herederos de los pactos ejecutivos ante el juez, para los contratos con cláusula de garantía (*Attende quod sunt illi qui sunt ordinarii et habent iurisdictionem inter volentes,* escribió Jacobo Brotigari), pero no parece que esa filiación proceda. Recuerdo que mi profesor de Derecho Procesal, don Jaime Guasp, nos aseveraba esa filiación en clase.

(48) Por otra parte, la atribución al notario de los actos de jurisdicción voluntaria, declaraciones hereditarias incluidas, obliga a un planteamiento

justificada la Resolución de 19 de octubre de 1949 al referirse a "las numerosas aplicaciones de estas actas que tienen asignadas por la progresiva legislación de varios países, y sus seculares precedentes en el nuestro (49)".

Por estos caminos nos atrevemos a sostener que son posibles actas que pretendan acreditar una notoriedad de algo no conforme a la verdad, sencillamente falso, ya que el acreditamiento de esa falsedad puede ser de interés legítimo, incluso jurídico, no sencillamente moral, para ciertas personas. Por otra parte es evidente que la notoriedad no implica de por sí veracidad y sólo en cuanto a la tal notoriedad, como creencia obtenida por el fedatario a lo largo del acta, se puede pedir y pide al notario su fe pública, o sea, dejando aparte casos concretos en que así se precise, a lo cual ya nos hemos referido, declarar la notoriedad, no la veracidad de lo notorio. Por lo cual cabe también sentar expresamente en la rogación a la vez que la difusión no veraz, el error mismo y sus pruebas disponibles si es que constan, y esa será la notoriedad que declarará el notario.

Naturalmente que cuando los hechos cuya difusión notoria se solicita acreditar son falsos, no se concibe que el requirente lo sepa, a no ser que proceda de mala fe, pretendiendo obtener un provecho ilegítimo de una notoriedad ficticia. Será el desarrollo del acta el que normalmente acabará determinando la falta de veracidad de los hechos por el rogante aseverados, y también creídos si su proceder es recto.

Ahora bien, todos los elementos y testimonios incluidos en el acta, aunque la notoriedad no se declare, pueden ser utilizados con cualesquiera propósitos lícitos por el requirente, y están cubiertos por la fe notarial en la medida correspondiente a la intervención del fedatario en su consignación.

De más interés, y no se ha atendido, es el caso de que decíamos, de que alguien convencido de la falsedad de un hecho de difusión errónea tenga legítimo interés en acreditar la notoriedad del error. Así las cosas, deberá hacer constar en la rogación la falsedad del hecho en cuestión (50), y su deseo de que el notario compruebe la

---

mucho más amplio de la cuestión, materia por otra parte de mucha actualidad y evidente interés práctico..

(49) Cfr. CÁMARA, *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español,* (II Congreso del Notariado Latino; Madrid, 1950) 19-103, y en las *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino* (Junta de Decanos, 1975) 429-506.

(50) Aunque no será necesario que lo pruebe, bastando con la mera

equivocación, dentro de ciertos círculos, de la *vox populi* acerca del mismo.

Acaso yo esté impresionado, al expresarme en estos términos, por una situación que conocí recién ingresado en el Notariado. Era en la ciudad episcopal de Orihuela, cercana al pueblo murciano de Fortuna, mi primer destino. En ella estaba el Colegio jesuita de Santo Domingo, famoso por las novelas más conocidas de Gabriel Miró, *Nuestro padre San Daniel* y *El obispo leproso*. Ocupaba un antiguo convento dominico, que no había sido desamortizado sino cedido a la mitra, la cual a su vez lo hizo a la Compañía de Jesús con esos fines docentes. Los dominicos, desde que fueron exclaustrados en 1835, no habían tenido ningún contacto ni manifestado pretensión alguna respecto a él.

Así las cosas, los jesuitas lo abandonaron por haberse construido un colegio propio en Alicante, lo cual conmocionó a la población (51). Pues bien, surgió la creencia común en ésta, notoria para entendernos, de que su traslado se debió a haber perdido un pleito con los dominicos, a pesar de que éstos no habían salido de su silencio y estaban totalmente ajenos a la cuestión (52). Yo creía que ese error no había llegado a las gentes de mayor nivel cultural, pero más de medio siglo después conocí a uno de los cronistas oficiales de la zona, que seguía dándole crédito.

En esa situación, yo entiendo que habría sido posible levantar un acta de notoriedad que acreditara ese convencimiento erróneo, haciendo constar el notario su falsedad, por otra parte ésta de justificación facilísima, sencillamente preguntándolo en el obispado, a los mismos jesuitas o en la orden dominicana, a la que se relacionaba con algo ajeno a ella desde hacía bastante más de un siglo, lo cual podía resultarles enojoso al implicar la iniciativa de una contienda entre dos órdenes religiosas, y en ese caso además les habría hecho impopulares en el vecindario (53). La única huella que permanecía y

---

manifestación de su convencimiento.

(51) Yo recuerdo que, hasta la solución de ese problema, en algunas misas, los celebrantes añadían a las oraciones del día las previstas como voluntarias en el Misal Romano para los tiempos de tribulación o conflicto.

(52) Por otra parte, la instalación de una orden religiosa en una sede perteneciente a otra, ha sido un fenómeno bastante común, en las idas y venidas consecutivas al zafarrancho de la desamortización. Así, el monasterio de Beuron, en Alemania, considerado como la cumbre de la aristocracia espiritual que fue la restauración benedictina, había sido de canónigos regulares.

(53) Curiosamente en este caso se trataba de dos familias religiosas de una cierta rivalidad entre sí, a través de una larga tradición en la histo-

sigue de su pasada presencia era el nombre del santo titular, de la cual pudo surgir, aunque extrañamente, la creencia errónea.

En este caso, el interés en esa puntualización habría sido moral, pero no se puede excluir sin más, como en todas esas situaciones o casi, la derivación a otros parejos de consecuencias estrictamente jurídicas.

Ni que decir tiene que, en estos casos de acreditar una notoriedad equivocada, o de no haber lugar a declarar notoriedad alguna, es aun más exigible que el notario haga constar, lo más precisamente que le sea posible, el ámbito geográfico a que su declaración o la falta de ella se han circunscrito.

Adrados puntualiza que "el juicio de notoriedad funciona muchas veces como complementario de una insuficiente o inoperante acumulación de pruebas sobre la realidad del hecho mismo, de manera que el acta reúne en sus diversas diligencias una serie de antecedentes y elementos, *algunos dirigidos a probar el hecho, y otros a que el notario forme su juicio de notoriedad (54).* En otras ocasiones no existen pruebas sobre el hecho en sí, y *el acta se limita a acreditar su notoriedad, de manera que el juicio de notoriedad tiene entonces carácter autónomo.* Estas dos actuaciones complementarias del juicio de notoriedad explican que no haya contradicción, aunque sí confusión, entre los textos reglamentarios que se refieren al hecho y aquellos que lo hacen a su notoriedad".

Una postura irreprochable de manera que, a nuestro modesto juicio, la única apostilla adecuada a la trascendencia de las conclusiones de que es susceptible, es la afirmación de la legitimidad de las actas de notoriedad tendentes a acreditar únicamente ésta, sin arredrarse ante la falsedad del hecho notoriado, pues insistimos en

---

ria eclesiástica, en la medida en que de rivalidad puede hablarse en tales ámbitos sacros. Cuando el cardenal jesuita Bea inició de parte de la Santa Sede su campaña de ecumenismo, en la gestación del Concilio Vaticano II, contaban que en una visita suya a los dominicos de Friburgo, dijo con humorismo que, antes de aproximar a católicos y protestantes, habría que hacerlo con jesuitas y dominicos.

(54) El artículo 209 del Reglamento Notarial se modificó (Real Decreto 45/19.01, 2007) para poner fin a la "heterodoxia notarial" de esas actas errantes, sin tener sitio alguno en el despacho, hasta su conclusión e incorporación al protocolo, extra-vagantes o vagantes extra. Introdujo el sistema de acta doble, pero la solución no ha quedado clara (Pedro Ávila Navarro, *Formularios notariales* (Barcelona, 1986; 6ª ed., 2012; 547-654); incluye los modelos del acta de notoriedad con o sin reconocimiento de derechos, dándose la unidad de acto cuando de las pruebas presentadas la notoriedad resulta clara.

que un hecho notorio no sea conforme a la verdad puede implicar para alguien el interés de hacer constar ambas cosas, notoriedad y falsedad (55).

Volviendo a las especies de actas, nos quedarían únicamente las de presencia, por cierto las más humildes, como sólo eso, puras actas químicamente que se ha llegado a escribir, en las que el notario da fe integralmente de un hecho que presencia, sin ninguna interposición, ni de personas ni de cosas ni de tiempos entre el objeto de la dación de fe y el sujeto investido de ella (56). En la plenitud pues, y ya nos ha surgido la ocasión de repetirlo, del contenido de la fe pública como calidad representativa de los hechos, que dijo Adrados (57). Operando en ellas el notario una aprehensión del tiempo, dando lugar a una victoria sobre su fugacidad, salvando lo efímero al convertirlo en perdurable. Si "la actualización de los momentos pretéritos, su fijación pese al fluir constante de la actualidad, son la misión social del grafismo y el documento", en el instrumento

(55) Ésta comprobada en el expediente del acta o por otras vías.

(56) Palomino separó las actas de presencia de todas las demás (*Negocio jurídico y documento;* Valencia, 1951, p.22). Las caracteriza por documentar una *actividad pasiva* del notario (frase paradójica pero clara), una percepción. Las demás consistirían en una *actividad activa* del mismo. Quedando aparte el fenómeno complejo de las actas de notoriedad, que a su juicio transforman al notario a veces en juez y otras en secretario judicial. Como veremos más adelante, no estamos conformes con esa dicotomía, aunque la reconocemos la ventaja de insistir en una necesaria tipificación de las actas de presencia.

(57) No vamos a discutir aquí la opinión de Guidi, de ser la escritura menos documento notarial que todos los demás. (*Teoria giuridica del documento;* 1950), aunque aprovechamos la ocasión para rechazar de plano su definición de la misma como documento representativo de una declaración de voluntad constitutiva, y estamos de acuerdo plenamente con Adrados en que de adoptarla, al mismo tiempo que la función documental del notario perdería categoría su actividad profesional toda, ya que su labor de asesoramiento tiene siempre un marcado signo documentador; *Naturaleza jurídica del documento notarial,* CN, 1962 2ª, 2, 681-786. En cuanto a esa consecuencia curiosa del galimatías que es la teoría representativa del instrumento público, la cual haría del notario siempre redactor de actas, ya que la escritura sería acta al no poder contener declaraciones de voluntad sino su representación nada más, no vale la pena discutirla pues está muy alejada de la concepción de que partimos, tanto del documento notarial como del acta y la escritura, de la relación entre una y otra, y de las diversas clases de actas entre sí. Manuel González Enríquez (con Francisco Manrique Romero y el citado Molleda, *Comprobación notarial de hechos,* RDN 64-1969 – 294-302) observó que "el notario, en los documentos relativos a hechos, no representa, porque no puede metafísicamente representar, hecho alguno, sino que hace una declaración sobre el hecho que ha recibido".

público se revisten de autenticidad por la intervención de la sociedad, siendo la expansión de la fe a la colectividad, y asegurando su conservación hasta donde puede llegar la eficacia en su lucha contra la falibilidad humana y las contingencias a sobrevenir, y dentro de ellos no hay expresión comparable a que tienen las actas de presencia (58).

Las actas llamadas de investigación notarial de hechos son mixtas de presencia y referencia, pues en ellas concurren los hechos a presenciar y autenticar y las declaraciones de los que podríamos llamar testigos notariales, o recogida de testimonios. Adrados recuerda que se trata de verdaderos expedientes como los regulados en las actas de notoriedad, pero que se quedan en la sola instrucción, sin ninguna declaración por parte del notario (59).

Debemos hacer aquí una referencia a los actos de jurisdicción voluntaria, que últimamente han pasado a la competencia notarial. Desde nuestro punto de vista, negador de las suficientes características comunes a las actas para constituir una categoría única, la admisión de especies diferentes de ellas con notas peculiares sería irrelevante a los efectos de la construcción doctrinal de las mismas, a pesar de llevar consigo otras consecuencias por ciertas actuaciones exigidas al notario, habiendo de tenerse en cuenta cuanto acerca de la jurisdicción voluntaria se escribió en la etapa de su adscripción a los órganos de la magistratura, una literatura que a veces adolecía de falta de claridad, ello en parte explicable por la inevitable intrusión del derecho positivo que se los había asignado (60).

---

(58) Luis Cardona, *La fe pública en la Filosofía del Derecho,* en "La Notaría" 81 (1948) 30-57.

(59) *Reflexiones sobre el instrumento público,* (B83 y EJ, IV, 515-569). A las actas de ofrecimiento real, reglamentariamente de presencia, Adrados las incluye entre las notificaciones y requerimientos.

(60) Cfr. Vicente Font Boix, *El Notariado y la jurisdicción voluntaria,* ponencia en el Congreso de Méjico de 1965, y en los "Anales de la Academia Matritense del Notariado=AAMN" 15 (1967); Miguel-Ángel Campo Guerri, *Notariado y jurisdicción voluntaria,* AAMN 46 (2006) 431-467; Antonio Fernández de Buján y Fernández, *La jurisdicción voluntaria en el marco del Estado constitucional de derecho,* íbid. 47 (2007) 603-654; Miguel Yuste Rojas, *Novedades en la ejecución notarial de la prenda,* íbid. 48 (2008) 703-739; Javier Gómez Gálligo, *Naturaleza de las decisiones del notario en su función de jurisdicción voluntaria,* íbid. (2018, en prensa).

## ESCRITURAS Y ACTAS

Pasando al desarrollo de nuestra conclusión, podrá parecer presuntuosa una discrepancia de la postura en circulación corriente que hace de todas las actas un género distinto al de las escrituras. Pero si examinamos en detalle la posición de los tratadistas, nos damos cuenta de que incluso sus más tenaces defensores no son consecuentes a la hora de concretarla, arrastrados inevitablemente por el imperio de la realidad, tanto natural como jurídica, a unas matizaciones que acaban dejando sin sustancia la diferenciación postulada, la cual queda reducida a unas variantes de requisitos y detalles accidentales (61).

Sin embargo, no vamos a negar toda relevancia de hecho ni cualquier vigencia a las notas distintivas de todas las actas, al menos las aplicables a la mayoría de ellas (62). Pero antes de adentrarnos en ese tema debemos aludir a un argumento abrumador del derecho comparado. El cual, salvo en algunos países hispanos que nos han copiado, no distingue entre actas y escrituras –*atto* en Italia, *acte* en Francia, *escritura* en Portugal–, abarcando ambas especies, a las que desde luego no conviene llamar géneros.

---

(61) Así, Giménez Arnau (*Instituciones* cit.; II; Madrid, ed. Reus, 1954, 214-222), en el plano doctrinal sólo expone diferencias extrínsecas, siendo sus argumentos enteramente de derecho positivo. Aunque de alguna significatividad a nuestros fines es la citada libertad de elección por el interesado entre escritura y acta para su fe de vida, y de la licencia o consejo para contraer matrimonio mientras estuvieron en vigor. Es reveladora la postura de García-Bernardo, que se inclina por la distinción, pero con un argumento que sólo habría sido de recibo en los meses de 1962 transcurridos entre la Ley y su primer Reglamento. En efecto, reconoce que la tal separación fue una supuesta herencia en la Ley Orgánica –aunque ella no la expresara, sino que guardara silencio– de la función actuarial de los escribanos anteriores, sobre cuyo extremo el legislador no quiso pronunciarse por no estar aún maduro. ¡Pero, ¿acaso no lo está ya a estas alturas?! Aporta abundantes puntos de vista Vicente Font Boix, *Las variedades del instrumento público. Distinción entre escrituras y actas,* RDN 16 (1957) 287-352.

(62) Pero recordemos que no hubo más remedio que reconocer una categoría autónoma a las actas de notoriedad. Sanhauja hizo ver que se apartaban de las funciones autenticadora y legalizadora en sentido estricto, mientras que en las demás actas "quebraba el estrecho marco que las señalaba los meros hechos como contenido". Es significativo que, ante su introducción en el Reglamento de 1935, hubiera como hemos recordado notarios que torcieron el gesto, muy abiertamente Palomino, y en cambio, también lo acabamos de ver, que las campanas al vuelo se voltearon más fuera del cuerpo notarial, aunque luego la realidad haya dado la razón a los campaneros.

Y vaya por delante, insistimos, que dentro de las actas es en las de presencia donde con más plenitud se da la tipificación de la especie –la reivindicación de Velasco: "no escapar en ellas nada a la fe"; de Luis Riera Ainsa: "ser más importante la intervención notarial en ellas que en las escrituras" (63)–, de manera que pasando de la especie al género, desembocaríamos ni más ni menos que en la esencia de la función notarial. En las escrituras contractuales, a pesar de ser el notario el autor del documento, los otorgantes son dueños del negocio, mientras que en las actas el protagonista del mismo y el único declarante es exclusivamente aquél (64). Sanahuja, estuvo conforme con esa primacía, ya lo vimos, aunque se desvió al opinar que en ellas el notario sólo ejerce la función autenticadora, no las demás que estimó propias de la escritura –legalizadora, legitimadora, configuradora y ejecutiva–, afirmación que requiere alguna matización, sin llegar a negar el predominio autenticador, pero sin perder de vista que ello es común a las actas y a todos los demás instrumentos públicos no escriturarios, incluida la legitimación de firmas, aunque sin olvidarnos de la limitación de ésta cuando la firma no ha sido puesta en presencia del notario. Ni podemos ni debemos dejar de tener en cuenta siempre la índole general del asesoramiento notarial, su necesidad y no meramente conveniencia o por economía de costos, su conexión con la fe pública, sobre todo en la práctica tanto negativamente, a fin de evitar su conversión en una trampa para los inexpertos, como positivamente, porque el documento que recogiera una voluntad no informada ni asesorada no contendría la verdad sino una caricatura de ella, hasta la posibilidad de llegar a ser un documento en cierto sentido falso (65).

Ahora bien, esa función autenticadora, la fe pública en sentido estricto, en las actas es en principio ilimitada (66). Nada de lo com-

(63) *Nueva Enciclopedia Jurídica.*

(64) Manuel Otero Peón, comunicación al Séptimo Simposio Notarial de Poblet (Barcelona, 1983-2; Junta de Decanos, 1985, p.509); Palomino *Negocio jurídico y documento. Arte de llevar la contraria,* en "Estudios jurídicos de arte menor" 3 (Madrid, 1976) 7-283, p.24.

(65) Así lo hizo ver Adrados (*Reflexiones* cit.) recogiendo la opinión abrumadoramente mayoritaria de los encuestados en el Simposio 83.

(66) Aunque paradójicamente, las declaraciones de hecho en las actas las hacen exclusivamente las partes, mientras que las de voluntad en las escrituras, si bien son debidas a los otorgantes, pasan por la autoría del notario, que se extiende a todo el instrumento publico. Lo hizo ver Palomino; *Instituciones de Derecho Notarial* (1948) 83-85.

prendido en ellas la queda fuera. Todo su contenido es preciso que le conste al notario de ciencia propia (67).

De ahí, como hemos visto sentó irreprochablemente Velasco, que no cuente apenas la capacidad, ni siquiera la identidad del autor de la *rogatio*, por esa índole puramente notarial de toda su materia. Azpitarte hizo ver otra consecuencia, la discrecionalidad mayor del fedatario en las mismas.

Una discrecionalidad que se pone a prueba en otra nota distintiva, la variedad de los hechos objeto del documento. Nota que es más acusada en las de presencia que en todo el resto (68). Nos complace la afirmación de Sanahuja, de que el acta de presencia puede mostrarse como tipo genérico del acta notarial; "es el documento donde más plenamente se ejerce la función autenticadora"; y la de Novoa, de que "los asuntos del acta son tan extensos como los hechos lícitos que el notario a instancia de parte puede autorizar".

Llegados aquí hemos de volver a recordar el itinerario de que decíamos, ida y vuelta desde la Ley de 1862. Nuestra apología de las actas se nos convirtió en la de las distintas especies de ellas. Pero el retorno a su definición inicial hubo también de serlo al instrumento público sin más, y a la vez que las actas se nos alejaban entre sí, en cambio se aproximaban todas ellas a las escrituras.

Así las cosas, la distinción que se nos imponía era entre los documentos protocolizados y los que quedaban fuera del protocolo. En la cual hay que tener cuidado de no mirar a éste como algo meramente material y extrínseco a la función, ya que la unidad de ésta no puede nunca perderse de vista. De manera que la exaltación de dicho protocolo no puede ser pretexto para postular una dualidad entre los documentos que le integran y los que no pasan del libro indicador (69). La distinción entre unos y otros –muy temprana, de 1863, separada de la Ley apenas un año y del Reglamento muy pocos meses–, fue el punto de partida para una toma de postura de Gonzalo, en torno a las actas y todas las cuestiones involucradas que nos han salido al paso, la cual hemos de exponer en detalle ya que nos parece plenamente vigente (70).

(67) Velasco, *Derecho Notarial,* p.412.

(68) Núñez Lagos llamó la atención hacia el acaparamiento por las actas de todos los documentos notariales que no fueran declaraciones de voluntad, sino constancia de hechos.

(69) Aquí nos es preciso remitirnos a Joaquín de Prada González, *Función notarial y protocolo,* AAMN 29 (1987) 199-239.

(70) *Las actas notariales,* núms. 16 a 18 de la *Gaceta.*

Ya vimos cómo el silencio de la Ley sobre el destino de los actos extrajudiciales, las actas comprendidas, suscitó la aprensión de si de ellas no iba a quedar en las notarías ningún vestigio, una vez que a los interesados se entregase la matriz, aunque la práctica lo impidió. Paradójicamente, cuando el inmediato Reglamento impuso su conservación, aunque separadas de las escrituras que formaban el protocolo, la postura más escrupulosa entendió que podía interpretarse su exigencia como extensiva a las legalizaciones también, lo que habría supuesto como arriba quedó aludido, la necesidad del levantamiento de un acta para cada una de ellas. Esa consulta fue elevada a la Dirección General por el Colegio de Mallorca.

De la situación anterior, la escribanil incluso, Gonzalo escribe ser "graves los conflictos que se originaban por la dificultad de la prueba o por la suplantación del contenido, quedando a la buena fe del escribano y a su memoria reconocer o no por suyo el instrumento. Hubo notarios celosos que suplieron el silencio de la ley, llevando acta o registro de toda clase de actas autorizadas con su presencia, incluso de las legalizaciones". Aclara que las actas tomadas en ese otro sentido extraprotocolario, venían a ser a ser una especie de registro en que el notario, apuntaba haber expedido un documento, o haber autorizado un acta, apuntes como no podía por menos de ser, de brevísima extensión, sin exacción de derechos arancelarios, pues éstos ya estaban comprendidos en los documentos a que se referían.

La Dirección contestó negativamente a los mallorquines, pero entonces hizo surgir la aprensión contraria, por haberlo hecho en unos términos demasiado generales, que podían ser entendidos de aplicación a las actas también. Eso ocurrió el 28 de marzo, e inmediatamente, el 15 de abril, el Colegio de Madrid hizo ver al centro directivo la innecesariedad de esas actas de registro, salvo para las actas propiamente dichas, que debían figurar en el protocolo de instrumentos públicos, limitado pues éste a los hechos o actos que el notario presenciara, por haberlos el interés privado querido revestir de la fe pública precisamente para elevarlos a la categoría de indudables, lo que sólo podía quedar asegurado a perpetuidad mediante la conservación de la matriz –¡y encuadernada!– en poder del notario.

Así las cosas, la *Gaceta de los Registradores*, confundió el tema con ciertas diligencias judiciales de los actuarios, por ejemplo los requerimientos de pago al deudor hipotecario, y por eso apoyándose en ese supuesto parentesco creyó procedente oponerse a tal solución, sin tener en cuenta que los actuarios no formaban proto-

colo. Y fue el caso que ante la falta de determinación en la Ley de los actos o contratos que originaban matrices, había que remitirse a la legislación antigua.

Reiteramos que la única salida era dar categoría de matrices a las actas notariales de cualquier clase que fueran, en cuanto la fe del notario elevaba a instrumento público el acta que de un acto extrajudicial extendía, fuese público o particular el contenido, siempre que se hiciera a requerimiento de las partes en él interesadas, por lo tanto no recurriendo al "por mí y ante mí(71)". Como ya anticipamos, para las *Partidas*, no sólo eran escrituras los documentos-contratos *sino las otras cosas que fazen e ponen los omes cada día entre sí los unos con los otros, e deben fazer las cartas guardando las formas de cada uno de ellos(72).* De manera que por acto extrajudicial notariado debía entenderse el que tenía lugar en presencia del notario, requerido para dar fe de cuanto ocurriera ante él, y al cual las partes querían dar el carácter de auténtico y perpetuo, acto por lo tanto no impulsado espontáneamente en ningún caso por el fedatario, aunque se tratara de hechos por él presenciados o que le constasen(73).

Ante esa cuestión, Gonzalo recurrió al derecho comparado. Citaba el articulo 1317 del Código Civil francés, que conforme con la Ley Notarial de 25 Ventoso del año XI, define el "acta o escritura auténtica la otorgada por oficiales públicos que tienen derecho de actuar en el lugar donde se celebró la misma con las solemnidades prevenidas, y hace plena fe entre las partes y sus herederos y causahabientes". Ello enlazaba nada menos que con la carta de Carlos VI fijando en sesenta el número de notarios del Châtelet de París. Mientras que el *Nouveau Dictionnaire géneral et special du Notariat,* define sin distinción los instrumentos públicos como las escrituras que atestiguan haberse una cosa "dicté, faite ou convenu. C'est ce que les romains appelaient *instrumentum(74)".* Mucho más tarde

(71) Gonzalo pone un ejemplo de *rogatio,* mal entendida aunque él la admite, que citaremos más adelante.

(72) Partida 3, tít. 18, ley 115, y proemio.

(73) Dice Gonzalo que no pasa a investigar la nueva nomenclatura introducida en el notariado a causa de los progresos tecnológicos de la ciencia. Ignoramos a qué se refiere.

(74) Gonzalo pretende demostrar el abolengo romano de las actas: "Ved el establecimiento de los notarios y les hallaréis levantando actas notariales. Los tendréis en los primeros tiempos del cristianismo autorizando las *Actas de los Mártires*". Cita también el *Acta Diurna.* Pero las *Actas de los Mártires* no siempre eran documentos notariales. No hay que perder de vista que el notario no es historiador, aunque suministre fuentes a los historiadores. En

reivindicó González Enríquez que no hay diferentes tipos de instrumentos, sino distintos casos instrumentales.

Solamente con esa solución se conseguía "perpetuar, conservar inalterable, dar garantía de fiel custodia, de estabilidad y certeza, cortar toda discusión sobre un hecho o una circunstancia, que el notario requerido al efecto ha puesto fuera de toda duda con su presencia y su narración verídica". O sea una consumación de esa conversión de lo volandero y efímero, en un acuñación segura de los intereses legítimos de la parte en el presente, y para el futuro en una aprehendida fuente de la historia.

Con lo cual, paradójicamente, el silencio de la Ley Orgánica dio lugar a una situación indecisa y muy transitoria, cuyo desenlace fue una dignificación definitiva de las actas como de esa manera sistemática no se había conocido en los precedentes históricos .

Por ese camino, en pro de la valoración de las actas, Gonzalo transcribió una reciente, la autorizada el 13 de julio de 1860 por Ildefonso Egurvide, escribano de número del valle del Roncal. Todos los años, ese día se reunían los alcaldes y regidores del mismo y los del valle francés de Bretens, en la piedra llamada San Martín del paraje Ernaz del puerto de Larra, donde estaba la frontera. Juntos y ante escribano renovaban el juramento, mutuo e inmemorial, de sostener la paz recíproca, y pagaban los franceses a los españoles el tributo de tres vacas de dos años. Un buen ejemplo de que las actas no son contratos... pero sí instrumentos públicos que pueden equivaler a escrituras.

A le vez que Gonzalo en Madrid, en Barcelona escribía Félix-María Falguera, cuya posición no puede ser más nítida (75). Para él las actas son instrumentos públicos, ya que entiende por éstos "todos los que están autorizados por notario y se encuentran en su potestad. Son instrumentos públicos, ya por ser sinónimas las palabras escritura pública e instrumento público, ya por la razón de que son escrituras que se redactan por escrito, y públicos porque están autorizados por fedatario público". La distinción entre escrituras y actas no le parece científica (76) sino lo contrario, anticientífica. Las actas son una especie de las escrituras. El instrumento público es el género y el acta una de sus especies. La distinción debe hacerse entre los contratos y las actas requisitorias o actas sin más, o sea las "escrituras en las

todo caso, de esa manera Gonzalo nos vuelve a situar en la cuestión de si en el sentimiento popular fue primero la escritura o el acta, dentro de esa tendencia al Notariado, anterior a la plena configuración del latino.

(75) *Formulario completo de Notaria* (Barcelona, 1862; 3ª ed., 1888).

(76) Dice haberse abierto paso en "algunos territorios".

que se hace constar un hecho sobre el cual ha sido requerido el notario para que le presencie y levante acta del mismo (77)".

## ¿NOTAS COMUNES?

Esta equiparación de las actas a las escrituras y la consideración de unas y otras como especies de un mismo género, tipificadas las escrituras por su índole contractual, o sea por el contenido, y no por la forma, evita el escollo de la preterición de la unidad de la fe pública y en consecuencia de la actuación del notario cuando la ejerce (78). Esta es una característica a falta de la cual sería difícil salvaguardar la esencia del oficio y su ejercicio. El deslinde no debe pues venir nunca del objeto del documento.

En cuanto a las notas comunes de que dijimos, para proceder con seriedad y de manera fructífera y no incurrir en ficciones, conviene partir de un expurgo previo de las actas mismas. Desde este punto de vista, las actas de depósito y las de protocolización se nos alejan del resto. Las primeras son un contrato, que no es obligatorio, entre el notario y la parte que requiere su intervención. En las segundas, el notario da fe de la rogación del requirente, y accede a ella creando un número distinto y nuevo de su protocolo, integrado por el documento que aquél le aporta con esa finalidad.

Las actas de referencia o manifestaciones se sitúan en un puesto intermedio. Además de lo que la rogación contenga, el notario integra el documento recogiendo las declaraciones narrativas que le hagan las personas designadas por el requirente. Tiene ineludiblemente que tener en cuenta su propia conducta, pero limitada a esa intencionalidad de asegurar la certeza de ciertos hechos, siem-

(77) Falguera no incluye modelos de actas en su formulario, sin duda porque su misma variedad las hace inasequibles a cualquiera genérico, pues todo depende de su contenido. Sigue siendo relevante su fórmula de la denunciación de obra nueva, demostrativa de la necesidad a veces de las actas para salvaguardar derechos de origen típicamente escriturario. La coloca entre los modelos antiguos, y tanto ayer como hoy sería de aplicación problemática en la práctica, por las circunstancias del lugar y las personas. Constituido el notario en la obra, colindante con una casa del rogante, debía requerir al maestro y sus albañiles, "y luego impidió con las manos la continuación de la obra, y tiró hacia ella tres piedras, la una después de la otra. Inmediatamente, en mi presencia, se ha medido la obra hasta ahora edificada".

(78) Dejados aparte únicamente sus escritos ajenos a ella, aunque indirectamente relacionados con la misma, como la remisión de índices al Colegio.

pre salvado su constante menester asesor en cuanto a las posibles consecuencias de la misma cuando haya lugar. La actitud del fedatario en ese aspecto y con esa salvedad, será meramente pasiva, de transcriptor, salvo el caso de que las manifestaciones tengan una naturaleza conflictiva o sencillamente delicada y exijan alguna matización o resulten incompatibles con la intervención notarial por mor del ordenamiento y las buenas costumbres.

En cambio en las actas de notificación o requerimiento, la actitud de las personas notificadas o requeridas desempeña un papel que puede ser esencial en la relación jurídica previa, hasta el extremo de modificarla en profundidad si aceptan la pretensión de conducta que el requirente las pide (79). Entrando en escena también la obstaculización, su negativa a recibir la cédula o incluso a escuchar al notario. El cual dará fe de lo que haya acaecido, pero debiendo extremar el cuidado en atenerse exclusivamente a su reflejo fiel y detallado.

Esa misma narración debe hacer el notario en las actas de presencia, pero el contenido de las mismas puede ser a cual más variopinto, exigiendo del autorizante una atención vigilante para evitar tanto la consignación de lo ajeno a su menester como la falta de inclusión de cuanto con él tenga que ver en el caso concreto, incluso los datos que el requirente no le haya referido, siempre que estén relacionados con el hecho a dilucidar, y contribuyan a asegurar su propia imparcialidad.

En estas actas los problemas que pueden plantearse son de índole externa, empírica, aparentemente secundarios pero de ineludible consideración. Comenzando por el lugar donde el notario debe examinar los hechos y poner por escrito su relato, aunque sea en borrador (80). Si es privado, asegurase la aquiescencia de quien disponga de su acceso. Pero desde ese punto de vista puede haber espacios indeterminados y por lo tanto capaces de suscitar discusiones. El

(79) Cfr., Francisco Palá Mediano, *Las notificaciones notariales y sus efectos en la relación jurídica sustancial,* CN, "Estudios de Derecho Notarial" 2, 191-343.

(80) Citamos este ejemplo de Adrados y la observación que le suscita: "Hay actas que se refieren a un conjunto de cosas, en vez de a una cosa aislada, entre las que destacan las actas de *inventario,* en las que junto al aspecto positivo de existencia de las cosas relacionadas en el acta, cobra también importancia el aspecto negativo, de inexistencia de ninguna otra. Esta mirada a la practica basta para poner de relieve la gran importancia que tiene el *lugar* en materia de actas, hasta el punto de que quizá sea el aspecto que mayores dificultades plantea, sin que su resolución sea ni mucho menos segura".

acta desarrollada en un lugar público no ofrece ese inconveniente, pero esa misma índole puede suscitar otros, no sólo estrictamente jurídicos, concretamente de competencia, sino también de hecho, si la presencia del notario se hace manifiesta sobre el terreno a gentes de intereses opuestos a los del requirente y por lo tanto molestas con esa actuación a desempeñar.

Otros aspectos son los planteados por el examen de la situación real. Puede implicar peligrosidad o exigir actitudes del notario que lleguen a lo ridículo o irrisorio, haciéndole por lo tanto de alguna manera desmerecer en el concepto público. Los problemas deben resolverse con prudencia y ponderación de todas las circunstancias, para fijar los límites de la intervención, o la negativa si procede. Cada uno de nosotros podría aportar sin mucho esfuerzo ejemplos con que ilustrar este capítulo. Otros han dejado huella en la prensa notarial, y al final daremos noticia de algunos.

Las pretensiones de los requirentes a veces son sencillamente impertinentes o exigentes de comportamientos que no proceden. Pero pueden llegar a invasoras de otras competencias. Que el notario haga investigaciones de índole policíaca es un ruego muy socorrido. En todo caso hay que estimar que el recurso a la intervención notarial lleva consigo la estima de ésta por parte de quien la demanda, su confianza en ella. Pero esto no debe apartar al fedatario de una postura ecuánime, decidiéndose por la negativa si la solución legal la impone, o es lo más aconsejable y discreto en caso de duda. Ir más allá en el esfuerzo, tiempo y circunstancias, queda al arbitrio de cada cual.

Hay que tener presente con José-María Segura Zurbano que las actas son "uno de los documentos que emanan de nosotros y van alcanzando una difusión que, por un lado, confirma el respeto de nuestra sociedad hacia el notario, y por otro plantea el problema de su inflación y consiguiente pérdida de valor (81)".

## LAS ACTAS DE PRESENCIA

A estas actas de presencia las prefiere llamar Adrados de percepción, y mejor aún de mera percepción, viendo en ellas "la más pura manifestación del acta notarial, las primarias, originarias, de primacía conceptual (82)".

(81) *Las actas y los requerimientos notariales* cit.

(82) Y también de esa inabarcable variedad que origina constantes problemas prácticos.

Efectivamente, el notario se sitúa en ellas frente a una realidad externa, física, habiendo una integral inmediación entre él y ésta. De manera que su descripción, en el documento que autoriza, goza de las consecuencias de la fe pública, de la presunción de veracidad, sin ninguna restricción proveniente de cualesquiera factores ajenos, en cuanto esa realidad es el objeto inmediato y auxiliar de su percepción (83). Con exclusividad, "según lo que presencia o percibe por sus propios sentidos", en la expresión reglamentaria (84).

Esta percepción es una materia científica, entrando de lleno en el dominio de la Fisiología. Pero para su comprensión a los efectos que al ámbito notarial interesan, hay que tener en cuenta la observación del mismo Adrados, de que ahí "el Derecho no parte de las verdades científicas, sino de las realidades humanas o sociales, expresando pues el fedatario los pensamientos que por sus sentidos ha adquirido". Esta puntualización es la que le sirve para descartar la tesis de González Enríquez y sus colaboradores (85), de que en las percepciones sensoriales del notario hay forzosamente un factor intelectual que consiste en la interpretación de las mismas, de manera que su narración en el acta no implicaría una seguridad, sino que sería un juicio, una opinión, como el de la capacidad de los otorgantes en los contratos o la fe de conocimiento (86).

En cuanto a la intervención de unos u otros sentidos, hay que estar de acuerdo con la afirmación de Núñez Lagos, sencillamente justificadora de la evidencia, de que el notario puede dar fe de lo

(83) Lo que no excluye posibles problemas en la manera de extender la diligencia, habiendo incluso casos en los cuales es posible se comprometa la imparcialidad del notario. En el simposio de 1983 se planteó el requerimiento de consignar si en una chabola a la orilla del mar había ciertos enseres. ¿Debía el notario limitarse a ello o dar cuenta de los de otra especie? Las consecuencias jurídicas podían ser muy diferentes.

(84) Hasta tiene su expresión literaria. Así en *Mi país inventado,* la novelista chilena Isabel Allende, al describir la última etapa, ferroviaria, de un viaje de Valparaíso a Bolivia, tras un trayecto marítimo hasta Antofagasta: "Yo anotaba en un cuaderno, con una tenacidad de notario, como si ya entonces presintiera que sólo la escritura podría anclarme a la realidad"; en cambio, "por la ventana, el mundo se veía difuso por el polvo de los vidrios y deformado por la prisa del viaje".

(85) *Comprobación* cit.; cfr., Cámara, *El Notario latino* cit. y Segura Zurbano, *Las actas* cit.

(86) Precisamente, en la reforma reglamentaria de 1984 encontramos previsto y resuelto un caso de conversión de una presunción mediata en la dación de fe sin más. Es la firma confesada, la nueva autenticación de la que el notario legitimó sin estar presente el firmante –"por ser al parecer la suya"– mediante su reconocimiento ante él mismo.

que le dicen, pero a condición de que vea, de que esté viendo al que se lo dice (87): "Se me preguntó una vez si el notario podía recibir una declaración por teléfono, y contesté: –No, porque el notario no puede trasladar al papel un simple acto de oído, y el ver el aparato telefónico no basta. La vista es el sentido fundamental para el notario, pues precisamente es ella la que produce la evidencia (88). La evidencia es la consecuencia de la vista"; a diferencia de los certificados, tal el médico, que no es un acto de evidencia, sino un juicio basado en los conocimientos científicos de su autor.

Aunque no estaba descaminado el anteproyecto Miyar, que distinguía entre las actas de presencia, de vista del notario, y las de manifestaciones, de oído del mismo (89).En la jerarquía de los otros tres sentidos, salta a la vista la primacía del tacto sobre el olfato y el gusto (90).

Por lo tanto, no requiere ningún esfuerzo formarse un juicio condenatorio de una escandalosa actuación notarial en Milán, dando el notario fe de lo que se le contestaba a preguntas que realizó a través de números determinados del teléfono (91). Para fallar la nulidad, como efectivamente ocurrió, no debieron encontrar obstáculos los jueces (92). Pero se basaron en un motivo sobre el que, sin la lectura íntegra de la sentencia no es posible opinar, la invasión por el

(87) *Concepto y clases de documentos,* RDN 16 (1957-2) 7-36, y EDN, 1, 273-298.

(88) Eso explica el patronazgo, adoptado por algunos notarios, tal los de Zaragoza, de Santa Lucía, por ser ésta la "abogada" de la vista.

(89) Pero notemos el menor papel de la cobertura por la fe pública en éstas que en las otras. Ese anteproyecto fue digno de mejor suerte, y conviene volver a él para iluminar bastantes extremos, aunque no precisamente en materia de actas. En éstas, además de las de manifestaciones y las de presencia, dedicaba otra sección a las de notoriedad. Clasificaba las de presencia en las de exhibición, subasta o concurso, notificación, protesto, protestas de mar, protocolización, y depósito,

(90) Indudablemente sobre el olfato. Luego nos detendremos en una resolución de la Dirección, de 3 de julio de 1963, interesante también en varios otros aspectos.

(91) "Rivista del Notariato" (1957); G. Serpi, *Il Notaio nella giurisprudenza* (Padua, 1971) 94-96.

(92) Muy permisivo es el Código del Notariado de Nicaragua, promulgado en 1962, obra del diputado Munguía Novoa, por cierto que regulador con mucho detalle de las notificaciones por correspondencia. Admite dar fe de las conversaciones telefónicas escuchadas integralmente, si se toman notas taquigráficas o se graban en discos, alambres o cintas magnetofónicas. Mas queda en pie el problema de la identificación de sus autores.

notario de competencias judiciales. Acaso una sobreabundancia de razones les distrajo de una examen exhaustivo del caso.

Sin embargo, la cuestión nos interesa porque pone sobre el tapete una vez más las relaciones entre los Derechos Notarial y Procesal. Ha habido notarialistas que con razón han reaccionado contra lo que llamaron teoría procesalista en la materia de Notariado. Pero ello no puede llegar a postular una incomunicación del ordenamiento jurídico entre los dos ámbitos, de manera que, la claridad de la negación de la postura que reduce el valor del documento notarial a un medio de prueba preconstituida, no debe impedirnos llegar al tratamiento, sino idéntico al menos similar, de la una y la otra actuación, cuando coinciden en el aspecto probatorio no exclusivo.

A este propósito hemos de traer a colación los casos en los cuales, sin llegar a actas de presencia, algunas actas de referencia resultan de una cierta manera tangenciales a ellas. Son aquéllas en que las manifestaciones recogidas por el notario, y que constituyen su objeto, no lo son en el despacho notarial o en otro lugar por comparecencia espontánea de los manifestantes de acuerdo con la rogación, sino en el lugar señalado por el rogante. Naturalmente, coinciden con todas las de su género, en que el notario sólo da fe de que las declaraciones en cuestión han sido emitidas de la manera que consigna, pero sin entrar ni siquiera plantearse el tema de fondo de su veracidad. Sin embargo es lícito, a veces incluso puede resultar preciso, que el notario describa el lugar donde ha encontrado al manifestante y la circunstancia explicativa de su presencia en él, y esa constancia, desde luego de presencia, puede ser de interés para los propósitos lícitos del requirente. Mas llegados aquí parece conveniente recordar sin más los principios de la función.

## LA FE Y EL INSTRUMENTO

Para los que recordamos el catecismo tradicional, desconcierta a primera vista la expresión notarial “dar fe (93)”. Pues en ése la fe era una virtud teologal que consistía en creer lo que no se había visto, *credere quod non videmus propter testimonium dicentis,* algo subjetivo de que el creyente estaba en posesión. En cambio la fe que da el notario es de lo que él ha visto y comprobado, y sus efectos jurídicos consisten en una imposición de la misma por doquier a quienes

(93) Remitimos a la precisión arriba citada de Navarro Azpeitia.

no lo han visto, a todos, en virtud de una norma del ordenamiento de Derecho, no por asunción voluntaria(94).

Así empezaba Palomino su tratamiento de la cuestión(95). Recordando inmediatamente que un objeto, y cualquier hecho presente a nuestros ojos –*videntia–,* a nuestro conocer directo, es una realidad evidente. En ese caso tenemos la evidencia de esa realidad percibida y, respecto de ella, formulamos un juicio de razón, un acto de juicio. Asentimos al objeto, afirmando su contenido.

Este asentimiento se produce no sólo en todo acto de juicio, sino también en todo acto de fe, mas en el juicio se asiente al acto de juicio por su evidencia, y en el acto de fe religiosa, a pesar de su no evidencia –*quod non videmus–.* Pero la fe humana que es la notarial, dimana de una autoridad pública, que procede del Derecho Público, y por eso su credibilidad obligatoria se llama fe pública s.

Mas la doctrina de la fe pública, prescindiendo de las palabras con que se enuncie, no es a nuestros fines inexacta, pero sí incompleta, ya que sólo explicaría las actas, no las escrituras, en cuanto no se extiende a la parte del contenido de éstas que el notario no ha percibido. Notemos lo que significa esta postura en pro de nuestra defensa de la primacía de las actas, sobe todo las de presencia.

El concepto de fe pública, sigue sosteniendo Palomino, es insuficiente para explicar los efectos del instrumento público. Entre ellos, "la distinción de escrituras y actas, cosa por demás difícil con cualquiera teoría(96)". El caso es que, una vez afirmados por el notario los hechos, su evidencia en el instrumento público les confiere no sólo certeza, sino una eficacia que cubre "una escala de sonidos de intensidad muy diversa". De manera que la graduación de valores

(94) Se nos viene a las mientes la exaltación de Falguera, al postular la universalidad de la autenticación notarial. Subrayaba que todas las autoridades en la imposición de su poder coercitivo y todos los funcionarios en el ejercicio de sus atribuciones y deberes, sólo pueden actuar en territorios delimitados. La única excepción es el notario que no conoce límites geográficos, teniendo los documentos de él emanados una validez universal, planetaria, *all over the world,* una vez adverados según las distintas legislaciones para surtir efectos en el extranjero. A simple vista, tomada en serio, esta postura exultante podría parecer de una presuntuosidad ridícula. Pero no lo es si nos fijamos en una realidad desconocedora de fronteras, que la dación de fe es un testimonio de la verdad y ésta es indivisible.

(95) *Instituciones,* p.64.

(96) Parece que haciendo demasiada aplicación del análisis ontológico del acto de fe (cita la *Introducción a la Filosofía,* de García Morente, 1943). No vamos a comentar las consecuencias que deduce. A nuestros efectos aquí, nos basta con esa noción del acta.

en la eficacia de que la evidencia del notario inviste a los hechos afirmados por él en el documento público, empieza jerárquicamente por la misma evidencia vital del hecho afirmado, en una dependencia instrumental.

Siendo imprescindible acudir otra vez a NÚÑEZ LAGOS (97). El cual comienza con la afirmación de que "todo hecho jurídico es transmisible, desde el mundo físico en que acaece, hasta el papel, mediante la representación gráfica, su narración. De esa manera el hecho histórico ha pasado a ser hecho narrado (98)". Presupuesto de esta construcción es la distinción entre el documento como cosa, el papel, y el hecho documentado (99).

Así las cosas, subraya que en la técnica notarial de las actas, en las cuales el papel documenta sólo el acto, acto y documento coinciden. No en las escrituras contractuales, donde la audiencia notarial es un rito del acto. Notemos que esta visión no es sino una expresión distinta, una aplicación si queremos, de la insistencia en la función autenticadora tal y como se ejerce en las actas, inmediata y sin intermediario alguno, pura autenticación pero no exclusiva (100).

En otro lugar (101), recordó que "el documento no representa, al menos directamente, el hecho. El documento expresa un pensamiento de autor". Una afirmación compatible con cuanto venimos

---

(97) *La dispersión documental y sus consecuencias,* "Revista Notarial" (Buenos Aires; 1956-1; y EDN I, 17-22).

(98) Añadimos que a la vez se ha hecho fuente de la Historia, ha cobrado dimensión historiográfica.

(99) No entramos aquí en la cuestión, aun reconociendo ser la más actual y de porvenir, de los soportes distintos del papel; cfr., ANA SUÁREZ GONZÁLEZ, *¿Del pergamino a la piedra? ¿De la piedra al pergamino?. Entre diplomas, obituarios y epitafios medievales de San Isidoro de León,* en el "Anuario de Estudios Medievales" 33-1 (2003), 365-415. Adrados lo hizo en un temprano libro sobre el documento electrónico. La Academia Matritense nos va enriqueciendo constantemente con nuevas aportaciones a la materia (por ejemplo JAVIER GIMENO GÓMEZ, *Aspectos jurídicos del contrato electrónico y su incidencia en la función notarial,* AAMN 41 (2001) 283-370 y MANUEL GONZÁLEZ DE MENESES GARCÍA-VALDECASAS, *La función notarial en el medio electrónico,* íbid. AAMN 52 (2011) 49-121. No vamos a entrar tampoco en valoraciones. Citaremos únicamente la legislación más vanguardista, la austríaca, que admite la electrónica para todos los documentos, menos los testamentos y los pactos sucesorios. Una excepción que da qué pensar, precisamente por ser la única. En todo caso, la diferencia entre el soporte electrónico y el papel va más allá que la que diferencia éste de la cera, la madera y los metales.

(100) No en el sentido de excluir las otras funciones, cuyo ejercicio es compatible con esa afirmación de realidades, o mejor su comprobación.

(101) *Concepto* cit.

diciendo de la función notarial en las actas. Con tal de reconocer, en el caso de éstas, la identidad del pensamiento del autor con el hecho narrado. Es más, ese pensamiento que el notario traslada al papel al narrar el hecho que es objeto del acta, se identifica con su misma índole de objeto de la fe pública, de una manera que correlativamente también es más inmediata que en la dación de fe de los negocios jurídicos, pues tiene una conexión directa con todo el contenido, sin las distinciones que se imponen en las escrituras.

Lo cual resulta más vivamente si paramos mientes con inmediatez en la autoría del documento. Siendo evidente que autor no es el que materialmente le hace por mano propia o ajena (102). Lo mismo en la escritura contractual que en el acta, pero en ésta no hay más que el autor del documento, no como en aquélla en la que además hay autores de la declaración de voluntad, aunque al pasar al documento público no alcancen la categoría de autores de éste, la cual es exclusiva del fedatario.

Tampoco hay que dejarse seducir por el reclamo del llamado documento directo, en lo que tanto insistió Carnelutti, o sea los casos en que entre el hecho documentado y el documento no se requiere ninguna intervención de la mente humana, tal la fotografía, la cinematografía y la fonografía. Núñez Lagos reconoce esa índole directa, pero puntualiza que a pesar de ella, esos documentos "siguen siendo documentos privados totalmente neutros, mientras un funcionario no los advere o se reconozcan, ya que esa cualidad de directos no impide su falsificación o inexactitud, aparte de que la fecha no se retrata". Es evidente, como Paul Auster escribió en su novela *Scriptorium,* que "las fotografías no mienten, pero tampoco lo cuentan todo".

Por eso la fe pública incorporada a un acta tiene la eficacia indiscutible de prueba directa con plenitud, en cuanto gracias a la intervención autenticadora del notario también retrata el tiempo (103). Refiriéndose a las escrituras, se ocupa Núñez Lagos de las declaraciones de verdad de las partes, relativas a hechos pretéritos, que no suceden ante el notario ni están presentes en la audiencia notarial, "por lo cual no pueden ser autenticados más que como tales declaraciones, pues la autenticación sólo lo puede ser de los hechos que

(102) La teoría de la firma es superficial. La de la confección física, extravagante –es la de Boldt que cita Núñez Lagos, y parece que de nadie más–.

(103) Citamos aquí la conferencia de Núñez Lagos en Montevideo, *Clasificación y efectos de los documentos,* publicada en la "Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay" 43 (1957-3-4; y EDN I, 300-326).

el fedatario tiene delante, los actos de vista", o sea la totalidad en las actas (104), ya que "la narración implica inmediatez entre hecho histórico y funcionario. Es una adecuación directa entre el *actum* y el *dictum"*, ya lo dijimos antes, y nosotros apostillamos interrogativamente, ¿es posible negar que ello solamente en las actas puede afirmarse integralmente? Pues en las escrituras la inmediación cuando se refiere a las declaraciones de las partes juega sólo indirectamente.

Núñez Lagos reconoce que toda la técnica notarial española está basada en la distinción documental entre escrituras y actas (105). Las escrituras tienen por contenido una declaración de voluntad, un negocio jurídico. Las actas, cualquier hecho que no sea típicamente una declaración de voluntad. Las escrituras están pues a caballo entre la esfera de los hechos y la del Derecho (106), mientras que las actas sólo exigen del fedatario una actividad *de visu et auditu suis sensibus,* sin entrar en las posibles cuestiones de fondo (107). En las actas, el notario narra el hecho patente para sus sentidos, y le deja ser lo que es y como es, salvo la investidura de la perpetuación de su evidencia (108). La actuación notarial ni le manipula ni le altera. El acta es una copia del natural (109). Su eficacia es la de medio de prueba, pero no sólo judicial; un efecto reflejo del orden jurídico (110). Se nos vienen a las mientes la vieja definición latina, *acta vel gesta quae probationem rei gestae continere solent,* y la terminología comparada *–procès verbaux, verbali di constatazione–.*

En otro lugar observó el maestro que las manifestaciones de realidad son uno de los hechos del otorgamiento amparados por la fe pública, "la narración que el documento contiene de lo que el notario

(104) Evidencia que no requiere comentario alguno. Esta dimensión temporal nos va a servir para negar la ortodoxia de una rogación en un ejemplo que veremos y al que ya aludimos, discrepando de la opinión de Gonzalo.

(105) *Hechos y derechos en el documento público* (Madrid, 1950; y EDN I, 483-668).

(106) Merced a la función configuradora del notario.

(107) Aunque en las formales-subastas, protestos –ha de guardar las formas en cuestión.

(108) Recordamos la película de Agnès Varda, *Visages, villages*, la cineasta con su furgoneta caminos adelante para encontrar y conocer gentes y fotografiarlas a fin salvarlas de los agujeros de su memoria. Eso hace el acta notarial con los hechos que son su objeto, además de dotarlos, como aludimos atrás, del esencial dato del tiempo, de esa manera definitivamente acuñada.

(109) Por eso brilla más en ella la fe pública.

(110) Lo que también en las escrituras hay que reconocer.

presencia, escucha y ve, pero no sólo como declaración de verdad suya, sino cuales realidades actuales y coetáneas al momento de la autorización de la escritura (111)". También de las actas, es inevitable aclarar.

Cita al magistrado y procesalista Plaza (112), quien subraya cómo "la certeza de lo que *de visu et auditio* (*sic*) consigna el fedatario por percepción directa y no por *revelación de los comparecientes*, es evidente e indiscutible, y la querella de falsedad es el único medio de contradecirle".

Ahora bien, en las actas de presencia todo es percepción directa, no hay revelaciones de las partes pues partes no hay, y si el rogante manifiesta algo al pedir al notario el levantamiento del acta, ello queda fuera del contenido de ésta como tal.

Lo cual es una continuidad con la doctrina y la práctica de los escribanos anteriores, predecesores a propósito de los cuales Núñez Lagos cita a José-Vicente Caravantes (113), cuando recordaba que "los instrumentos sólo hacen fe respecto de los hechos materiales que el escribano enuncia como ejecutados por él mismo o pasados a su presencia, pero no de los hechos de los que el escribano no ha podido convencerse por el testimonio de sus sentidos y que sólo le ha sido posible enunciar como opinión individual suya".

En la cátedra de Derecho Notarial de la Universidad de Sevilla y en el Colegio de Escribanos de Buenos Aires y el Plata, trató Núñez Lagos de *Los efectos sustantivos de las actas notariales (114),* volviendo sobre el tema de su distinción de las escrituras. Recordó una vez más que éstas tienen por contenido sustantivo un negocio jurídico, y las actas un hecho que no se puede acotar más que negativamente, o sea un hecho no negocial. Históricamente, no fueron diferenciadas por criterios formales, sino por tal contenido sustantivo, negocios y hechos sin más en el instrumento público. Reconoció que la diferenciación entre escrituras y actas no estaba exenta de serias objeciones, aunque muy arraigada en los profesionales del Derecho y especialmente en el Notariado.

El resultado, "como en todas las distinciones, ha sido una *capitis diminutio* de las actas". Pero tuvo que recordar inmediatamente que

(111) *Documento público y autenticidad de fondo,* "Revista del Notariado" 550 (Buenos Aires; mayo 1947) y "La Notaría" 83 (1948, 1-2) 69-97; EDN II, 85-207.

(112) *El documento público y el documento auténtico,* separata así citada.

(113) *Tratado;* II, 167, ed. 1856.

(114) EDN II, 477-512.

"la autenticación de hechos ha sido y es la esencia de la función notarial, en cuanto función pública". Algo que no se puede preterir, aunque históricamente haya tenido preeminencia la autenticación de aquellos hechos llamados en la técnica de hoy negocios jurídicos, a pesar de que en las escrituras de los mismos, lo que el notario hace también es "levantar acta de lo que ve y oye, ya que su actividad funcionarista como ministro de la fe pública está ligada a los hechos, incluso en las escrituras", y no puede ir más allá ni extenderse a los hechos ajenos. No podía tener mejor espaldarazo nuestra postura reinvindicatoria.

La que continuamos, volviendo al principio ya adquirido irreversiblemente por el Derecho Notarial, negador de que el instrumento público sea exclusivamente un medio de prueba. En efecto, es evidente que su eficacia está por encima de esta consecuencia. Pensemos en que el medio de prueba nada más que cuando hay prueba entra en juego, o sea en la *litis*, un palenque en el que afortunadamente sólo una minoría de documentos notariales compite. Ahora bien, ello no quiere decir que como medio de prueba el instrumento público pierda su valor de eficacia privilegiada y casi siempre decisiva.

En este sentido no se puede nunca olvidar que "la fe notarial recae exclusivamente sobre los hechos coetáneos al acto del otorgamiento", pues la *fides publica* no puede probar lo hecho o acontecido *antes,* no el pasado, sino el presente (115).

Esto por un lado. Por otro, no es superfluo recordar comparativamente una vez más ante las actas el doble aspecto de la función notarial en las escrituras, la de los hechos como manifestaciones de verdad o realidad, y la del Derecho como expresión de legalidad. Lo cual quiere decir, que los hechos están en primer lugar, pues de no ser por ellos la legalidad caería en el vacío, no tendría donde aplicarse", lo mismo que el entendimiento y la memoria no se los presenta.

"Si el instrumento existe –dijo Núñez Lagos– subsiste *iuris et de iure,* con fe pública, hasta que una sentencia firme en juicio declarativo le degrade de ella, declarando su falsedad civil". Ahora bien, esta consecuencia es aplicable a todo instrumento público, y por consiguiente también a las actas. Sin que olvidemos que el hecho de realidad autenticada en un acta puede ser decisivo en materia

(115) *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial,* conferencia en la Academia Matritense, publicada en el primer número de sus "Anales" 379-510; EDN II, 91-182.

de prueba de una relación o situación de Derecho, aunque no sea contractual. De manera que lo que en las escrituras vale para los hechos del otorgamiento, en las actas vale para todos sus hechos sin más.

Y estaba trillado, como nos va saliendo siempre al paso, su reconocimiento al tratar de la eficacia probatoria de las declaraciones de las partes en un contrato, las enunciativas, no las de voluntad, en las que su eficacia se sale de los confines de la firma, "pues sólo se pueden probar por documentos antiguos o por múltiples documentos", como ya escribió un clásico de la primavera notarial, Riminaldo el joven. Un ámbito en el que hay que dar su voz a los procesalistas.

## EN EL PROCESO

De los cuales, JAIME GUASP recordó que el acta pertenece a esos documentos que fijan o constatan la situación a que se refieren, los declarativos, mientras que las escrituras contractuales se ubican en los constitutivos o dispositivos (116).

Según él, lo que más caracteriza a las actas es el tiempo y el lugar de la actividad documentadora. Por razón del lugar, son documentos que aparecen localizados en un determinado espacio, y por razón del tiempo se sitúan en un momento cronológico concreto.

En las actas de presencia, el tiempo y el lugar coinciden con los del objeto del documento, o sea con la realidad a probar. En las de referencia en cambio, su tiempo puede no coincidir con el de la formación del documento –tal el documento histórico o inmemorial–.

Al tratar de la naturaleza jurídica del documento, Guasp defiende su índole de medio de prueba auténtica, estimando errónea la extravagante opinión, que sólo puede contribuir a rizar el rizo, de no tener esa categoría, pues "lo que probaría sería la lectura y apreciación, percepción y deducciones que de su contenido hace el juez". En este sentido, aunque de manera incidental, hay que destacar, que en ningún otro documento como en el acta de presencia es más sencilla y en consecuencia eficaz, esa actividad de percepción y deducción, tanto por su índole sustantiva, un hecho, como por su investidura de veracidad, inmediata, directa, firme y simple.

También hay que tener en cuenta la puntualización de este procesalista a la defensa del documento notarial como medio de prueba procesal, pues la hace apostillando que ello tiene lugar sin detri-

(116) *Derecho procesal civil* (Madrid, 1956) 421-438.

mento de “su importancia, cualquiera que sea, como productora de legitimaciones o justificaciones objetivas para el tráfico extraprocesal (117)”.

Oxígeno para esa índole de la fe notarial, para la tesis que repetimos está ya comúnmente admitida, de la naturaleza abierta a los más amplios horizontes del documento que de ella la dota. Mientras que su faceta cual “factor determinante de una posible convicción judicial”, sólo es aplicable dentro del proceso (118).

Escribe también Guasp que “el documento actúa en ese ámbito judicial en cuanto demostración de los hechos que contiene y no como corroboración de su eventual contenido jurídico, al cual no se extiende la eficacia probatoria de este medio”. Lo cual, apostillamos, aplicado a las actas de presencia, es una demostración más de su pleno valor en los autos (119).

En fin, estima que “el único elemento decisivo para trazar el concepto de documento es que por su naturaleza mueble puede ser llevado a la presencia del juez, por lo cual el documento civil se acerca en realidad a la noción ya conocida en el proceso penal de pieza de convicción (120)”. Así las cosas, no creemos hiperbólico retratar las actas de presencia como el ejemplo pintiparado de la mayor aproximación concebible en lo civil a esos elementos en lo penal.

---

(117) Cfr. Elías Campo Villegas, *Aspectos notariales de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* AAMN 41 (2001) 211-279, y Nicolás González-Cuéllar Serrano, *La ejecución judicial de los títulos extrajudiciales,* íbid. 51 (2011) 148 (cita a V. Fairén Guillén, *Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el ordenamiento sevillano de 1360,* en “Estudios de Derecho Procesal” (Madrid, 1985) 533.

(118) Prestemos también atención a esta otra de sus afirmaciones: “Se dice que por su naturaleza el documento representa el ejemplo más importante, por no decir único, de la categoría llamada prueba preconstituida. Esta es una delimitación que carece de valor para el derecho procesal y que además puede no resultar cierta en muchas ocasiones”.

(119) En cambio, la exigencia de que el destinatario de la prueba sea el órgano jurisdiccional, de manera que carezcan de relevancia procesal las pruebas practicadas ante sujetos distintos, las cuales serán procesalmente lo que revele la forma en que se lleven ante el juez, sólo tiene aplicación a las actas de referencia, por lo cual el examen de los testigos, de que extraprocesalmente haya dado fe el notario, sería en el proceso un documento y no un testimonio.

(120) También el documento electrónico es una cosa mueble, pero en una copia, no en el origina –el cual se conserva de una manera *sui generis* más bien inmaterial–, y en una copia en la que el texto documentado no es inmediatamente visible sino que requiere una manipulación en una máquina, la cual no es sólo de escribir sino también de leer.

JOSÉ-ANTONIO ESCARTÍN IPIENS sentó que en el acta, la función notarial no es competitiva sino complementaria de la judicial, fijándose en el paralelo de las sendas dicotomías, el hecho inequívoco y la presunción de hecho en la doctrina procesal, y el hecho y el juicio en la doctrina notarial(121).

Precisamente por su condición de procesalista, es aún de más interés la doctrina que Guasp sentó en su conferencia en la Academia Matritense en 1947, titulada *Las actividades de dirección jurídica. Sus manifestaciones en el Derecho Procesal y en el Derecho Notarial.* Empezó diciendo que las instituciones jurídicas son producto de una tupida red de acciones y reacciones humanas en las que hay dos categorías, las finales (que realizan el fin) y las instrumentales (que proponen medios para su realización). Éstas son las de instrucción (que manejan el medio) y las de ordenación (que le obtienen).

Una especie de los actos de ordenación son los de dirección, "las actividades instrumentales en las que, en vista de una situación jurídica presente, se prepara o dispone, se ordena en una palabra, la utilización de un instrumento jurídico cualquiera". Su naturaleza depende del fin al que se dirigen, "y no son equiparables al acto de juzgar en el proceso. El medio para un fin es a su vez fin para un medio anterior, estando ahí el sentido de toda la actuación administrativa y acaso también de la procesal y la notarial", siendo posible de esta manera "ampliar enormemente los poderes instrumentales del notario, sin desfigurar su naturaleza ni convertirlo en funcionario de la administración", de manera que "como la eficacia de esta voluntad de dirección está reconocida por el derecho, cabe hablar de un poder para realizar tales actos, de un poder de dirección, no habiendo una dirección legal y una dirección judicial o notarial, sino una dirección jurídica que realizan jueces y notarios ajustándose a los preceptos legales", teniendo en cuenta que la atribución para un fin lleva consigo la de los medios para realizarlo, en el proceso al juez, en las intervenciones notariales al notario.

Los actos de dirección pueden recaer sobre personas (intimaciones de ciencia-notificaciones –y de voluntad– requerimientos), sobre cosas (debiendo clasificarse por las actitudes físicas posibles ante las mismas) y sobre actividades (actos en general, o algún elemento suyo particular), pero también sobre el lugar, el tiempo y la forma: actos de producción, de recepción y de simultaneidad o

(121) *El acta notarial de presencia en el proceso,* RDN 23 (1976) 399-433.

sucesión de otras actividades, como "el mantenimiento del principio de la unidad de acto, tan importante teóricamente para el notario".

De la simple lectura de este resumen, salta a la vista su índole fructífera para la determinación del papel del notario, no sólo en las escrituras sino también en las actas, incluyendo las funciones que van más allá de la autenticación, las cuales insistimos no son exclusivas de las escrituras, pues que la autenticación sea de la totalidad no quiere decir que la función notarial en esos casos se reduzca a ella.

## LA PERSONA DEL NOTARIO

Que España sea el único país, o casi, que no tiene una sola palabra para designar todos los documentos notariales (122), y que consecuentemente haya dado a las actas una regulación detalladamente más insistente en su diferenciación, es posible (123). Pero ello no ha podido evitar confusiones y anomalías tan llamativas como la opción de las actas para instrumentos claramente escriturarios (124), o dejarse la citada elección a los interesados, casos que aquí no vamos a elencar ni comentar.

Lo que nos interesa destacar es que cuando las actas se han abierto camino en nuestro ordenamiento, por no hablar de los demás, antes y después de 1862, pese al silencio legislativo, sin necesidad de él nos atrevemos a decir, ello ha ocurrido sencillamente por obra y gracia de la tradición y la costumbre (125). Y nosotros nos preguntamos, ¿acaso no han sido la tradición y la costumbre las que abonaron el terreno para que los juristas de Bolonia dieran el paso decisivo hacia la acuñación legal, pero ya expresa y reconocida, del Notariado (126)? ¿No son una prueba de ello los documentos

(122) ¿No es una razón fundamental para su unidad que los negocios jurídicos de las escrituras sean también hechos jurídicos?

(123) Y también que en algún aspecto lo echen de menos en el extranjero; cfr. Giacomo Sciello, *La forma dell'atto notariale. Necesità di una disciplina legislativa improntata a criterio sistematico,* "Rivista del Notariato" (1953).

(124) Tal la protocolización de las operaciones particionales por el contador.

(125) Éstas también han contribuido, como ya apuntamos, a esa mayor generosidad en la admisión de las actas, en cuanto a la exigencia de que los hechos objeto de las mismas sean de orden jurídico, no llegando a la anulación del requisito, que habría implicado una anarquía caprichosa, pero sí a su interpretación amplia y humana, la total que postulamos.

(126) Una índole tradicional y consuetudinaria que es la justificación del

del monasterio benedictino de San Gall que estudió Ángel Martínez Sarrión, como un lento camino a lo que hoy somos(127)? Conviene pues tomar nota de esta ecuación entre las actas y el Notariado sin más.

Pedimos aquí la venia para preguntarnos por los motivos que impulsan al rogante a convertirse en tal, o sea acudir a la notaría ¿Qué espera de ella? Es evidente que la seguridad, no la prueba preconstituida. Si de ésta se acuerda es para tranquilizarse con el convencimiento de que no le va a ser necesaria, probablemente más convencido que los profesionales del Derecho de la verdad parcial de la frase simplificadora de Costa, "notaría abierta, juzgado cerrado.. Traduciendo esos impulsos a la función notarial, volvemos a encontramos con el aspecto autenticador de la misma.

Pero si concretáramos la pregunta más, si el interrogante no se formulara para la Notaría en abstracto sino para el notario concreto, diríamos que la primera motivación del rogante estaría en el asesoramiento de confianza, en el consejo incluso. Y claro está que la función notarial está indisolublemente ligada a la persona del notario.

Pero a propósito de ello nos encontramos en la sociedad y su imaginario colectivo, con que esa personalización se ha trasladado al conjunto, a todos los notarios, al convencimiento de la igualdad entre los mismos(128). Algo que a primera vista podría derivar en la consideración del oficio cual algo gregario y fungible, pero en definitiva es la consecuencia de la estima popular del menester y sus cultores, por otra parte en plena coincidencia con su valoración legal. Por lo cual incluso a la Notaría sin más podríamos trasladar esa confianza, tal búsqueda y demanda de consejo, de una intensidad que sería capaz de llevarnos a la postergación, como una consecuencia en segundo plano, de la imagen que se tiene del fedatario. Estimación de la Notaría que implicaría forzosamente la petición de la actuación configuradora.

---

Notariado como algo natural, cual una exigencia previa de la sociedad, no una creación artificial del Derecho. En ese sentido nada más llamativo que lo que los legisladores franceses dijeron al promulgar la Ley de Ventoso, la primera voz precursora de otras en los nuevos tiempos, pese a la ruptura con el pasado y la revolución jurídica que implicó el cambio de la historia tras la caída del antiguo régimen.

(127) *Monjos y clergues a la recerca del notariat. Estudi dels documents llatins de l'abadía de Sankt Gallen, segles VIII-XII* (Fundación Noguera; Barcelona, 1992).

(128) La autenticación funcionarista del documento tabeliónico, estaba muy alejada de nuestra intervención notarial, pareciéndose más a la registral, por la carencia de las demás funciones del notario de hoy.

Así las cosas, ¿por qué negar que la misma se da en las actas también? ¿Acaso los términos de su rogación están exentas de ella? Con la salvedad de que ni la voluntad ni los intereses del rogante pueden influir lo más mínimo en la narración notarial llegado el momento de la diligencia, por tratarse de uno de los extremos en que la imparcialidad se pone más a prueba(129). Pues debemos pensar a esos efectos que la autenticación es esencialmente indivisible, siempre la misma, de manera que sólo es posible pensar sencillamente en ella o en su carencia. En cambio en la configuración caben grados Es más, hemos de admitir que apenas cuenta en los casos en que el cliente lleva al despacho la relación jurídica ya configurada por él mismo, por otros profesionales o sencillamente por hombres buenos.

En cuanto a la función legalizadora, sugerimos si la del notario que autoriza las actas no se reduce a comprobar la falta de ilegalidad, tanto en el fondo como en la forma(130). De la legitimadora,

(129) Segura Zurbano comenta, calificándola de dura, la recomendación del Colegio de La Coruña, siguiendo a su colegiado Otero Peón, según la cual "el notario que acepta un requerimiento de actuación, no debe cooperar activamente a que el rogante no obtenga el resultado que desea y como lo desea, pues sino es el abogado del requirente tampoco el defensor del requerido". Mas hay que tener en cuenta que en pocos otros casos el deber de imparcialidad puede ponerse tanto como en éste a prueba. Por lo que incluso hay que ser cuidadoso ante la inclinación en el asesoramiento a la parte mas débil; cfr. Adrados, *Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato,* Ponencia en el Congreso de Lima, RDN 116 (1982) 309-342, y EJ, II, 447-515. Es evidente que el asesoramiento tiene que ser inexorablemente objetivo, teniendo el notario que informar de las consecuencias tanto al fuerte como al débil. Pero es legítimo que insista en atender a éste con más cuidado, entre otros motivos por su mayor necesidad de ello, y como compensación a la desigualdad de las partes. Ello no atenta a la imparcialidad, pero humaniza el menester jurídico del notario. Por otra parte es la tendencia felizmente irresistible de la normativa actual por estas vías, una constante tan patente y abundosa que no entramos en ella, aunque llenar páginas sería lo más fácil. "La imparcialidad –se concluyó en el Simposio de Barcelona, 83– no puede ser una imparcialidad formal, que ante una desigualdad profunda de las partes podría significar una verdadera parcialidad, tiene que ser sustantiva, tendente a corregir la inferioridad del llamado contratante débil, pero no para que prevalezcan necesariamente sus intereses, lo que sería de nuevo parcialidad, sino para situarle en condiciones de defenderse. Ese contratante débil sería quien más padecería, si el notario, su único asesor, viera reducido su papel al de mero funcionario autorizante".

(130) No vamos a abordar aquí la cuestión de si procede signar las diligencias, como postuló Giménez Arnau, para diferenciarlas de las notas mediante el signo; cfr., Carlos Sáez, *El signo como emblema,* en el "Anuario

reconocemos no cuenta en ellas, precisamente por esa su misma recomendable apertura y la simplificación de sus requisitos (131).

En cuanto a esa necesidad de las actas que postulamos, a su demanda social, no creo parezca frívolo recordar que en cuanto a los negocios jurídicos existen los documentos privados para comprometerse jurídicamente, mientras que los hechos que pasan y se convierten en pasado, a veces sin huellas, sólo se pueden asegurar mediante su constancia instrumental en el momento de acaecer.

## LAS DELIMITACIONES DE LA COMPETENCIA

Es evidente que de las representaciones mentales de nuestras sociedades hace parte la encarnación de la fe pública en el Notariado y los Notarios, pues en el imaginario colectivo, la fe pública judicial queda inmersa en la actuación de la justicia sin más, y en cuanto a la administrativa no se integra en la visión corriente de las cualidades y deberes del funcionario. Por otra parte, la identificación de que decimos se explica por la circunstancia de estar esa función notarial al servicio y elección de los particulares, llegada a popular por eso, de manera que las otras manifestaciones jurídicas a ella equivalentes en ciertos aspectos, se quedan lejos en la valoración común y como algo ante todo distinto y más ajeno cuando su conocimiento se atisba.

Esta característica esencial es determinante de la confianza con que el ciudadano recurre al notario. Recuerdo que en las bodas de plata de mi promoción, se comentó el caso reciente de un terrorista del Grapo que pidió a los policías que le detuvieron ser entregado ante notario; (132)Se hubiera tratado, claro está, de un acta.

Las cuales, ya nos ha salido antes al paso, son el documento más propicio a un exceso de rogaciones, a veces jurídicamente imposibles de atender por no entrar en nuestras competencias, y otras impertinentes o caprichosas, incluso carentes de pretexto justificativo (133). Se me viene a las mientes el caso de un compañero que

---

de Estudios Medievales" 33 (2003) 339-363, y para una reflexión mediata, Faustino Menéndez Pidal, *Los sellos en nuestra historia* (Madrid, 2018)..

(131) Parece que el efecto ejecutivo las es del todo ajeno. Mas no debemos negar el atrás citado atisbo indirecto del mismo en las actas de requerimiento a las que la actitud conforme del requerido convierte en escrituras en el fondo, aunque necesitadas de su complemento formal.

(132) "Merecería hacerle un monumento", comentó humorísticamente pero con profundidad José-María de Prada.

(133) Recuerdo que, viajando con un abogado en su coche, dentro de

se trasladó de residencia para no tener que acudir todos los días a levantar acta de la llegada del coche de línea al pueblo donde la tenía. No conozco más detalles y en consecuencia no puedo comentar la drástica solución por él adoptada, pero creo que la cita tiene valor de síntoma(134).

Las peticiones de intervención en asuntos judiciales no son frecuentes, al parecer por haber entrado de alguna manera en el conocimiento ordinario la limitación del notariado a la esfera extrajudicial. Más a menudo se presentan solicitudes de actuación en la administrativa.

En la judicial me parece demasiado permisiva la opinión de Azpitarte, de no conocer nada que impida al ciudadano "atropellado en su derecho o racionalmente convencido de serlo por algún funcionario judicial, acudir al auxilio del notario para que la fe de éste compruebe el hecho que al requirente convenga acreditar". Volveremos inmediatamente sobre este extremo. Pero en esta materia, el principio que no se debe olvidar jamás, es el artículo primero de la Ley Orgánica, que limita a lo extrajudicial nuestra competencia. Otero Peón, en la encuesta aludida de 1983, opinó que incluso cuando el notario ha comenzado una actuación sin tener conocimiento de que estaba *sub judice,* al enterarse de ello no solamente debe suspenderla, sino remitir al Juzgado competente lo actuado. Una postura respaldada por el Colegio de La Coruña, que la aplicó en un acta de presencia sobre la posición de un automóvil accidentado, levantada cuando ya estaba actuando la Guardia Civil(135).

---

mi distrito, nos paró la Guardia Civil. Las primeras palabras de mi acompañante fueron: "Tú aquí puedes dar fe". Con plena razón, el agente estuvo a punto de perder la cortesía y disponibilidad en la carretera que se ha hecho patrimonio de todos ellos.

(134) Un inconveniente inevitable es la muy ordinaria perentoriedad, dada la índole a veces efímera de los hechos a perpetuar. Tanto es así que Ávila Navarro incluye en su formulario un modelo de urgencia, del cual reconoce no ser "muy ortodoxo (aunque recupera la ortodoxia en la inmediata diligencia), tratando de atender al caso de que la situación o el suceso que deba presenciar el notario vayan a producirse de manera inmediata, y no haya tiempo de redactar el acta con todas las formalidades. Puede hacerse a mano, incluso en el automóvil que traslade al notario y al requirente al lugar de los hechos, y completarse posteriormente y con mayor tranquilidad, a manera de subsanación hecha por el notario y antes o después de la diligencia de presencia, ello preferible a su actuación antes de la firma por el requirente, pues tal actuación estaría hasta la dicha firma en precario, y la situación sería grotesca si el requerido, ante el resultado del acta contraria a sus deseos o intereses, se negara a firmar".

(135) Yo fui requerido para levantar acta de las huellas que quedaban en

Claro está que en esta materia tampoco se pueden olvidar, por una parte todas las circunstancias del caso concreto, entre ellas la misma urgencia(136), y por otra ese principio insoslayable de la apertura de la fe pública al servicio de la sociedad. Adrados cita la afirmación en Italia de FERRARA –"competencia general del notario para redactar actas"–, concordante con la de MORELLO-FERRARI-SORGATO, que sólo excluyen los casos expresamente vetados, basando su opinión en el artículo 2.700 de su Código Civil, "*e degi altri fatti che il pubblico uffiziale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti".*

En la esfera administrativa, Azpitarte recuerda el mayor campo del control de la fe notarial. No cabe duda de que ahí no existe un veto legal obstaculizador tan terminante, pero eso no quiere decir que haya luz verde para todas las posibilidades(137).

Cuando hay una norma legal que prohibe la actuación notarial, la admite o la regula, el problema está resuelto. Incluso en la esfera judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal anterior permitía suplir la negativa de facilitar unos documentos por el testimonio de un acta levantada para hacerlo constar(138).

JOSÉ BATISTA MONTERO RÍOS opina que el notario no puede nunca efectuar un requerimiento a un funcionario o autoridad, ni intervenir en expedientes administrativos, pero sí dar fe de las actuaciones públicas de la Administración, con la venia de quien presida; y de las situaciones de hecho que en los espacios abiertos al público perciba, sin necesidad de ella, pero si hay funcionarios enterándoles de su presencia –ventanas abiertas o cerradas, tablones de anuncios,

---

la carretera de un accidente leve. No se me indicó que hubiera diligencias judiciales abiertas, y pensé que la cuestión se resolvería con arreglo a los seguros de las dos partes implicadas. Después me enteré por casualidad de que había habido un juicio de faltas, y que para el otro conductor pedía el fiscal la absolución, a pesar de lo cual fue condenado, según me comentaron, merced a mi acta.

(136) Adrados cita el acta levantada en un aeropuerto tras un grave accidente de aviación, para hacer constar el estado deficiente de la iluminación de los carteles y de los puntos de luz y la falta de una línea amarilla. El documento pasó al Congreso de los Diputados y nadie le objetó nada.

(137) "El abuso es evidente, porque no se trata sólo de dar fehaciencia a una determinada conducta del particular frente a la Administración, como de atraer a ésta al ámbito de los procedimientos del derecho privado. Consciente o no, se trata de un intento de privatizar las relaciones entre la Administración y los administrados";B83.

(138) Otro caso no puede citarse como ejemplificativo por las circunstancia que le motivaron: la inadmisión en la postguerra de las declaraciones ante notario para los expedientes de la depuración de funcionarios.

funcionamiento de los servicios públicos (139)–. Lo que obviamente no sería correcto es una especie de procedimiento notarial paralelo al administrativo (140).

Se discutió mucho en los últimos meses del reinado de Alfonso XIII, un requerimiento al Director General de Seguridad, que era el general Emilio Mola, para la entrega de la llave del Ateneo de Madrid, que había sido cerrado gubernativamente (141). Las opiniones en torno a su procedencia fueron discordantes. Nosotros creemos que la respuesta afirmativa permitiría ilustrar un radio más amplio, el de las peticiones, incluso más allá, el de la transmisión notarialmente de un escrito susceptible de ser legalmente presentado a la administración (142). En aquel caso, los negadores alegaban que el asunto había de resolverse por la vía administrativa o en todo caso la judicial. Pero no cabe duda de que el derecho a pedir la llave existía, o al menos no estaba prohibido, lo que no quiere decir que el requerido tuviera obligación de entregarla. Así las cosas, para que ese derecho se ejercitara por medio de notario, sin llegar al requerimiento, no había veto legal alguno.

La resolución de la Dirección de 12 de marzo de 1963 recayó sobre la negativa del notario a intervenir en un caso que rozaba lo judicial y lo administrativo, esto último tangencialmente. En la rogación se solicitaba un doble requerimiento, al Fiscal del Tribunal Supremo para la compulsa de ciertos documentos en un proceso penal, y al Ministerio de Justicia pidiéndole aclaraciones sobre la actuación de tal Fiscalía en él mismo. El notario no pudo practicar la primera diligencia por no encontrar al fiscal, y luego desistió de continuar el acta tendente a “esclarecer varios delitos”.

---

(139) *Notariado y administración pública,* RDN 66 (1968) 421-424. No entramos en la responsabilidad de los funcionarios obstaculizadores de una intervención notarial legítima.

(140) En mi experiencia profesional no puedo citar caso alguno obstaculizador de mi ministerio por las autoridades administrativas. Recuerdo que unas “elecciones”, de las que había antes de la transición, el Gobernador Civil de Salamanca, Otero Aenlle, me recibió inmediata y amablemente.

(141) Crónica en el artículo de Luis Beltrán Fustero, *El notario ante la pretensión de “requerimiento” a las autoridades administrativas,* RDN 59 (1966). Mola alude a ese episodio en las *Memorias de mi paso por la Dirección General de Seguridad*, 2=”Tempestad, calma, intriga y crisis”, p.641. Su versión no coincide con la del notario en el acta –publicada en el “Heraldo de Madrid” del 12 de febrero de 1931–, a la que Beltrán da crédito, si bien abunda en críticas a su colega y opina que el requerimiento no debió atenderse.

(142) Con las ventajas de la constatación de la fecha, y la disponibilidad incluso en el futuro de una copia fehaciente del contenido.

El centro directivo sentó que los actos a practicar en la esfera judicial eran extraños a nuestra competencia y tenían su cauce en la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo el notario consultar en los casos dudosos (143). Y en cuanto a los expedientes formalizados en la jurisdicción administrativa por funcionarios competentes, recordó que los particulares debían ejercitar sus derechos con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo.

Ese mismo año, el 13 de julio, la Dirección fue muy instructiva, no sólo por la resolución del caso concreto sino en atención a unas observaciones de más amplio alcance, por lo que conviene detenerse en su texto. El Notario de Medina de Ríoseco fue requerido para levantar un acta de presencia acreditativa de que un local de negocio había sido convertido por su arrendatario en cuadra de ganado mayor. El requerimiento era muy detallado, a saber si en el suelo o entre la paja había excrementos de ganado mular, caballar o asnal, y si se notaban huellas de pezuñas o herraduras del mismo; determinar si la disposición de los pesebres era la más adecuada para esos animales, y comprobar por el olfato si el olor era típico de ellos (144).

El notario sintió ofendidos el decoro y la dignidad de la profesión, y en su respuesta confesó haber estado a punto de querellarse por ello, aunque a la postre decidió no tomar en cuenta el contenido de la rogación y contestar humorísticamente. Escribió que poder precisar la clase de animales por el olfato implicaría tener hábitos de un vulgar garañón, "y su moral tampoco quedaría a gran altura si demostrara una rara habilidad en la discriminación de sus heces, siendo preciso para diligenciar el acta un técnico en cuadras, otro en excrementos y algún detective especializado para las huellas, materias ajenas a los programas de oposiciones a notarías y no recogidas en ningún tratadista –Castán, Roca, Garrigues, etc.– de los que habitualmente manejamos, y que sin duda ignoran la altura a la que es más apetecible a las bestias ingerir un pienso".

(143) En los primeros años de la *Gaceta del Notariado,* la noticia de una intromisión notarial en la documentación procesal no nos choca demasiado, no tanto como otro caso que cita, la presencia de un notario en la cárcel para tomar declaración a unos presos, sólo explicable por la desorientación al aplicar la nueva Ley Orgánica, de los escribanos acostumbrados a la unión de las fes judicial y extrajudicial.

(144) La negativa del notario no ponía en tela de juicio la capacidad de este sentido corporal para el conocimiento de los hechos materia del acta, sino la necesidad de esos aludidos conocimientos periciales en el caso concreto, por lo cual no sirve para ilustrar esa cuestión, aunque Adrados la vincula a ella en su referencia.

La Dirección estimó procedente la abstención del notario, pero incorrecto su proceder al expresarla, debiendo haberse limitado a enunciar la causa concreta de la misma. La justificación estaba en la necesidad de conocimientos periciales para resolver el acta, como puso de relieve su comentador, Segura Zurbano, quien con razón abundaba en la crítica de las explicaciones de su compañero, "pues llevarían a considerar de malas costumbres a los barrenderos y mozos de cuadra, y el notario no pudo invocar el decoro o la propia dignidad mal entendidos, para negarse a recoger en un acta cualquier hecho no delictivo o intrínsecamente contrario a la moral social o las buenas costumbres, sino que siempre que el rogante tuviera un interés legítimo, él debía atenderle como servidor público ".

En todo caso, hay que considerar que tal requisito de la conformidad con las buenas costumbres, tampoco resulta siempre fácil de dilucidar en todos los casos. El mismo Segura cita uno que a mí se me planteó y resolví dubitativamente, duda que a estas alturas sigo teniendo cuando le recuerdo. Eran unos novios rogantes del levantamiento de un acta en la que manifestaban no ser católicos y sí partidarios en conciencia de la disolubilidad del matrimonio, pero que inmediatamente iban a contraerlo canónicamente, estando interesados en esa constancia, en previsión de consecuencias futuras, lo cual en mis tiempos y los de Segura era el motivo determinante de esas rogaciones, o sea *in mente* la posible alegación de un motivo de nulidad canónica si las circunstancias cambiaban. Ahora ello es innecesario, pero cabe la opción de la forma eclesiástica en contra de las propias convicciones, por motivos familiares u otros, y también el deseo de dejar su constancia por una cuestión personal e íntima. Segura resolvía la cuestión en teoría, pero la dejaba intacta en la práctica. Su postura era correcta, a saber, que era legal manifestar una creencia, pero no simularla. Ahora bien, esta simulación siempre existía en esos casos, por la intención de los rogantes de hacer en el futuro inmediato una declaración falsa al menos tácitamente –simulación de la creencia–, incompatible con la verdad formulada de presente ante el notario –sus propias convicciones–. Es decir que en el acta se contendría una mentira de los requirentes, o mejor aún un propósito de mentir, sin el cual el acta no habría tenido interés para ellos y en consecuencia no habrían sido rogantes.

Ahora parece conveniente recordar un ámbito fructífero de cooperación de la fe administrativa con la fe pública notarial, el Correo(145). Los envíos postales impuestos en la estafeta por un no-

(145) También con la fe pública judicial –Ley de Enjuiciamiento Civil– e

tario rogado por el remitente, fueron admitidos expresamente en el Reglamento de 1944, confirmado ese extremo en 1967, y regulados en la reforma de 1984, bajo el epígrafe "actas de remisión de documentos por correo (146). Pero esto no quiere decir que antes no se practicaran o pudieran practicarse, aplicando las normas generales más adecuadas a la materia.

El Reglamento las consideró actas de presencia y concretamente de entrega. Adrados nota que ese encuadramiento es difuso, y le parece mejor situar su momento esencial en la documentación del hecho propio del Notario, o sea su imposición en la oficina postal poniendo el envío en manos del funcionario, es decir el "simple hecho" de dicho envío según el mismo lenguaje legal. En cuanto se relaciona con el menester notarial en las actas sin más, no meramente pasivo, ni sólo autenticador cual ya hicimos ver, nos parece instructivo recoger su precisión de que "su asesoramiento no tiene que descender al fondo del asunto, porque a él no se extiende la rogación, pero, aparte de su deber de asistencia del que nunca puede prescindir, tiene que examinar la idoneidad de la clase de acta pretendida y la concurrencia de los requisitos legales en el supuesto de actas típicas, para lo que a su vez necesita determinar la finalidad perseguida por el remitente", un examen del que en las actas por correo no es posible prescindir.

Núñez Lagos se mostró muy cauteloso con esta vertiente postal, subrayando que "el cartero no produce acto de recepción auténtica, y el acuse de recibo es un documento privado", dando unas razones en sí irreprochables –la firma del consignatario no está legitimada, ni se expresa siquiera el concepto en que el firmante intervino y la puso–.

Sin embargo, a pesar de ello nos parece muy acertada la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1965 (147), según la cual el acto de recepción está cubierto por la fe administrativa, co-

---

incluso dentro del ámbito interno de la propia Administración –Ley de Procedimiento Administrativo.

(146) Adrados precisa que inexacta e incompletamente, pues no comprende los paquetes postales, indudablemente admisibles también.

(147) Concordante con las de 1 de febrero y 27 de mayo de 1985, aunque no con la de 25 de junio de 1977. A propósito de estas discrepancias entre unas y. otras sentencias, hay que tener en cuenta que cada una resuelve un caso diferente, de manera que no basta la lectura de los considerandos o sus equivalentes actuales, sino que en ciertos casos es ineludible la de los antiguos resultandos, por mucho que esté desatendida (recuerdo que cuando yo he acudido a una biblioteca especializada demandando para ello la *Colección legislativa de España,* primero se me proponía su susti-

incidiendo el pleno cumplimiento de la fe pública notarial en cuanto a la aseveración del notario de haber remitido la notificación (148), con la del funcionario postal de su entrega en el domicilio del destinatario (149). Es relevante dar su trascendencia a la significación objetiva de éste paraje, pues en otro caso estaríamos haciendo el juego a los notificados obstaculizadores de nuestro ministerio, negándose a firmar e incluso a recoger las cédulas, dejada aparte la cuestión de si con esa conducta ellos mismos se perjudican, debiendo asumirse plenamente que las relaciones y situaciones jurídicas no deben depender en ningún caso del juego del ratón y el gato. Es la misma línea de Adrados, cuando a pesar de reconocer que "el receptor de la carta no queda identificado fehacientemente, lo mismo ocurre con la generalidad de las notificaciones que practica el Notario, ni hace falta, porque basta con la fehaciencia del lugar en que se realizan".

José-Manuel de Torres Puentes escribe que "lo que liga al requerido o notificado es el domicilio, pues normalmente, aunque no esté en él, le entregarán el envío o en su caso la cédula, y si el receptor no se la entrega habrá un incumplimiento por su parte de una obligación legal e incurrirá en responsabilidad, cuyas consecuencias habrán de extenderse al mismo destinatario", como lo admitió el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de octubre de 1960. El acuse de recibo no precisa los extremos a que se refería Núñez Lagos para echarlos de menos, pero sin embargo Torres subraya que el notario tampoco tiene que dar fe de conocimiento cuando practica la diligencia personalmente, ya que también esa falta se subsana objetivamente por el domicilio, de manera que hasta la consignación de aquélla sería superflua. Lo preciso es que Correos haga llegar el acuse de recibo al notario, siendo irrelevantes sus limitaciones (150).

El requisito ineludible es la personificación del funcionario cartero en el domicilio señalado en la rogación, domicilio de una relevancia objetiva y dotado de esa posibilidad de producir consecuencias jurídicas. Una vez cumplido, incluso si el destinatario o la persona que en él se encuentre rehusa el envío, lo firme o no, hay que entender

---

tución por el Aranzadi, sencillamente por estar más a mano, sin tener en cuenta que en él los hechos no constan).

(148) O el documento sencillamente.

(149) A estos fines nos parece inocuo precisar si esa declaración es documento público, o el funcionario en cuestión no es de los que tienen atribuida fe pública por la ley.

(150) En el benemérito "Boletín de información del Colegio de Granada" (2ª época, 4,1981, mayo) 963-4.

que el acta está eficazmente conclusa. Si ese requisito falta, por cambio o designación inexacta del domicilio, o por su desaparición física, hay que recomendar por mor de la seguridad, ya que no de la validez en la que no entramos, la repetición postal o personal de la diligencia(151).

Llegados aquí se nos vuelven a venir a las mientes los orígenes del Notariado mismo. ¿No podríamos postular paralelamente una acuñación en el dominio postal de esa fe administrativa y la consiguiente repercusión en la notarial, aunque no sea posible citar normas de derecho positivo que la hayan consagrado?

Sin que nos parezcan frívolas las palabras de García-Bernardo, al justificar la fehaciencia de esta notificación hecha por envío postal certificado con acuse de recibo, "la eficiencia del Servicio público de Correos(152), que traduce el refrán: sólo se pierden las cartas que no se echan al buzón, cuya eficiencia la hace eficaz jurídicamente el espacio del domicilio, por su valor en sí como lugar de localización de una persona(153)". Algo pasado merecidamente al imaginario colectivo, en la frase de la índole "sagrada" del Correo, y en la confianza de los administrados en ese extremo que llegaba a recordarnos la inquebrantable de la sociedad toda hacia el Notariado.

Todo ello en nuestros días hay que verlo como el final, inevitablemente lamentado, de una larga evolución. El Correo pudo incubarse en la revolución neolítica. En todo caso se desarrolló inmediatamente después, y ha desempeñado un papel trascendente en la historia

(151) Siendo ineludible el derecho a contestar del receptor del envío postal, también por este medio, ya que de exigírsele la comparecencia en la notaría resultaría e veces inoperante. Para ser admitido y unido al acta debe llegar al notario con el matasellos de correos dentro de los dos días siguientes a la fecha del acuse de recibo;B83. Para ese caso de imposibilidad de entregar el envío o hacerse cargo del aviso cumplimentado, y las que podríamos llamar actas fallidas en general, véase Leonardo Camón Aznar, *Requerimientos y notificaciones notariales,* que son comentarios a la última jurisprudencia; RDN 35 (1962) 303-306.

(152) Tanta que su monopolio implica una verdadera excepción a las ventajas de la competencia para conseguirla. Los carteros llegaban a veces a una labor que algo tenía de detectivesca pare encontrar a los destinatarios en el caso de señas erróneas, ello una innegable facilitación del éxito de la función notarial, evitando la necesidad e incluso la conveniencia de su reiteración.

(153) Trae a colación la admisión del *nuntius* o mensajero en la ley procesal –alguaciles, auxiliares o subalternos–, en el Código de Comercio y luego en la ley cambiaria; "todo es congruente, pues la función actuaria del escribano la heredaron los secretarios judiciales y los notarios, y no debe el Estado ser más riguroso con unos herederos que con otros".

humana hasta los tres primeros cuartos del siglo XX. Una relevancia que explica por sí sola el esmero y respeto de sus manifestaciones a lo largo del tiempo y lo ancho del espacio (154).

Tanto que uno se siente tentado a preguntarse si alguna conexión tuvo con nuestros predecesores, los escribanos, una de tantas materias a escudriñar que mientras tanto duermen en los archivos de protocolos. El caso es que su largo y denso itinerario nos hace suponer algún parentesco con ese inevitablemente repetido papel decisivo de la costumbre y la tradición en la propia ascensión del Notariado (155).

## EL REDUCTO DE LA INTIMIDAD

El respeto a la privacidad de las gentes es un principio y una norma que el notario no debe quebrantar ni en el levantamiento de las actas de presencia ni en ningunas otras (156), hasta el extremo de imponerse también, no sólo en ésas sino incluso en las diligencias de las de notificación y requerimiento, pues también existe y es respetable la intimidad del requerido (157). Sería paradójico que la fe pública, institución nacida para dar la máxima eficacia pacífica a las relaciones entre particulares, se deteriorara por una intrusión no deseada en la intimidad de éstos. Al contrario, puede sostenerse que en uno y otro caso ha de latir la protección a los mismos valores (158). Así, se ha insistido en que ni desde un espacio público

(154) Ávila Navarro ofrece el modelo de la diligencia de remisión telemática; y también los del acta de comprobación de página web, y el acta de archivo de comunicación electrónica. (114.2, Ley 24/27. 12.2001, modificatoria del artículo 200 del Reglamento).

(155) Desde mediados del siglo XIX, el coleccionismo filatélico suscitó un interés, tan difundido como a veces selecto, hacia los sellos de correos y el Correo mismo, mas fue un arma de dos filos, por las inevitables desviaciones llevadas consigo –la colección antes que lo coleccionado–, aunque con la contrapartida, en el mismo campo filatélico, del interés por la historia postal, última y felizmente ahora por encima del dirigido a los sellos a su servicio–, y de permanencia asegurada. Llamamos la atención hacia el interés mediato de la misma para la investigación de la fe pública.

(156) Fernando Bravo-Vilasante Rivera; citado por Adrados B83, 525.

(157) Es ejemplar la circular del Colegio de Valencia de 25 de septiembre de 1986.

(158) Recuerdo un caso en el cual, además de la solución que hube de darle, estaba en juego de una manera más amplia la alternativa entre el cambio y la permanencia de los valores y las realidades individuales y sociales a través del tiempo. Quiero decir que esa solución no me parece que ahora hubiera debido ser distinta de la tomada entonces, a pesar de la hon-

puede el notario consignar lo visible que haya dentro de un espacio privado (159). Proceden algunos ejemplos.

En los teatros y espectáculos públicos, la norma debe ser la permisividad. El acceso a ellos, una vez obtenida la entrada, sin comunicación ninguna con el personal, cada uno desapercibido cual un número más de los asistentes, permite lícitamente al notario dar fe del espectáculo representado, y de las circunstancias del local que sean visibles desde su puesto sin necesidad de ninguna colaboración del personal. Si para una inspección más detallada de algunos extremos fuera necesario un diálogo con los empleados, habrá de atenerse a la necesidad de desvelar su condición, y limitarse a ac-

---

da mutación de las circunstancias sociales e incluso jurídicas. Fui requerido por un matrimonio para preguntar en la recepción de un hotel si en él se había alojado recientemente una hija suya que llevaba puesta la prenda que ellos me entregaron. Esa joven era víctima de una enfermedad degenerativa e irreversible que hacía conveniente, si no necesario, un seguimiento particular de su equilibrio físico y psíquico por parte de sus cuidadores, aparte los valores siempre permanentemente ineludibles de la relación paterna y materna. Yo no dudé en mi aceptación. Pero se me viene a las mientes el problema que al notario puede plantearse en rogaciones más dudosas. Una cuestión más espinosa en las actas, equivalentes en ese extremo a los testamentos, aunque fuera de tal detalle la comparación de unas y otros sería estridente e incluso ofensiva. En las escrituras, la decisión tiene comúnmente cierto respaldo documental, más elementos objetivos de juicio. En las actas y los testamentos recuerda un tema deportivo que ha llegado a literario, la soledad del portero ante el penalty. Yo confieso que, a estas alturas de la vida y la jubilación, aún dudo si en cuanto a la capacidad de un testador enfermo decidí lo que me pareció mejor, pero estoy convencido de que la misma duda tendría de haber optado por la solución contraria.

(159) De manera que el problema se desplaza a la noción de espacio privado. Parece que no se puede considerar tal una finca rústica sin cerca ni edificaciones. Levantar acta, por ejemplo, de si en ella se está trabajando, parece legitimo. A propósito de esa visibilidad del fedatario, la *Gaceta* publicó en 1920 un caso en que el notario se abstuvo de dar fe de un extremo de ella, pero por un motivo muy diferente, el escrúpulo en cuando a su competencia territorial. Había que acreditar la existencia en su conjunto de una instalación de producción de fluido eléctrico: central de máquinas, presa, canal, red y demás. El notario dio fe de lo que se encontraba dentro de los límites de su distrito, pero en cuanto a lo que, aun viéndose desde allí, los traspasaba –presa y una parte del canal–, se abstuvo remitiéndose a los planos de la totalidad incorporados al acta, estimando que era competente para el punto en el cual estaba autorizando, pero no para el resto. Nosotros creemos, en contra de la opinión de la redacción, que pudo haber extendido su fe pública a todo lo que estaba viendo. Es innegable que el caso es muy distinto del antes citado, de visibilidad desde un espacio público de otro privado.

tuar en cuanto las circunstancias de hecho en el momento lo hagan posible (160). Así lo admitió el Anteproyecto Miyar.

En las tiendas y los establecimientos mercantiles, este mismo exigía enterar al dueño o encargado del oficio y propósito del notario. Juan Bautista Bosch Potentá admite en cambio el levantamiento "cuando no hay intervención de ningún empleado o dependiente, y sin necesidad de revelar su cualidad de fedatario (161)". Adrados se queda dubitativo, pues "aun así parece que dejamos sin defensa intereses dignos de protección".

Creemos que en las grandes superficies, donde las mercancías están ostensiblemente a la vista de todos, y dentro de una normalidad plena es posible prescindir de la comunicación con el personal, el acta es posible (162). Otro caso es el de las pequeñas tiendas con personal reducido o único, en las que apenas cabe la intervención silenciosa sin diálogo con los dueños o encargados. Hay que tener en cuenta además que la apertura al público en esas condiciones no priva al poseedor de su cualidad de tal, como propietario, inquilino o en virtud de cualquier otro título de posesión. Yo he conocido tiendas rurales en comunicación con las viviendas privadas, sirviendo algún espacio para uso de unas y otras según las horas del día. De alguna manera podría incluso hablarse de una cierta privacidad de las tiendas mismas, mas sin perder de vista su índole de públicas profesional y éticamente exigibles a los comerciantes (163). En la práctica pueden coadyuvar a la decisión las circunstancias de hecho conjugadas con el acatamiento a la norma prohibitiva de la actuación notarial clandestina.

En las habitaciones de los hoteles y pensiones, la norma general debe ser la negativa. Que el Código Penal no los considere domicilios

---

(160) De los límites a la obligación de identificarse se trató en el Simposio de 1983, haciendo la propuesta de desarrollarla reglamentariamente más, sin llegar a pasarse en el casuismo, pero reduciendo el peligro de incurrir en clandestinidad y unificando la práctica.

(161) B83, 519; citamos a este autor y a Bravo Vilasante según Adrados.

(162) Adrados escribe que el notario "podrá consignar en el acta cómo su rogante compra los objetos, pero no comprarlos él mismo".

(163) Adrados opina que en ningún caso "sin la autorización del dueño o encargado, el notario podrá describir el estado del local, a fines, por ejemplo, de un desahucio por obras inconsentidas". Sin entrar en estos detalles, hay que tener en cuenta que la justificación de la actuación notarial en esos espacios, estriba en estar abiertos al público, y el motivo de que lo estén es la necesaria índole pública de su dedicación comercial, quedando en principio excluidos los otros aspectos.

es a unos efectos que aquí sólo remotamente nos interesan. Recordemos el lema de la Asociación Internacional de Hostelería, *Hospes hospiti sacer.* En este aspecto sí puede postularse el principio de su equiparación con las viviendas, sin perder de vista las salvedades derivadas de su evidente diferenciación en muchos aspectos que en la situación concreta pueden ser predominantes. En todo caso la evidencia de que el notario no puede entrar sin permiso del ocupante, salta a la vista. Lo que hay que dilucidar es si podrá hacerlo en ausencia del huésped, pero sólo excepcionalmente y cuando haya un motivo determinante, y siempre con el permiso del dueño del hotel y acompañado de un miembro del personal. Hay que tener en cuenta que la conservación por el dueño de la llave sólo le autoriza a usarla por las necesidades del servicio. Parece que el acceso del notario en esos casos sólo estará justificado si se ha producido una anomalía que afecte al edificio o a la propia habitación, y absteniéndose de cualquier consignación de datos relativos al huésped mismo y sus pertenencias u otros indicios personales. En caso de abandono por el huésped, el notario podrá admitir la rogación del dueño, haciendo constar esa circunstancia, y teniendo cuidado de inhibirse si hay actuaciones judiciales por estafa u otras infracciones.

Beltrán Fustero sienta la ilegalidad de la vigilancia por el notario rogado de las conductas ajenas, incluso cuando tengan lugar en espacios relativamente públicos. Para que puedan ser materia de un acta legítima se requerirá que tales espacios sean públicos plenamente, cabiendo menos dudas si además están revestidos de publicidad. También llama la atención sobre el derecho a la propia imagen, a los efectos de la toma de fotografías, salvadas las limitaciones al mismo, en las que comprueba una liberalización ascendente en los últimos tiempos(164).

Un cambio radical dentro de este tema tan amplio es el que nos lleva a la protocolización de la correspondencia. Ésta según la legislación postal, coincidente con el sentir común, una vez entregada,

(164) Cfr., Pedro Ruiz y Tomás, *Ensayo de un estudio sobre el derecho a la propia imagen,* en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" 80 (1931) 8-164. El autor admite su ejercicio, "frente al abuso, que consista en una ofensa a la persona, no sólo objetiva sino subjetiva, tomando como punto de mira el concepto que cada uno tenga de su dignidad, sin llegar a ser vehículo del capricho y del patológico exceso de sentimentalismos" (una postura mucho más restrictiva que la del Tribunal de Milán en 1905, y el de Nápoles dos años antes; éste contraponiendo el nombre y la imagen, destacó ser el primero algo exterior, comparado por Goethe a una capa que se quitaba y ponía, un convencionalismo social, mientras que la imagen era natural e inseparable).

es propiedad del destinatario, al menos como objeto físico, dejada aparte una posible discusión de la propiedad intelectual del texto, que se sale de nuestro argumento. Así las cosas lo que entra en juego es la intimidad de los terceros, cuando el contenido de esa correspondencia los afecte, sin perder de vista la presumible confidencialidad hacia el receptor desde el punto de vista del remitente.

Beltrán Fustero se inclina por la falta de legitimidad del rogante del acta de protocolización cuando el contenido de las cartas sea ofensivo para otros(165). Lo cual es admisible, pero exigente de una interpretación en cada caso concreto que siempre ha de ser restrictiva. Hay que tener en cuenta que la extensión de lo que ahora se ha dado en llamar políticamente correcto lleva consigo el riesgo de la implantación de una nueva censura en la que el censor es el mismo censurado. La sinceridad en la profesión y expresión de las propias opiniones hace natural una legítima indignación ante ciertos extremos de las posturas contrarias, con la salvedad de no traspasar

(165) *El notario ante la intimidad de las personas,* RDN 36 (1962) 317-334;cfr. José-María Castán Vázquez, *El derecho al secreto de la correspondencia epistolar,* en el "Anuario de Derecho Civil" 13 (1960) 908-913, y Adolfo Parra, *Un comentario al artículo 18 de la Ordenanza Postal. La perfección del contrato entre ausentes y la propiedad de la correspondencia,* íbid., 13 (1959) 3-36. Este último autor llamó la atención sobre la desarmonía entre la normativa postal (Reglamento de 1898) y la mercantil, en cuanto a la retirada de la aceptación de una oferta. Para la postal ésta pertenecía al remitente hasta su entrega al destinatario, para la mercantil bastaba con su manifestación; la postura de la civil era dudosa. El autor resuelve la antinomia estimando que el correo sólo piensa en la propiedad del envío como cosa física, no en las consecuencias de la grafía; cfr., Briones, *Correos,* en la "Nueva Enciclopedia Jurídica". Castán opina que el secreto de la correspondencia es un derecho de la persona misma, cuyas aspiraciones más profundas garantiza, del requirente frente al destinatario y a la inversa, de ambos frente al Estado y de los terceros frente a ellos dos, y no se limita a las cartas que tengan visiblemente carácter confidencial, aunque ello quedará al arbitrio del juez. Es transmisible a los herederos, y disponible en vida para después de la muerte; véase François Geny, *Des droits sur les lettres missives* (París, Sirey; 1911, 2 tomos); cfr., Lucien Martin, *Le secret de la vie privée,* en la "Revue trimestrielle de droit civil" (1959) 227, y Federico de Castro, *Los llamados derechos de la personalidad,* en el mismo Anuario 12 (1958) 1237-1275. Discrepamos de la opinión que estima las tarjetas postales no comprendidas en el secreto por su circulación abierta (y en cambio sí las cartas aunque su contenido no sea personal e íntimo). Las consideramos protegidas aunque no se las mencione expresamente en la regulación de las cartas. Su circulación sólo tiene lugar entre los funcionarios, ligados por su secreto profesional, y frente a todos los demás bastan para acordárselo los principios generales, tanto de la correspondencia específicamente como de los derechos de la personalidad.

la frontera de la intolerancia. Recordemos la expresión de la Escritura, *irascimini et nolite pecare.*

Eso en cuanto al contenido a dilucidar de la correspondencia cuya protocolización se pretende. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, en esa situación, el rogante está en posesión de aquélla, teniéndola a su disposición para cualquier uso, por lo cual hay que entender que su deseo de ampararla bajo la permanencia del protocolo notarial, mira más bien a un futuro de conservación histórica y para la posteridad, en los caminos hacia la entrada de las valoraciones y condenas en el *sub specie aeternitatis.* Por ello parece que procede limitar la negativa del notario a los supuestos en que las cartas en cuestión contengan imputaciones graves de hechos deshonrosos y desconocidos ora que afecten a personas vivas ora que por las circunstancias impliquen alguna actualización de la conducta de las fallecidas.

Y ya nos sale al paso abrumadoramente la misma variedad de los hechos a consignar en las actas y sus circunstancias concretas, a la que ya hemos tenido que aludir más de una vez y que va inmediatamente a ocuparnos.

## LAS CURIOSIDADES DEL CASUISMO

La clasificación de las actas de presencia que hace Adrados es valiosa y meditada, reveladora de un esfuerzo por enunciar y encasillar una materia a ello rebelde, pues su misma esencia está en su variedad inabarcable(166). “Los asuntos del acta son tan extensos

(166) Del acta de exhibición de cosas dice estar a la mayor distancia de la escritura pública. Novoa se ocupó extensamente de las actas de inventario, destacando que la formación del mismo es un hecho que pasa a la presencia del notario cuando interviene, haciendo constar en el instrumento que al efecto redacta, hechos y circunstancias que presencia y le constan y que no son materia de contrato, como la existencia en tal armario de cien libros que tratan de tal cosa, en tal punto de tantos bultos que contienen otra, el peso neto, etc.; en tal habitación una cama de hierro, una mesa de noche de nogal, etc., y estos hechos son materia de acta aunque intervengan en el acto varias personas, porque ése también es un hecho que presencia el notario, aun cuando se consignen protestas, que también son hechos, y por tanto, por su naturaleza es en general, y salvo contadas excepciones (como cuando el inventario forme parte de una escritura contractual), el acta y no la escritura el instrumento apropiado para consignar los inventarios extrajudiciales, como en general se consignan en el acta por la fe del escribano los que se hacen judicialmente” (*Tratado* cit., 723-726). Ruiz Gómez, en su *Formulario general de Notaría o sea colección de fórmulas de todos los instrumentos y actos notariales;* 1ª (Málaga, 1877)

como los hechos lícitos que el notario a instancia de parte puede autorizar", escribió Novoa (167).

Nos atrevemos a escribir que cuanto sucede en la tierra o se ve desde ella, puede de alguna manera dar lugar a un instrumento público de esta especie, siempre que no exista un veto del ordenamiento jurídico o sencillamente sea incompatible con sus principios inspiradores (168).

Se nos viene a las mientes un cuadro de Marcel Duchamp, titulado *Underwood.* Representa, en tono muy oscuro, una máquina de escribir cubierta por su funda, en la cual está escrito el nombre de esa marca. Ningún elemento de la máquina es visible. Pensando en el teclado, es posible dar rienda suelta a la imaginación, en cuanto a sus ilimitadas posibilidades para confeccionar unos u otros escritos, como las notas dormidas en el arpa de la poesía de Bécquer. Ese teclado habría bastado para escribir la Biblia. Está abierto a la consignación de los infinitos despliegues de la fantasía. También a cualesquiera documentos del protocolo notarial, con la diferencia de haber éstos de atenerse a las realidades de la vida.

El investigador de la historia, ante un tomo de cualquier archivo notarial, puede preguntarse por lo que va a encontrar, y ello de manera más acusada que en los legajos de otros ámbitos. Una

---

incluye sendas fórmulas de las extendidas y autorizadas en el estudio del notario y fuera de él. Fernández Casado da las fórmulas de un acta de toma de posesión de un beneficio eclesiástico curado, y de otra de exploración canónica de la voluntad de una novicia entes de su profesión (*Progreso* cit., II, 927-930).

(167) García Bernardo ejemplifica entre las de presencia las dirigidas a acreditar el estado físico de las cosas, ora para expresar una cualidad (vg. el dominio privado de aguas) ora el cumplimiento de un negocio jurídico (vg. inutilización de títulos al portador para cancelar hipotecas), la terminación de una obra o la celebración de una subasta o un requisito para la extinción de su procedencia (vg. sorteos para la amortización de obligaciones) o el incumplimiento de un contrato o los daños causados; además de las ofertas de pago, entregas de dinero, documentos y efectos; existencia de una persona, protocolización de documentos, subsanación, y presencia para identificar las firmas de los administradores antes impresas en las acciones (*Técnica jurídica y práctica notarial;* ¿Oviedo? 1964.) 23.

(168) La materia variopinta de las actas de presencia es más parecida por esa característica a las actuaciones de los escribanos antiguos que las escrituras actuales, con su predominio abrumador de la contratación inmobiliaria, las últimas voluntades –pero mucho más parco el contenido de éstas–, los pactos nupciales, y el seguimiento del desarrollo de las sociedades mercantiles; cfr. *La vida privada española en el documento notarial,* con un estudio preliminar de Agustín González de Amezúa y Mayo, libro publicado por el Colegio de Madrid con ocasión del Congreso de 1950.

palpitación de sorpresas de más variedad, no vamos a repetirlo, en las actas que en las escrituras, y sobre todo las de presencia. Ante lo cual, debemos reflexionar que siempre se tratará de un paralelo con la misma vivencia del notario, desde las oposiciones hasta la jubilación, el día a día de unas expectaciones de variedad siempre insospechada. Reflexión que hacemos antes de ejemplificarla, y ya ante la inminencia del colofón.

Que Hernán Cortés requiriera notarialmente al imperio azteca intimándole el acatamiento a la nueva soberanía, no es un gesto vacío, aunque naturalmente no tuviera consecuencias prácticas, sino que hay que verlo como un reconocimiento solemne de la necesidad social de la fe pública. En ese mismo ambiente, en otro caso fue nombrado sobre el terreno un escribano fedatario, después de que Francisco de Orellana, gobernador de Guayaquil, se uniera con el título de teniente general a la expedición del gobernador de Quito, Gonzalo Pizarro, en busca del país de la canela. Fracasada la empresa, Orellana se internó en el Amazonas, acuciado por la necesidad de buscar medios de subsistencia. En esa circunstancia le resultaba de una imperiosa conveniencia acreditar su imposibilidad de regreso, y para que de ello diera fe invistió como escribano a uno de los presentes, Francisco de Isásaga, ante lo inviable de una regularidad mayor (169).

Pasando de aquel pasado a un presente radicalmente distanciado de las generaciones inmediatamente anteriores, nos parece que la adaptación de la protección jurídica de las actas a las innovaciones de la técnica omnipresente, puede ser un ejemplo de la coexistencia de las novedades de aceptación ineludible y la permanencia de los valores inconmovibles. Nos complace citar una de las voces nuevas, la del notario Leopoldo Martínez de Salinas: "Los contenidos de internet o de las redes sociales pueden ser acreditados por los notarios por medio de actas, y sus efectos serán los mismos que los de otras actuaciones notariales más conocidas, como aquéllas en que el notario da fe de la concordancia de la realidad con unas fotografías, o en las que directamente describe la realidad. Con las actas de presencia quedará acreditada de forma indubitada qué recogían las redes sociales y en qué momento su contenido era público, para evitar así que el borrador de una imagen o de una noticia pueda usarse

(169) Cfr. Balbín de Unquera, *El descubrimiento de América. Utilidad y necesidad de las actas notariales,* GN, núms 33 y 35 (1892).

como argumento de la falta de responsabilidad de quien lo hubiera publicado (170)".

La casuística de las actas en la práctica notarial, las de presencia sobre todo, además de los casos en los que entran con inmediatez los principios para dilucidar sus problemas, en todos ellos, incluso cuando la cuestión planteada es la penosidad de su levantamiento (171), es ilustrativa de lo que podríamos llamar el notariado vivo, la cotidianidad del ejercicio profesional, ese argumento escasamente conocido, como recordó Moxó Ruano en la Academia Matritense el año 1948 (172). Algo se atisba en la *Gaceta del Notariado* y en los órganos gemelos de la prensa corporativa (173), antes abundante y luego desaparecida, de lo cual la misma *Gaceta* fue un síntoma, saliendo su último número en 1934, tras una agonía manifestada en la reducción drástica de sus páginas durante los últimos lustros (174).

En el Simposio de Barcelona de 1983 se habló de "las heterogéneas actas notariales, conteniendo confesiones y exámenes de conciencia y fijando situaciones religiosas y sociales a lo largo de toda la historia del Notariado, pudiendo citarse el acta levantada en Za-

(170) "Escritura pública", núm.111 (2018,3) 21.

(171) Un botón de muestra: "Un requirente viene con urgencia. Se ha derrumbado su casa en alquiler, mientras dormía con su esposa en el lecho matrimonial, que ha bajado un piso. Acta de que se ha derrumbado la casa, demanda con urgencia. Me intereso por su salud, es lo más importante, las ruinas esperarán. No ha sufrido, por milagro, daño físico. Congratulaciones, ¿y su esposa? . –No lo sé, la estaban sacando de los escombros cuando he venido corriendo, como me tenía aconsejado mi abogado"; B83.

(172) Es decepcionante la serie de artículos publicados en la *Gaceta* de 1924 a 1928 por el DR. PSCHRR**,** seudónimo que no podemos identificar, con el título de *Veinte mil quilómetros de un viaje notarial por España.* Se trata de una guía turística y ferroviaria elemental, con alguna noticia notarial descafeinada de cuando en cuando. Recordamos el atrayente libro del notario Luis Moure Mouriño, *Fantasías reales. Almas de un protocolo,* recogiendo datos de su ejercicio. Esta que podríamos llamar literatura no profesional, en la acepción de no escrita por escritores dedicados, sino por otros profesionales sobre sus trabajos y días concretos, es poco abundante, por lo cual hay que valorar más sus muestras.

(173) Por este camino puede acudir en nuestro auxilio la literatura. Recordamos el estudio de la función notarial en las novelas de Balzac que publicó en nuestra revista Castán Vázquez. Hay que tener en cuenta que la novela puede ser una fuente complementaria de la historia, no la novela histórica de tiempos remotos, tributaria de las otras fuentes, sino la novela realista que retrata la sociedad de la época del novelista.

(174) Hemos de destacar que esa primacía de las circunstancias de hecho en los ejemplos que inserta, no les priva de su valor a los efectos de cooperar a su enfoque doctrinal.

ragoza de una operación de fimosis ante notario para poder probar que el requirente era cristiano viejo en caso de posible persecución de judíos, y terminando con las recientísimas actas en el País Vasco, que contienen verdaderos retratos morales de los requirentes para el caso de secuestro, pasando por las regulaciones hechas en actas de situaciones de hecho matrimoniales y de otra índole, y que no alcanzan la menor difusión por el carácter secretísimo de estas adveradas actuaciones notariales(175)".

A los requisitos de la rogación primero, y después a esa esencia de la intervención notarial en la comprobación de hechos que es la inmediatez de la percepción sensorial, toca un caso que Gonzalo nos refiere en estos términos: "Un notario se halla en una reunión adonde ha concurrido sin que nadie lo requiera. Se encuentra allí como simple particular, como uno de tantos de los concurrentes. Cuestionan algunos entre sí, y un atrevido descubre un puñal, teniéndole en la mano. Amenaza con él de palabra a otro de esos concurrentes. Todo esto lo ha presenciado el notario. Se introduce la confusión, y como ambos contendientes tienen partidarios, los unos afirman y los otros niegan. La prueba testifical es imposible. El hecho ha existido, pero la verdad no puede descubrirse, mas el ofendido observa que estaba presente un notario, se acerca a él y le requiere para que de fe del acto que ha presenciado y le consta y de las circunstancias con que ha sucedido, y de las palabras que se han pronunciado".

La conclusión de Gonzalo es terminante e indubitada: "El notario no debe negarse a ello". Sin embargo, la evidencia de la postura contraria está más clara. La rogación ha de ser anterior a los hechos de que el notario debe dar fe, mientras que los acaecidos un momento antes, ya no los puede estar viendo, de manera que más que un notario sería un testigo de los que ha visto, y el relato en su documento la puesta por escrito del testimonio. Podría únicamente hacer un acta de manifestaciones ante otro notario, previa su rogación, pero sin la cobertura de la fe pública de su compañero en lo que escapara a la percepción directa de éste.

El mismo Gonzalo dio lo suyo a la imaginación en su fórmula de la ocupación de un tesoro(176), incluyendo detalles concretos y siempre contingentes, lo cual es de indirecta utilidad para su lectura por el usuario, a saber "que es poseedor como arrendatario de unos

(175) Las actas con pretensiones indiciarias de un adulterio, y veremos un caso, han sido siempre frecuentes, y raramente dejan de ser problemáticas, a menudo suscitando la posibilidad y sobre todo la legitimidad de la intervención notarial, algo evidente a la luz de cuanto venimos exponiendo.

(176) *Aplicación práctica del Código Civil español* (Madrid, 1889) 286.

terrenos en que se halla enclavado un antiguo castillo, hoy abandonado y derruido, teniéndose sin embargo en gran estima por los recuerdos históricos de sus hechos gloriosos". El hallazgo tiene lugar y era previsible "por los documentos y antecedentes que en su archivo se conservan y una piedra incrustada en el suelo toscamente labrada en la que se notaban señales de una antigua leyenda, hoy ilegible". Al fin apareció "una caja de madera cuadrada, sólidamente claveteada y cerrada con barrotes de metal de orden árabe, todo oxidado por el transcurso del tiempo, sin observarse señal alguna ni indicación de época cierta". Su contenido le deja al arbitrio del lector.

En 1888, la *Gaceta* insertó el acta, autorizada por el notario Luis González Martínez, de la exhumación y depósito, al fin seguida de su inhumación en la iglesia madrileña de San Sebastián, de los restos del actor Julián Romea. Se describen con todo detalle las diversas operaciones, llevadas a cabo los días 1 y 2 de diciembre de 1886, y se insertan íntegros los textos de las poesías que se leyeron, de Leopoldo Cano, Manuel del Palacio, Blanca de los Ríos y otros. La legitimidad del acta era indiscutible, al menos por demostrativa de una situación al menos posesoria de la nueva tumba. En cuanto a todos esos prolijos pormenores, es difícil sostener su índole productora inmediatamente de efectos jurídicos. Sin embargo nosotros nos inclinamos por la licitud de su inclusión, pues una vez admitido legalmente el requerimiento, una labor tasadora de hasta dónde podía llegar su diligenciación no resulta adecuada. Nos remitimos a lo que arriba dijimos de la liberalidad con que en esta materia hay que proceder, sin perder de vista la legitimidad de los rogantes para hacer constar los hechos que van a ser históricos como tales (177).

(177) Lo que desde luego no exige que entren en la gran historia evenemencial ni sean protagonizados por altos personajes. Pueden ser sencillamente domésticos, de cualesquiera gentes. Hemos empleado el vocablo "histórico" sencillamente en la acepción de perteneciente-o destinado a pertenecer-al pasado, con plena independencia pues de la estimación de los protocolos como fuente historiográfica, algo ajeno a nuestro argumento; remitimos al magistral trabajo de José Bono y Huerta, *Los archivos notariales: una introducción en seis temas a la documentación notarial y la catalogación e investigación de fondos notariales* (Junta de Andalucía, 1985); sobre él hemos escrito en *José Bono y Huerta y la historia del Notariado,* en la "Revista Jurídica del Notariado" 104 (2017) pp.213-217; interesantes sus citas : *Les actes notariées* (dir. B. Vogler; coloquio de Estrasburgo, 1979); *La documentación notarial y la historia* (dir. A. Eiras Roel; Santiago de Compostela, 1984); para una corriente minusvaloradora Gropp, *Die Begründung des historischen Materialismus* (1969); también de interés por estos cami-

Hay que tener siempre en cuenta la índole de la función pública al servicio de los particulares, y la legitimidad de que éstos calibren la trascendencia de sus sentimientos y mentalidades a los efectos de solicitar su acuñación en el protocolo. Parecida fue, en 1895, el acta levantada en Salamanca por el notario Sebastián Gorjón, del traslado del cadáver del duque de Alba, Fernando Álvarez de Toledo, muerto en Lisboa, a la iglesia dominica de San Esteban, predicando la oración fúnebre el obispo Cámara.

Del caso que publicó la *Gaceta* en 1917 confesamos no saber si es un modelo, un suceso real o incluso una escapada rozando el humorismo, pero con una tendencia disuasoria de las actas caprichosas o al menos extralimitadas. El notario fue requerido para dar fe de un próximo alumbramiento. Se constituyó en el domicilio de la parturienta, donde había varios médicos a la misma expectativa, que efectivamente tuvo lugar. El notario examinó al recién nacido, dando fe de que en la parte media del helix de los dos pabellones auriculares, su borde libre y aplanado terminaba en punta, Y ni corto ni perezoso dibujó en la región escapular izquierda del bebé, con un pincel mojado en solución de nitrato de plata, su signo notarial coloreado en negro. Al día siguiente, volvió a personarse en el domicilio, y comprobó que el niño se encontraba con buena salud.

La dación de fe del nacimiento no tiene problemas, y nos recuerda la que el notario mayor del reino hacía de los príncipes. Pero la consignación del detalle anatómico es una cuestión más espinosa. ¿No revelan esos términos cierto conocimiento pericial? En ese caso se habría requerido la manifestación de los médicos, no la percepción directa del fedatario, estando además puesto en razón el dictamen de los mismos sobre la previsible permanencia o no del detalle en el futuro. En cuanto al dibujo del signo no requiere comentario alguno su índole ilegal, irrespetuosa con la función, y acreedora a una corrección disciplinaria.

El 18 de enero de 1913, la misma *Gaceta* publicó el artículo de Julián Espejo, notario de Jaén, titulado *Habilidades afrentosas.* Hacía parte de la polémica en curso que ya nos ha salido más de una vez al paso, revelando el autor su adscripción al bando reformista, en lo que era una crítica del acaparamiento de asuntos, a saber: "Las actas son un campo de agramante, en el cual se desenvuelven cosas estupendas. Dice cualquiera: –¡Voy por un notario!, como podía decir: –Voy por unos cigarros o por un semoviente. En efecto, llega

nos H.J. Wehler, *Geschichte und Soziologie* (1972); F. Ranieri, *Rechtsgeschichte und Quantitative Geschichte* (1977).

a la notaría y advierte al notario que le acompañe, sin explicar sitio ni objeto, ocurriendo lances jocosos unas veces y terribles otras". Lo cual ejemplifica con el caso de unos familiares que a diario se entretenían en pelearse, pasando a vías de hecho. Un vecino requirió al notario en un momento en que los ánimos estaban más excitados, para aprovechar la ocasión de su presencia. Otra vez fue un marido que pretendió llevarle a su casa para que preguntara a la esposa por su ausencia la noche anterior (178). "Los acaparadores –termina comentando– no opinan como yo e inventan un acta con cualquier motivo (179)".

Caso muy diferente y serio fue ese mismo año el acta levantada en la Universidad de Granada para dar fe de unos textos del tablón de anuncios sobre unas oposiciones a maestras de niñas. Un funcionario se mostró amable con el notario, José Sáez Martínez, pero otros le obstaculizaron violentamente su menester. El asunto trascendió al rector, quien les dio la razón, y. fue respaldado por el claustro en pleno. Los títulos de los artículos que publicó en la *Gaceta* Manuel Castro Merino, son elocuentes, a saber *Lo de Granada* y *Una universidad en ridículo.* Otro salió anónimo, *En plena incongruencia (180).*

---

(178) A efectos de su inviolabilidad, únicos que aquí nos interesan, el domicilio sólo tiene una relación muy indirecta con cualquiera situación arrendaticia. En el Simposio de 1983 dio cuenta un notario de haberse negado a constituirse en el piso alquilado por un marido en trámites de separación y habitado por su cónyuge, para sorprenderla con su amante, a pesar de que el arrendatario requirente conservaba la llave.

(179) Se me viene a las mientes de manera viva una rogación que no atendí, de levantar acta en un piso de unos ruidos procedentes de la vecindad hacia las tres de la mañana. Yo estimé que la cuestión era más bien competencia de la policía municipal. A estas alturas, no pienso que mi decisión fuera incorrecta, pero me sentiría más seguro de ello habiendo seguido la contraria. Una rogación que quedó en proyecto fue la de personificarme a las doce de la noche en determinado paraje del campo para atestiguar en que punto exacto se encontraban unas reses bravas. De no haber desistido los frustrados requirentes, y no haber yo atendido su solicitud, pienso que me habría dejado menos dudas que el caso anterior. A la vista de la jornada de ética notarial que ahora organiza el Consejo del Notariado para los opositores aprobados, no puedo por menos de pensar que cualquier tiempo pasado no fue mejor.

(180) Pp. 171, 212 y 353. A propósito de ciertas posibles actitudes de los rogantes, recuerdo un acta en que había que recoger los dictámenes de unos técnicos en construcción sobre el buen estado de una nave, y mi apreciación sobre el terreno de algunos detalles evidentemente perceptibles. Me acompañaron allí y me insistieron en las condiciones de plena seguridad de la parte central del techo. Llegado el momento de pasar yo a ese centro del

El 21 de abril de 1901 fue una consulta del notario lo que la *Gaceta* publicó. Había levantado acta en el pozo de una mina, a doscientos diez metros de profundidad. Preguntaba si podía cobrar algo más del arancel, por la exposición de su vida (181). Le contestaron que pudo negarse a bajar al lugar en cuestión, y tener "derecho a que se le remunere el servicio especialísimo que ha practicado, y de esperar es que, aunque él nada reclame, si la persona que ha recibido el servicio es delicada y agradecida, se apresurará a ofrecerle la debida remuneración". Salta a la vista que esta respuesta se sale del ámbito jurídico. Nosotros preferimos no hacer ningún comentario, aunque no negamos sentirnos molestos ante el planteamiento, y estamos convencidos de que se prestaría a un desarrollo extenso e intenso, pareciéndonos mejor remitirnos a cada lector (182).

Y vamos a terminar por donde empezamos, con otra mención de Tezanos, aquel notario rural incansable en su colaboración en la prensa profesional, treinta años después de nuestra primera cita, *Reformistas a defenderse,* en la *Gaceta* de 1930 (183). Por cierto que si el caso anterior tenía lugar en las profundidades de una mina, éste nos lleva a las alturas. Tezanos estaba entonces escribiendo un contraproyecto de Ley Orgánica, proponiendo la habilitación del notario para actuar en una aeronave "que haya salido de su territorio". Adrados cita el caso de una pretendida acta sobre ciertos extremos de unas comidas servidas en un avión durante un vuelo nacional, acta que no llego a autorizarse "por razones distintas a la competencia territorial del notario", y comenta como una curiosidad

---

recinto, ellos permanecieron junto a los muros sin acompañarme. No sé si sería casualidad, naturalidad por ser innecesario, o algo distinto.

(181) En 1911 la *Gaceta* dio noticia de la opinión del consejero de justicia alemán, Schwartz, publicada en la *Zeitscrift des deutschen Notarvereins,* de no ser obligatorio el menester notarial ni judicial ante el riesgo manifiesto y evidente de contagio de una enfermedad.

(182) El Rector del Seminario de Orihuela en la década de los cincuenta del pasado siglo, era natural de Covaleda, uno de los pueblos burgaleses privilegiados por su riqueza forestal en común, de la que escribió Costa. Su familia llamó al notario del distrito para autorizar el testamento de un enfermo. Ante la baratura de su minuta, comparada con la que se habían imaginado, se quedaron atónitos, pero no consiguieron que aceptara un suplemento.

(183) Núms. 11-12 y 14-21.

su postulada “resolución” hacía setenta años, de seguirse el texto de Tezanos(184).

(184) Una reciente película islandesa, *Undir trénu,* me ha traído a la memoria un acta por mí autorizada cuando era notario de Teruel y sustituto de Albarracín, Mora de Rubielos, Mosqueruela, Aliaga y Villarluengo. Ambos casos coinciden en tratarse de una disputa entre vecinos a causa de un árbol. El argumento de la película surge por la excesiva sombra que a uno le da el árbol del otro, y termina desatándose una criminalidad integral. En el acta, se discutía la pertenencia del árbol y se me llamó para dar fe de que lo estaban cortando. Cuando yo llegué, no había terminado la faena. Era un nogal antiguo, grande, amplio, hasta el extremo de que yo participé del sentimiento del rogante y su familia. Afortunadamente, no se pasó la frontera del Código Penal. Pero dentro del contencioso de derecho privado yo sugiero si, el acta notarial, además de su valor en sí para preconstituir la prueba, no pudo tener una leve consecuencia apaciguadora, por la misma seguridad que daba.

# LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR EN EL 40 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN. UN DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, TRIBUNAL SUPREMO (1)

**Isabel González Pacanowska**
Universidad de Murcia

**Resumen:** El mandato de protección de los consumidores, proclamado en el art. 51 de la Constitución como principio rector de la política social y económica, ha tenido un desarrollo extraordinario a lo largo de estos 40 años. En este trabajo, más allá de un enfoque centrado en los específicos remedios contractuales del consumidor, se analizan algunas de las pautas seguidas por los Tribunales en el desarrollo de aquel principio, que también recoge el art. 38 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. El análisis permite destacar algunos aspectos relativos a la interrelación entre el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo, en el ámbito de sus respectivas competencias.

**Palabras claves:** Protección de los consumidores, principios rectores de la política económica y social, jurisprudencia constitucional, primacía y efectividad del Derecho comunitario, derecho nacional y jurisprudencia comunitaria.

(1) El texto tiene su origen en la Conferencia presentada en el Congreso "Derecho privado y Constitución: 40 aniversario de la Constitución Española", organizado por la Cátedra de Derecho Notarial de la Universidad de Sevilla y celebrado en Sevilla, los días 29 y 30 de noviembre de 2018.

**Abstract:** The mandate of consumer protection, enshrined in Article 51 of the Constitution as a guiding principal of social and economic policy, has had an extraordinary development throughout these 40 years. In this work, instead of focusing on specific consumer contractual remedies, the aim has been to analyse some of the guidelines followed by the Courts in order to guarantee the said principle. This perspective makes it possible to highlight some aspects relating to the interrelationship between the Constitutional Court, the Court of Justice of the European Union and the Supreme Court, within the scope of their respective competences.

**Keywords:** Consumer protection, constitutional principles of economic and social policy, constitutional case-law, primacy and effectiveness of European Community law, national law and the European Court of Justice.

## SUMARIO

1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DESARROLLO LEGISLATIVO

2. LOS CONDICIONANTES DE LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL
   a) Pluralidad legislativa nacional
   b) El Derecho comunitario

3. EL CONTRATO ENTRE CONSUMIDORES Y EMPRESARIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
   a) El Tribunal Constitucional no invade las competencias exclusivas del legislador
   b) No es competencia del Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la legislación estatal al Derecho de la Unión, pero sí el (¿posterior o simultáneo?) contraste de la norma de transposición con la Constitución
   c) Se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando no se respeta el principio de primacía del Derecho de la UE

4. LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.

5. EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS TRIBUNALES NACIONALES

## 1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DESARROLLO LEGISLATIVO

La protección contractual del consumidor en la CE encuentra su anclaje en el artículo 51.1 CE, ubicado dentro del Cap. III, Título I, como uno de los "Principios rectores de la política social y económica". Los poderes públicos garantizarán su defensa, protegiendo sus "legítimos intereses económicos" mediante procedimientos eficaces.

La incorporación de los consumidores a un texto constitucional constituía en 1978 un fenómeno muy reciente; aunque contaba, de un lado, con el precedente inmediato de la Constitución Portuguesa de 1976 y, de otro, con la directa inspiración en documentos emanados de instancias europeas sobre la protección de los consumidores, que habrían de servir para concretar su contenido (2). Algunos de los primeros comentaristas del recién estrenado precepto manifestaron ciertas reservas, acaso por considerarse improcedente su elevación al rango constitucional: "la vida cotidiana se constitucionaliza"; y algún recelo se esbozó sobre la conciliación de aquel principio con la libertad de empresa dentro de una economía de mercado, consagrada en el art. 38 CE (3). Pero sin duda el sentir mayoritario de la doctrina acogió con entusiasmo y proliferación de literatura lo que se ha descrito como "una nueva etapa en la evolución del constitucionalismo, la que podríamos llamar posdesarrollista, en la que tienen entrada en el santuario de las normas supremas disposiciones– especialmente derechos del ciudadano y pautas de comportamiento para los poderes públicos– tendentes a obtener una mejor calidad de vida, no un mero tener material" (4). El artículo 51 constituía, según expresó la senadora señora Begué Cantón en el Senado, "una

(2) Rebollo Puig, M./Izquierdo Carrasco, M., "Comentario al artículo 51", en Casas Baamonde, Mª.E./Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., (dirs.), *Comentarios a la Constitución Español*, *XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pg.1138: La "Carta de Protección de los consumidores", aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa el 17 de mayo de 1973, y el "Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores", aprobado por Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975. V. además, Bercovitz Rodríguez-Cano, A., "La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho mercantil", en Fernández Rodríguez, T. (coord.), *Lecturas sobre la Constitución española*, t. II, Uned, Madrid, 1978, pg. 14.

(3) Cfr. Ruiz-Rico, J.J./Contreras, M., "Comentario al artículo 51", en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, pg. 392.

(4) Cazorla Prieto, L.Mª/Blasco Delgado, C., "Comentario del artículo 51",

importante novedad constitucional, propia de la pretensión de construir una Constitución de futuro" (5).

En el diseño constitucional, el art. 51 CE podría ser el soporte de eventuales justificaciones de la intervención legislativa dirigida a limitar la libertad de empresa del art. 38 CE; precepto en el que se ha visto reflejada la libertad de contratación y que, en cualquier caso, establece para esta libertad una garantía institucional, "lo que implica un campo razonable de acción" (6). La delimitación y el equilibrio entre esta libertad y aquel principio se habrían de proyectar específicamente sobre las relaciones contractuales entre consumidores y empresarios, ámbito al que cabía referir la defensa de los legítimos intereses económicos y sociales; porque otros aspectos mencionados en el art. 51 CE –la salud y la seguridad– se solapan con otros derechos constitucionales y su protección no se limita a la condición de consumidor del afectado (7).

La concreta arquitectura del mandato constitucional se decidió remitir desde el art. 53.3 CE a los poderes del Estado: "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". El significado de esta norma se condensa en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. La defensa de los consumidores y usuarios tiene el carácter de *principio general informador del ordenamiento jurídico*, como expresó la STC 15/1989, de 26 de enero (8). El artículo 51 CE, dice la STC 14/1992, de 10 de febrero (9), no enuncia un derecho fundamental, pero "de

---

en Garrido Falla, F. *et alii, Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pg. 951.

(5) *ibídem.*

(6) Cfr. Cidoncha Martín, A., "La posición constitucional de los consumidores", en *Revista de Estudios Políticos*, 2011, pgs. 114 y ss., pg. 129.

(7) Cfr. Canosa Usera, R., "Marco Constitucional de la protección de los consumidores y usuarios", en Rodríguez-Arana Muñoz, X./Canosa Usera, R. (eds.)/López Álvarez, L./Meseguer Velasco, S. (coords.), *Derecho de los consumidores y usuarios. Una perspectiva integral*, Netbilio, La Coruña, 2008, pg. 96 y ss. Rodríguez de Santiago, J.Mª., "Comentario al art. 53.3.", en Casas Baamonde, Mª.E./Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pg. 1190, destaca, entre las funciones de estos principios constitucionales, la de justificar limitaciones de derechos fundamentales u otros bienes constitucionales necesarias para la protección de aquellos.

(8) RTC 1989, 15, FJ 2.

(9) RTC 1992,14. FJ 11.

ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios [rectores de la política social y económica]. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la Constitución".

No obstante, añade la STC 14/1992, "es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1. CE), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el art. 51.1 de la Constitución, que determina unos fines y unas acciones de gran laxitud, que pueden ser realizadas con fórmulas de distinto contenido y alcance".

La norma constitucional, en definitiva, impone la defensa de los consumidores y establece un principio general que ha de informar la actuación de los poderes públicos, pero, como ha sido reiteradamente advertido, no condiciona la forma jurídica que haya de adoptar. La tarea de concretar el precepto constitucional se confía a las leyes que lo desarrollen; y dentro de este molde establecido por el poder legislativo, habrá ser interpretado y aplicado aquel principio por la jurisdicción ordinaria (10).

El principio de defensa de los consumidores y la protección de sus intereses económicos, como norma constitucional, naturalmente ha de incidir sobre la interpretación y en la aplicación de las normas de rango inferior por todos los poderes públicos, en particular el judicial (11). Desde la Constitución, se ha dicho, se identifica a gru-

(10) En palabras de Garrido Falla, F. "Comentario al artículo 53", en Garrido Falla, F. *et alii, Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pg. 986, el art. 53.3 CE añade el inciso final "tajante" "por si algún Tribunal lo entendiese de otro modo, y quisiese extraer sus propias consecuencias jurídicas de los preceptos del Capítulo III". Rodríguez de Santiago, J.Mª., "Comentario al art. 53.3.", cit., pg. 1189, dice que la norma, a modo de lo que la doctrina alemana denomina la "cláusula del miedo", "no puede querer limitar las posibilidades de alegación argumentativa de quien acude a los Tribunales en defensa de su pretensiones. El precepto prohíbe solamente que los órganos judiciales entren con criterios propios en las materias de política social". También sirve para poner de manifiesto que "los arts. 39 a 52 no pueden utilizarse por los órganos aplicadores del Derecho para desvincularse de las exigencias del principio de legalidad.... art. 117.1 para los órganos judiciales", aunque la ley, en el caso concreto, "pudiera conducir a un resultado que aparentemente se presenta como 'antisocial'".

(11) Sobre la protección a los consumidores como principio general del Derecho v. Martínez de Aguirre y Aldaz, C., "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones", *Anuario de*

pos de personas necesitadas de especial protección y esa referencia constitucional permite (y, a veces, impone) "el establecimiento de tratos diferenciadores positivos o favorables"; no solo mediante su expresa previsión legal, sino también "en su vertiente de igualdad *en la aplicación* de la ley del art. 14 CE" (12).

Por lo que respecta a la protección contractual del consumidor, la valoración de ese sesgo diferenciador y favorable incumbe, ante todo, a la jurisdicción ordinaria, al interpretar y aplicar la norma al conflicto suscitado. Pero también a la Administración, sea estatal o autonómica, en el marco de sus respectivas competencias. No se olvide que la utilización de cláusulas abusivas constituye una infracción de carácter administrativo (art. 49.1 *i)* TRLGDCU), y esta competencia ha sido asumida por todas las Comunidades Autónomas. Y que conforme a la doctrina legal establecida por la STS 16 septiembre 2017, la Administración puede apreciar el carácter abusivo de las cláusulas e imponer la correspondiente sanción "sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil"; sin perjuicio del recurso correspondiente ante la jurisdicción contencioso-administrativa (13).

El amplísimo desarrollo legislativo posterior ha ido estableciendo el marco del diálogo entre ese imperativo de protección de los consumidores y la libertad de empresa. Perspectiva ya reflejada en la LGDCU de 1984 y reiterada en el vigente art. 1.II del TRLGDCU (14);

---

*Derecho Civil*, 1993, pgs.54 a 58, destaca (pg. 56) que como principio *informador* sustenta un criterio de interpretación favorable a los intereses (razonables) del consumidor. Lasarte Álvarez, C., "La protección del consumidor como principio general del derecho", en González Porras, J.M./Méndez González, F.P. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pgs. 2619 a 2646.

(12) Ruiz-Rico/Contreras, cit., "independientemente de la igualdad ante la ley, se toma en consideración la existencia de desigualdades fácticas y se propone un tratamiento desigual (desigualmente favorable) para los desiguales". En el sentido del texto, Rodríguez de Santiago, cit., pg. 1190.

(13) STS 16 septiembre 2017 (Sala de lo Contencioso Administrativo), RJ 2017, 4672. Lo que no deja de suscitar dudas sobre la tipicidad que preside el Derecho sancionador; pues por más que el TRLGDCU disponga el carácter abusivo *en todo caso* de las cláusulas de los arts. 85 a 90, como es bien sabido la lista está plagada de conceptos indeterminados que, en muchas ocasiones, dificultan *ex ante* el juicio del propio empresario. V. con mayor amplitud, Sánchez-Ventura Morer, I., "Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas: España y Reino Unido", en *Revista de Derecho Civil*, v.5, n.2, 2018, pgs. 243-272, *passim*.

(14) RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

la norma se promulga en desarrollo del art. 51 CE, pero añade que "En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los arts. 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139".

## 2. LOS CONDICIONANTES DE LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

Como es bien sabido, la promulgación de normas en cumplimiento del mandato constitucional ha tenido, y tiene, dos condicionantes.

### A) PLURALIDAD LEGISLATIVA NACIONAL

El primero es de carácter competencial interno, derivado de la pluralidad de ordenamientos, materia que es objeto de otra ponencia en este Congreso. Bastará recordar que, conforme a la doctrina reiterada del TC, el art. 51 CE no es una norma de distribución de competencias(15). La protección del consumidor, en un Estado descentralizado como el nuestro, "difícilmente podrá encontrarse codificado en un conjunto normativo emanado de una sola de estas instancias [central o autonómica], siendo más bien la resultante de la suma de las actuaciones normativas, enderezadas a este objetivo, de los distintos poderes públicos que integran el Estado, con base en su respectivo acervo competencial" (STC 88/1986, de 1 de julio). La defensa de los consumidores no se menciona en el art. 149.1 CE, como recuerda la STC 15/1989, de 26 de enero (FJ 1), pero esta materia se caracteriza "ante todo por su contenido pluridisciplinar, en el que se concita una amplia variedad de materias que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el art. 149.1 CE a los efectos de concretar las competencias del Estado".

En lo que hace específicamente a la protección contractual del consumidor, interesa traer a colación que "[...] De toda esta pluralidad de títulos competenciales que asisten al Estado en esta heterogénea materia, que es el consumo, cobran singular relieve los referentes a la legislación mercantil y civil (art. 149.1.6ª y 8ª)" (STC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4 b). Doctrina que se reitera en la STC 54/2018, de 24 de mayo, (FJ 6)(16), con el recordatorio de sus

(15) Sobre esta cuestión, v. Canosa Usera, R., "Marco Constitucional..." cit., pg. 85.

(16) RTC 2018, 54.

anteriores pronunciamientos sobre la introducción autonómica de "derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas", que es materia reservada, "con alguna salvedad cualificada" a la potestad central del Estado. En particular, el fenómeno de las cláusulas abusivas, según la STC 71/1982, de 39 de noviembre, "aún siendo capital para la defensa de los consumidores y usuarios, forma parte de la competencia estatal *ex* art. 149.1. 8ª CE"(17); "el tratamiento de la materia, las soluciones al respecto, deben ser una, y la misma, para cualquier parte del territorio del Estado"; la regulación de las cláusulas abusivas y la sanción que comportan "que son temas capitales en el Derecho de la contratación, requiere regulaciones uniformes... La regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal". El TC aprovecha además la antes citada STC 54/2018 para advertir que "no cabe traer a colación el Derecho europeo para resolver lo que constituye, en rigor, una controversia competencial. Una vez más, ha de recordarse que las normas de Derecho europeo, ni son canon de inconstitucionalidad de las leyes, estatales o autonómicas, ni predeterminan, tampoco, el reparto interno de competencias en orden al desarrollo o ejecución de la normativa de la Unión". Argumento este último que se añade a los anteriores y permite al TC confirmar la doctrina ya expresada en las SSTC 71/1982, de 30 de noviembre (FJ 14) y 62/1991, de 22 de marzo (FJ 4 b) sobre la competencia estatal en materia de aspectos jurídico-privados de la contratación con consumidores; lo que en esta ocasión conduce a declarar la inconstitucionalidad de la norma del Código de consumo de Cataluña (art. 251-6) que enumeraba una serie de cláusulas consideradas abusivas en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios.

(17) Como destaca Durbán Martín, I., "Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Derecho Privado y Constitución*, 30, 2016, pgs.257-288, pg. 265 la doctrina ha señalado que el TC se refiere al Derecho privado de contratos como algo que se somete de manera global a la reserva estatal; con numerosas menciones conjuntas e inespecíficas al Derecho mercantil y al Derecho civil, art. 149. 1. 6ª y 8ª. En particular, sobre la conocida ambigüedad del TC sobre las "bases de las obligaciones contractuales", que podrían determinar la competencia estatal *en todo caso*, pg. 272 y s.

B) EL DERECHO COMUNITARIO

El segundo condicionante es común a todos los países de la UE: la primacía del Derecho comunitario en el ámbito competencial que le corresponde; especialmente activo, especialmente intenso, en la defensa del consumidor. El instrumento, fundamentalmente, han sido las Directivas, cuya transposición en España se ha producido siempre con cierto retraso y alguna precipitación, añadiendo sin duda complejidad a un panorama legislativo nacional variado. A pesar de haberse intentado mediante el TRLGDCU una cierta ordenación de la materia, con la incorporación en el mismo cuerpo legal de normas de transposición de algunas Directivas, la dispersión persiste, con múltiples defectos técnicos, reiteradamente destacados por la doctrina. Siguen conservando plena actualidad las palabras de PARRA LUCÁN: "El derecho del consumo ha tenido un desarrollo extraordinario, pero también caótico" (18).

A corto plazo no parece tampoco que vaya a mejorar; la mayoría de las Directivas que inciden sobre el Derecho contractual "están en danza". Tras el fracaso de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 2008 (19), reducida al mucho más limitado contenido de la Directiva 2011/83, el legislador europeo parece por el momento abandonar la elaboración de normas de amplio alcance, centrando las propuestas –numerosas, eso sí– en los ámbitos más problemáticos relativos, sobre todo, a la contratación en el entorno digital (20). El escenario es un hervidero de propuestas de Directivas nuevas y de modificación de las existentes (21).

En el informe de la Comisión Europea sobre protección de los consumidores en la UE, publicado el 23 de mayo de 2017 (22), el diagnóstico destacaba aspectos favorables, pero también muchos

(18) PARRA LUCÁN, Mª.A., *Nota introductoria* a *Legislación de Consumo,* 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pg. 13.

(19) COM (2008) 614 final.

(20) Propuesta de Directiva de suministro de contenidos digitales, 9 diciembre 2015, COM (2015) 634 final. Propuesta modificada de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa, de 31 de octubre de 2017, COM (2017) 637 final, que prevé la derogación de la Directiva 99/4 sobre venta y garantía de bienes de consumo.

(21) La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril de 2018, COM (2018) 185 final, modifica, entre otras, la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores, la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales y la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas.

(22) *Fitness check*, SWD (2017) 209 final.

defectos. A pesar de la profusión legislativa, es elevado el índice de incumplimiento de las normas, los consumidores no son conscientes de sus derechos o carecen de cauces ágiles para reclamar. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 11 de abril de 2018, *Un Nuevo Marco para los Consumidores* (23), realza los beneficios conseguidos mediante las políticas aplicadas en los últimos 30 años, y enuncia los retos futuros. El *Nuevo Marco* es de amplio alcance pero, por lo que al Derecho contractual se refiere, abunda en la necesaria modernización de la legislación para adecuarla a la rápida evolución del mercado al compás del desarrollo tecnológico. Los planes de futuro incluyen, entre otras, las siguientes previsiones: *i)* incrementar la transparencia de los mercados en línea (el consumidor debe saber si su contraparte es o no un profesional); *ii)* proteger al consumidor en los servicios gratuitos que implican, sin embargo, una contraprestación mediante la cesión de datos; *iii)* reducir a lo razonable las cargas de los empresarios en la contratación a distancia. La extensa legislación debe "aplicarse y ejecutarse mejor", por lo que se anuncia la adopción de medidas para mejorar y reforzar los recursos y procedimientos de resolución de conflictos (24). La experiencia del *diesel-gate* impulsa, de otro lado, a modificar la legislación sobre prácticas comerciales desleales de las empresas con el fin de implementar remedios contractuales, como la resolución del contrato, o extracontractuales, como la indemnización de daños. Y, en fin, la elevada tasa de infracciones por parte de los empresarios aconseja endurecer el Derecho sancionador, especialmente para aquellas que se encuentren generalizadas en más de un país.

(23) COM (2018) 183 final.

(24) Propuesta de Directiva de 11 de abril de 2018, COM (2018) 184 final, sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que deroga la Directiva 2009/22 CE, sobre acciones de cesación. En cuanto a los sistemas de resolución alternativa de conflictos (*ADR)* recuérdese que la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, de transposición de la Directiva 2013/11/UE (resolución alternativa de litigios de consumo) prevé (disp. adic. 1ª) la creación mediante ley de una entidad de resolución alternativa de litigios en el ámbito de la actividad financiera, de sumisión obligatoria, aunque no se sabe si con carácter vinculante.

## 3. EL CONTRATO ENTRE CONSUMIDORES Y EMPRESARIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El protagonismo del Tribunal Constitucional en aspectos que podrían haber incidido en la defensa contractual del consumidor ha sido reducido, probablemente por la confluencia de diversos factores, entre los que cabría apuntar los que siguen.

### A) EL TC NO INVADE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL LEGISLADOR

La protección del consumidor es un principio constitucional, rector de políticas a desarrollar por los demás poderes estatales. Incumbe, ante todo, al poder legislativo y al ejecutivo el diseño de los cauces para alcanzar los objetivos; promulgar las normas que habrán de regir la actuación de las administraciones públicas y ser aplicadas por los Tribunales. Como límite a la acción o inacción de los poderes públicos, se ha dicho, la eficacia jurídica de las normas constitucionales finalistas es escasa, pues no nacen de ellas directamente derechos subjetivos; salvo el supuesto de vulneración frontal(25).

La reiterada doctrina del TC sobre la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria –en contraste, como es sabido, con el juicio del TJUE, cuando el deudor afectado es consumidor y el contrato tiene cláusulas abusivas– constituye de algún modo ejemplo y aplicación de aquellas premisas. Una doctrina que se inició bajo la vigencia del antiguo art. 131 LH y se desarrolló desde el prisma de la adecuación de un procedimiento sumario y de cognición limitada a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en relación con el art. 14 CE. Con la desestimación o inadmisión de recurrentes cuestiones de inconstitucionalidad, el TC fue desgranando los argumentos que evitaban la infracción de aquel derecho fundamental, en la medida en que cabía acudir al declarativo ordinario ulterior, con plenitud de debate(26). Como último eslabón cabe recordar que el Auto 113/2011, de 19 de julio del Pleno del TC, hubo de justificar, de nuevo, el carácter tasado de los motivos de oposición a la ejecución

(25) V. Cidoncha Martín, cit. pg.128, con recordatorio de lo expresado por De Otto: si se si se pudiera enjuiciar la adecuación entre la ley y el objetivo prescrito, el Tribunal Constitucional estaría suplantando al legislador en su función estrictamente política de elegir los medios conducentes a lograr ese objetivo.

(26) Doctrina desarrollada ya en la STC 41/1981, de 18 de diciembre (RTC 1981, 41) y reiterada, entre otras, por SSTC 269/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 269), 223/1997, de 4 de diciembre (RTC 1997, 223), 158/1997, de 2 de octubre (RTC 1997, 158).

hipotecaria (conforme al art. 695 LEC, antes de su reforma por la Ley 1/2013, de 14 de mayo) cuando el bien gravado constituye la vivienda habitual del ejecutado, habiéndose invocado por el juez remitente que la vulneración del art. 24 CE implicaba simultáneamente la lesión del derecho fundamental a una vivienda digna (art. 47 CE). La inadmisión, se dijo, procede por tratarse de "cuestión notoriamente infundada" "habida cuenta de que este Tribunal ya ha despejado las dudas formuladas, declarando la conformidad del régimen procesal cuestionado con el referido derecho fundamental, de cuya hipotética vulneración el órgano proponente hace depender la lesión de otros derechos y principios constitucionales" (FJ 4).

En lo que hace al cometido que el propio Tribunal Constitucional se asigna, y es lo que aquí quiero destacar, se recuerda que "la cuestión de inconstitucionalidad no es un cauce procesal idóneo para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la constitucionalidad de un régimen o esquema legal... por contraste con un hipotético modelo alternativo, que no le compete formular al órgano proponente, ni corresponde valorar a este Tribunal Constitucional por ser materia de la exclusiva competencia del legislador, dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal no puede ni debe restringir" (27).

El voto particular al Auto 113/2011(que formula el Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo) advierte que coincide con la mayoría en el fallo y la argumentación, pero entiende que el análisis se detiene antes de tiempo, sin abordar aspectos suscitados en el planteamiento de la cuestión "que destacan por su trascendencia social y constitucional". En opinión del voto particular, habida cuenta de que "los rasgos de la situación económica y financiera actual son radicalmente distintos a los que la caracterizaban a principios de los años ochenta y esta transformación incide directamente en la esencia de las condiciones de cumplimiento de los compromisos hipotecarios adquiridos por los prestatarios" [...] "sería necesario examinar si los preceptos cuestionados, interpretados a la luz del nuevo contexto económico y social, son compatibles o no con los valores constitucionalmente protegidos aducidos por el órgano judicial promovente." [...] "De lo contrario, se incurre en un cierto reduccionismo en el control constitucional... al entender que la función que la Constitución ha enco-

(27) Doctrina que se reitera, en relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria (sin implicación de consumidores) en el Auto del Pleno del TC 198/2016, de 29 de noviembre (RTC 2016, 198).

mendado a este Tribunal, tanto en los procesos de amparo como en los de control de la constitucionalidad de la Ley, no puede ser insensible a la realidad social sobre la que se proyectan los preceptos, principios y valores de nuestra Norma Fundamental".

Nótese que, ni en el planteamiento de las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad, ni en los razonamientos de los magistrados del TC, se alude a la protección del consumidor; el art. 51 CE en ningún momento se cita en los argumentos. Cabría decir, *a maiore,* que, de haber comparecido, la postura de nuestro Tribunal Constitucional habría sido la de evitar el dictado sobre la política a seguir en pro del objetivo constitucional. Máxime cuando los sucesivos gobiernos del período considerado tampoco habían juzgado necesario adoptar medida alguna en aras de una mayor protección del consumidor expuesto a la ejecución de una hipoteca constituida en garantía de un contrato con cláusulas nulas; a pesar de que esa "realidad social", a la que se alude en el voto particular del Auto 113/2011, venía manifestándose desde 2008.

Puede compartirse, acaso, que no corresponde al supremo intérprete de la Constitución enderezar los objetivos políticos; pero no termina de entenderse, entonces, que el propio TC haya considerado *inconstitucional* una norma emanada del legislativo, que claramente podía ser considerada favorable al consumidor y susceptible de aliviar su posición en conflicto con un empresario. La STC del Pleno, 1/2018, de 11 de enero (28) estima la cuestión de inconstitucionalidad promovida sobre el art. 76 e) de la Ley 80/1980, introducido por la Ley 21/1990 para adaptar el Derecho español a la Directiva 1987/344/CEE. La norma cuestionada es la que establece (establecía) un "arbitraje obligatorio", a instancia del asegurado y en el reducido ámbito del contrato de seguro de defensa jurídica (29). El TC expone con detalle su propia doctrina sobre el arbitraje obligatorio y la reitera para considerar que, por vulneración del art. 24 CE en relación con el art. 117 CE, es inconstitucional y nula aquella norma (30).

(28) RTC 2018, 1.

(29) Según el (inconstitucional) art. 76 e) Ley 50/1980, "El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada".

(30) A pesar de considerar que la sumisión al arbitraje es un fin constitucionalmente lícito, la restricción al derecho fundamental se produce porque "el sometimiento de la cuestión a arbitraje se impone por la sola voluntad de una de las partes del contrato, de modo que establece un impedimento

La crítica, que se comparte, se expresa con nitidez en los votos particulares, en los que se alude repetidamente al art. 51 CE –junto a otros argumentos relativos a la estricta constitucionalidad de la norma confrontada con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y su plena adecuación al Derecho comunitario de la que deriva. Particularmente extenso es el razonamiento del Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, en el que se pondera "la patente situación de debilidad e indefensión para el asegurado, pues a la par que requiere de defensa jurídica frente a un tercero, mantiene precisamente con aquel que le tiene que defender una controversia sobre el contenido de su contrato de defensa jurídica que, de no ser resuelta con la debida agilidad y objetividad, amenaza con dar al traste con la efectividad de sus derechos". Siendo ello así, se añade, se puede afirmar que "nada obsta para que en determinados supuestos el legislador no haga prevalecer la autonomía de la voluntad de los particulares e imponga las reglas contractuales. La concepción jurídica y social del liberalismo económico que parte del presupuesto ideológico de la libertad de las partes contratantes, así como de la igualdad de las mismas en materia contractual, no lleva necesariamente a concluir que solo son válidos los contratos concluidos por el juego de la autonomía privada. Una concepción social del Derecho y de la economía no puede por menos de tratar de proteger especialmente determinados intereses puestos en juego en la contratación, como son, por regla general, los de la parte económicamente más débil" [....] "Creo que la eficacia de las normas de protección de los consumidores se mide no solo por la equidad de sus normas, sino también por la existencia de cauces sencillos, rápidos y gratuitos o de escaso coste a través de los cuales puedan hacer exigibles sus derechos cuando estos no hayan sido respetados adecuadamente" (31).

---

para el acceso a la tutela judicial de la otra... Dos son los efectos que se derivan del precepto: el primero, la obligación de una de las partes, por voluntad de la otra, de someter la cuestión a arbitraje y, por tanto, a estar y pasar por lo decidido en el laudo, y el segundo, el efecto de impedir a los jueces y tribunales conocer el litigio sometido a arbitraje, pues el control judicial del laudo arbitral no comprende el fondo del asunto".

(31) La protección del consumidor se invoca también en el voto particular del magistrado D. Antonio Narváez Rodríguez, al que se adhiere D. Ricardo Enríquez Sancho, para justificar la proporción de la norma cuestionada a los fines e intereses constitucionalmente protegidos y a la especial protección que el art. 51 CE impone a los poderes públicos para establecer procedimientos efectivos en su defensa y protección.

### B) NO ES COMPETENCIA DEL TC CONTROLAR LA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL AL DERECHO DE LA UNIÓN, PERO SÍ EL (¿POSTERIOR O SIMULTÁNEO?) CONTRASTE DE LA NORMA DE TRANSPOSICIÓN CON LA CONSTITUCIÓN

Dejando ahora la perspectiva de cuál sea el papel del TC en el diseño de las políticas de protección, en el sentido que hemos expuesto, hay otro ingrediente que debe ser analizado y que, a mi juicio, tiene igualmente relevancia para aquilatar el peso de su doctrina en el ámbito considerado. La mayoría de las normas nacionales que se proyectan sobre los contratos celebrados entre consumidores y empresarios provienen de la transposición del Derecho comunitario, sobre cuya variedad y distintos niveles de armonización no procede que me extienda aquí. Baste observar que, como afirma el Tribunal Constitucional, la recta aplicación del Derecho de la UE por los poderes públicos nacionales es una cuestión que, procesalmente, carece de rango constitucional. "No es función de este Tribunal (STC 1/2018, de 11 enero. FJ 3) controlar la adecuación de la legislación estatal al Derecho de la Unión", aunque sí lo sea, se añade, "dilucidar si el contenido de la normativa interna dictada en aplicación de aquel, vulnera o no la Constitución española". Es decir, la compatibilidad de normas internas con el Derecho comunitario, en el ámbito de su competencia, es materia que debe plantearse, en su caso, y ser resuelta ante el TJUE. Y, como expresamente se dice ahora en el art. 4 *bis* LOPJ, desde la reforma por LO 7/2015, de 21 de julio, los jueces y tribunales aplicarán el Derecho de la UE de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. La incumbencia del TC será entonces controlar, en su caso y partiendo de su compatibilidad con el Derecho comunitario, si se respeta nuestra Constitución.

Ahora bien, el TC tampoco se muestra dispuesto a pronunciarse sobre la eventual inconstitucionalidad de una norma nacional (aunque no sea transposición de norma comunitaria) cuando, de modo simultáneo, el órgano de remisión de la cuestión de inconstitucionalidad ha planteado ante el TJUE una cuestión prejudicial sobre su compatibilidad con normas comunitarias de protección de los consumidores. La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad merece por sí sola tratamiento monográfico, que aquí no cabe abordar mínimamente(32). Pero sí cabe recordar

(32) La zona de conflicto o el supuesto de "doble vicio" se circunscribe, en principio, a los derechos fundamentales: entre los que la Constitución proclama y los de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. V. Cruz Villalón, P./Requejo Pagés, J.L., "La relación entre la cuestión prejudicial y

que el Pleno del TC, mediante Auto 168/2016, de 4 de octubre (33), inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad relativa a la práctica empresarial de comprar créditos a precio ínfimo y luego exigir el nuevo acreedor la totalidad del crédito pendiente al deudor, sin dar a este la posibilidad de extinguir su deuda, adquiriendo el crédito vendido por el importe de la cesión; el juzgado consideraba que el art. 1535 CC junto con los preceptos sobre sucesión procesal de la LEC, arts. 17 y 540, en su conjunto, eran incompatibles con los derechos o intereses de los consumidores, cuya protección exigen los arts. 14 y 51.1 y 3 CE. Sobre todo, se aduce por el órgano que eleva esta cuestión, cuando la variedad de normas civiles sobre el denominado retracto de créditos litigiosos (en particular, se cita la Ley 511 de la Compilación Navarra) produce una desigualdad de trato del consumidor.

La inadmisión de esta cuestión de inconstitucionalidad (por incumplimiento de los juicios de aplicabilidad y de relevancia) se argumenta a la vista de que el órgano judicial había presentado simultáneamente una cuestión prejudicial ante el TJUE. Según el TC (FJ 4), si lo que sucede es que se alberga dudas sobre la compatibilidad de esa ley con el Derecho de la Unión, lo prioritario es plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE "de suerte que solo cuando este haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario, cabría plantear la cuestión de inconstitucionalidad"[...] "En suma, estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucio-

---

la cuestión de inconstitucionalidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 50, 2015, pgs. 173-194, pg. 191, que analizan también en clave crítica el problema de la precedencia o posible simultaneidad en el planteamiento de ambas cuestiones. V, también Roca Trías, E./García Couso, S., "¿Es real el diálogo entre Tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales", *Teoría y realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pgs. 529– 548, *passim*. Las autoras se refieren al (pg. 531) "replanteamiento de las funciones de los Tribunales Constitucionales europeos respecto de la protección de derechos y libertades fundamentales, y por ende, de la configuración de su parámetro de control respecto de competencias de la Unión. En tales casos, en los que están en juego derechos fundamentales: ¿se puede mantener que el control de 'comunitariedad' o 'europeidad' es diferente al de 'constitucionalidad'?... ¿Puede el TC realizar un juicio de constitucionalidad sin tener en cuenta la previa decisión del TJUE?".

(33) RTC 2016, 168.

nalidad sobre esa misma ley hasta que el TJUE resuelva. La eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad: que la norma con rango de ley cuestionada sea 'aplicable al caso' (arts. 163 CE y 35.1 LOTC)" (34).

En definitiva, dado que el ámbito de la protección contractual del consumidor se encuentra en gran medida cubierto por normas procedentes de Directivas comunitarias, las dudas sobre la compatibilidad de la norma nacional con el objetivo perseguido por el Derecho de la UE deberán encauzarse a través de los correspondientes recursos ante el TJUE. Conseguir un elevado nivel de protección de los consumidores es un principio que igualmente se ha consagrado en el art. 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En el caso de que el problema lo suscite otra norma nacional que se estime ser infractora, tanto de principios y derechos constitucionales internos, como del Derecho comunitario –como ocurrió con la cuestión relativa a la disciplina de la cesión de créditos y el retracto de créditos litigiosos–, el Tribunal Constitucional parece claramente decidido a conferir la precedencia a la decisión del Tribunal de Luxemburgo.

Téngase en cuenta, además, que, según el propio TC, la respuesta del TJUE a esa cuestión prejudicial precedente, habrá de ejercer marcada influencia sobre la eventual y ulterior resolución de una cuestión de inconstitucionalidad (35). Como declaró la STC 35/2016, de 3 de enero (36), en relación con la libertad de empresa, "la pertenencia de España a un espacio de libre circulación de personas, servicios y capitales, como es la Unión Europea, y la conformidad de

(34) Doctrina reiterada, aunque sin relación con la protección de los consumidores, en los AATC 184 y 185/2016, de 15 de noviembre (RTC 2016, 184 y 185).

(35) La STJUE 7 agosto 2018 (JUR 2018, 282108), caso *Banco Santander*, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, resolvió aquella cuestión prejudicial sin observar vulneración alguna de las normas comunitarias. Declaró que la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores no es aplicable a una práctica empresarial de compra o cesión de créditos, ni tampoco a disposiciones nacionales como los artículos 1535 CC y los arts. 17 y 540 LEC que regulan la transmisión de créditos. La Directiva solamente se aplica a cláusulas, no a prácticas (apartado 39). Y, conforme al art. 1.2. de la Directiva, no se aplica a disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas (apartado 43).

(36) RTC 2916, 35.

la medida cuestionada con esas libertades y principios apreciada por el Tribunal de Luxemburgo, hace que esta jurisdicción constitucional deba tener muy presentes las conclusiones alcanzadas por este último en ese proceso anterior sobre la misma medida ahora sometida a nuestro control, al haber sido esa medida contrastada en ese proceso anterior con normas que en última instancia persiguen preservar el mismo interés jurídicamente protegido en el art. 38 CE".

La doctrina, en esta línea, señala que "los Tribunales Constitucionales han dejado de tener el monopolio sobre la interpretación de los derechos y libertades fundamentales (art. 10. 2 CE). Es más, en aquellos casos en que *afecte a derechos fundamentales relacionados con la competencia de la UE podría afirmarse que han dejado de tener el control* [...] *No podemos olvidar que la Carta es vinculante para los Estados miembros, por lo que, confirmada la competencia de la Unión, es al TJUE al que corresponde emitir un juicio sobre su interpretación*" (37).

### C) SE VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, CUANDO NO SE RESPETA LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La posición del TC sobre la primacía del Derecho de la Unión, en el ámbito de su competencia y sobre la base del art. 93 CE, se manifiesta en la Declaración 1/2004, comprensiva de la normatividad de los principios jurisprudenciales establecidos por el TJUE, en la medida en que ese principio ya era parte del acervo comunitario cuando España se adhirió a las Comunidades(38). En el bien entendido, según la propia jurisprudencia comunitaria, de que "los derechos que corresponden a los particulares no derivan de la Sentencia del TJUE, sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno"(39). De otro lado, la aplicación directa de la norma (de origen) comunitaria

(37) Énfasis añadido. V. ROCA TRÍAS/GARCÍA COUSO, "¿Es real...", cit. pg. 537.

(38) DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4. V. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, "La posición...", cit. pg. 498, que, además, señala que el reconocimiento más claro de la normatividad de los principios jurisprudenciales se encuentra en la Declaración (nº 17) sobre la Primacía, anexa al Tratado de Lisboa.

(39) V. sobre esta doctrina la STC 75/2017, de 19 de junio (RTC 2017, 75), FJ 2.

en la interpretación del TJUE por los Jueces y Tribunales, encuentra su amparo en el art. 4 *bis* 1, LOPJ.

Según constante doctrina del TC, sí le corresponde velar por el respeto de aquella primacía, en particular cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el TJUE, pues "en estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el TJUE, puede suponer una 'selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso', lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva" (40).

En la STC 75/2017, de 19 de junio (41), la doctrina expuesta se aplica para estimar el recurso de amparo interpuesto contra el Auto de la Audiencia Provincial de la Rioja que, según el TC, no había tenido en cuenta, a su vez, un Auto del TJUE, de 19 de noviembre de 2015 (42).

El Tribunal de Luxemburgo había establecido en dicho Auto una interpretación sobre el concepto de consumidor en el artículo 2 b) de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas. Tras establecer la especial importancia que la protección del consumidor tiene en el caso de un contrato de fianza celebrado con una entidad financiera (43), se valora la posibilidad de que se pueda considerar consumidor a la persona física que garantiza las obligaciones de una sociedad mercantil, frente a la entidad bancaria. Se recuerda que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el concepto de consumidor en este contexto "debe apreciarse según un *criterio funcional*, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión" (44). Para concluir que "corresponde al juez nacional... verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el

(40) SSTC 145/2012, de 2 de julio, FJ 6 (RTC 2012. 232), y 232/2015 (RTC 2015, 232).

(41) RTC 2017, 75.

(42) TJCE 2015, 2015, 386, caso *Tarcau*, asunto C-74/115. Auto que se había pronunciado antes de la deliberación y del fallo del recurso de apelación ante la AP de La Rioja. El TJUE reiteró su doctrina en el ATJUE de 14 de septiembre de 2016, caso *Dumitras*, asunto C-534/15.

(43) "Pues se basa en un compromiso personal del garante de cumplir la obligación contractual contraída por un tercero, lo que comporta para quien la asume un gravamen patrimonial y un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar", apartado 25.

(44) Apartado 22.

contratante de que se trata puede calificarse de 'consumidor'" en el sentido de la Directiva 93/13 (45).

El TC observa que, en el momento de dictarse el Auto por la AP de La Rioja (46), el órgano judicial ya conocía ese pronunciamiento del TJUE que, de forma explícita, había relatado las circunstancias en las que las personas físicas garantes de obligaciones de una sociedad mercantil podían ser consideradas consumidoras, a efectos de su protección frente a cláusulas abusivas. La inaplicación de la Directiva, sin motivar siquiera la oportunidad o conveniencia de plantear una cuestión prejudicial, infringía el principio de primacía, determinando una "selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso" y, en consecuencia, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (FJ 3).

Nótese que la censura por parte del TC se dirige, ante todo, a la "irrazonable y arbitraria selección de la norma" aplicable. No se ha conferido la primacía que corresponde a la norma comunitaria, concretada por el TJUE, alterando la prelación de fuentes (47).

Esta nueva jurisprudencia del TJUE ha encontrado, como en otras ocasiones, inmediato reflejo en la jurisdicción ordinaria y en resoluciones de la DGRN (48). Y sobre su destacado interés no cabe sino

(45) Apartados 28 y 29.

(46) Auto que inadmitía el incidente nulidad de actuaciones, en pieza de oposición a ejecución hipotecaria.

(47) En este sentido, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., "Directiva 93/13/CEE. Primacía del Derecho Europeo. Tutela judicial efectiva. Comentario a la STC (Sala Primera) 75/2017, de 19 de junio de 2017", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 105, § 2808, pgs. 563 a 576, pg. 576, observa que esto es además relevante porque "semejante objeción desaparece si la resolución recurrida en amparo sí que tiene en cuenta tal jurisprudencia, aunque no decida en concordancia con la misma, siempre que ello se base en un razonamiento que no sea irracional".

(48) STS 28 mayo 2018, RJ 2018, 2281. RRDGRN de 14 de julio 2017 (RJ 2017, 3931, con el efecto de estimar abusivo el interés moratorio, por ser superior al criterio reiterado del TS que lo ha fijado en la suma de dos puntos porcentuales al interés remuneratorio), 31 octubre 2017 (RJ 2017, 6060, aunque en esta última se decidió que la contratación era entre profesionales). La STS de 3 julio de 2018 (RJ 2018, 2797) considera, en cambio, que no es consumidora la esposa, "coprestataria", cuando el préstamo se solicitó para pagar una licencia de taxi, que es la actividad profesional de su marido, porque "la deuda es ganancial y por tanto no es ajena a la finalidad empresarial del préstamo, puesto que está vinculada funcionalmente con el contratante profesional, conforme a los arts. 1365.2 CC y 6 y 7 CCom... por lo que tampoco es aplicable la legislación de consumidores". Mas entiendo que aquí se confunde lo que, de un lado, es el régimen de responsabilidad de los bienes gananciales y el eventual beneficio que la esposa pueda

recordar la abundante y casi uniforme jurisprudencia del TS que deniega la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas a los contratos celebrados entre empresarios, con independencia de las circunstancias. Y que el Supremo es igualmente constante en llevar, con alguna inflexión, el denominado "control de transparencia reforzado" –instaurado por la STS de 9 de mayo de 2013 para las cláusulas suelo– al juicio sobre el carácter abusivo de las cláusulas, juicio limitado al contrato entre empresario y consumidor.

No procede aquí detenernos en esta cuestión, sobre la que existe, de otro lado, abundante doctrina en sentido crítico. Baste recordar que el concepto de consumidor es de suma importancia en el ámbito de las cláusulas abusivas, mientras no se concrete por el TS el alcance de un posible control de contenido sobre la base del art. 1258 CC, aplicable a la relación entre empresarios; mientras se mantenga la (discutible y, a mi juicio, incomprensible) distinción entre, de un lado, la exigencia de la denominada transparencia reforzada/material de cláusulas, cuyo contenido se estima ser lícito aunque desconocido por el consumidor, y, de otro, las normas sobre inclusión e incorporación (especialmente a la vista de los arts. 5 y 7 LCGC) (49); y mientras el TS siga en la línea de rechazar un pronunciamiento favorable a la nulidad *parcial* del contrato, cuando alguna de las estipulaciones se impugna sobre la base de *error vicio del consentimiento* (50). Doctrina esta última que acaso el TS pueda

---

detraer de la actividad profesional de su marido (en cuanto que los rendimientos engrosan el patrimonio ganancial), de un lado, y su condición de persona física no profesional.

(49) Me remito a González Pacanowska, I., "Comentario al artículo 80" y "Comentario al artículo 82". en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarios (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, en el comentario al art. 80, pgs. 1072 a 1078, y en el comentario al art. 82, pgs., 1142 y s. V., de otro lado, la reiteración de esta distinción, en las SSTS de 28 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2281), 30 mayo 2018 (RJ 2018, 2379).

(50) V., últimamente, y en relación con negar la posible nulidad parcial en caso de impugnación por error vicio, respecto de cláusula suelo en contrato con empresario, la STS de 3 de julio de 2018 (RJ 2018, 2797), porque "una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento... solo podía determinar la anulación del contrato en su totalidad". No obstante, el TS también reprocha que "ni en la demanda se hace un verdadero esfuerzo argumentativo sobre el error como vicio del consentimiento, ni posteriormente se practica prueba alguna al respecto....Tan es así que, en el recurso de apelación, la mención al error vicio del consentimiento es puramente tangencial".

reconsiderar en el futuro, en función de las circunstancias. En esta línea cabe citar un supuesto en el que se apreció por el Supremo el carácter *negociado* de una cláusula suelo y, por ende, se excluyó del control de abusividad –porque el consumidor había acudido al banco para que se le redujera ese límite inferior a la variabilidad del interés–; pero se advierte a renglón seguido que el límite "estaría en que el consentimiento prestado a esta sustitución de una cláusula suelo por otra *no estuviera viciado*", asunto que en ningún momento había llegado a plantearse (51).

## 4. LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La protección del consumidor no es un derecho fundamental en la Constitución, y tampoco merece esta calificación lo dispuesto en el art. 38 de la Carta de los DFUE, que igualmente proclama ser un objetivo de las *políticas* de la UE el garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores. El TJUE, no obstante, ha establecido una conexión entre tal objetivo, la interpretación de normas comunitarias de protección del consumidor, y los derechos fundamentales consagrados en la Carta (52).

En la STJUE 17 julio 2014, caso *Sánchez Morcillo y Abril García* (53), procedente de España (54), se vincula, acaso por vez pri-

(51) V. STS 13 septiembre 2018 (RJ 2018, 3839). De lo dicho por el Supremo en esta sentencia, podría colegirse que, en caso de que se demostrase el vicio del consentimiento en la sustitución de la cláusula suelo por otra, la nulidad consecuente al error vicio podría quedar limitada a dicha cláusula.

(52) V. en general, y en un contexto más amplio, sobre los delicados problemas que plantea la Jurisprudencia del TJ que "conecta la eficacia entre particulares de los derechos de la Carta con las Directivas", UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., "La eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pgs. 361-386, pgs. 371 y ss.

(53) TJUE 2014, 106, C-169-14.

(54) En esta ocasión se planteó la compatibilidad con la Directiva 93/13 del art. 695.4 LEC, recién introducido por la Ley 1/2013; la norma había ampliado el elenco de causas de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria para incluir la posibilidad de alegar el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Lo que inmediatamente fue objeto de discusión y provocó la cuestión prejudicial ante el TJUE era que solamente se permitía recurrir en apelación el auto que acordara el sobreseimien-

mera y en relación con la protección del consumidor, el principio de efectividad del derecho comunitario con el art. 47 (tutela judicial efectiva) de la Carta DFUE. El TJUE declara aquí que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas, implica una exigencia de tutela judicial, consagrada en el artículo 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar. Resolución que, a su vez, desencadenó la modificación de la LEC (art. 695.4ª.4) por el Real Decreto-Ley 11/2014.

Nótese, como inciso, que nuestro TC no llegó a tener finalmente oportunidad de pronunciarse sobre este extremo, a pesar del planteamiento de varias cuestiones de inconstitucionalidad, que fueron en su día inadmitidas(55). La censura del art. 695.4 LEC, en la redacción que le dio la Ley 1/2013, terminó llegando a través de un recurso de inconstitucionalidad, en el que se denunciaba el quebrantamiento del principio de igualdad de armas procesales y de acceso a los recursos (art. 24 CE), en relación con el derecho de igualdad (art. 14 CE). Pero la STC 213/2016, de 15 de diciembre(56) resolvió cuando las infracciones alegadas ya habían sido atendidas por el legislador con las modificaciones oportunas, de modo que el recurso sufría la "pérdida de objeto" (FJ 5)(57).

---

to del proceso o su continuación, sin aplicación de la cláusula declarada abusiva, pero no en cualquier otro caso. Aspecto este último que habría de reformarse casi inmediatamente después del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo por el RDLey 11/2014, con el fin de conferir también al consumidor recurso contra el auto que hubiere desestimado su oposición.

(55) Sobre tales cuestiones y su inadmisión por el TC por razón del juicio de relevancia, v. *in extenso*, Díez García, H., "Igualdad de armas y tutela judicial efectiva en el art. 695.4 LEC tras el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre: crónica de una reforma legislativa anunciada (de los AATC 70/2014, 71/2014, 111/2014, 112/2014 y 113/2014 a la STJUE de 17 de julio de 2014)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pgs. 2012-262, *passim*.

(56) RTC 2016, 213.

(57) No se diga tampoco que nuestro TC ha sido insensible a la dimensión social de la ejecución hipotecaria que recae sobre vivienda familiar. V. las observaciones de Díez García, "Igualdad de armas..." cit., pg. 244 y s.,: en la línea de paliar los "casi irreparables e irremediables efectos para el ejecutado o para otros afectados por la actividad ejecutiva que, acaso, no eran subsanables o reparables en el declarativo ulterior", sitúa, tanto las resoluciones que han insistido en la necesidad de que las garantías procesales sean observadas con especial rigor y diligencia, como aquellas otras que "de forma mucho más concreta" han reconocido expresamente que "la ejecución hipotecaria puede producir *situaciones irreversibles o de muy difícil vuelta a la situación anterior* o provocar *daños de muy difícil reparación*, para así

Volviendo a la STJUE *Sánchez Morcillo y Abril García*, se observa que no fue la primera ocasión en la que se apuntó aquella conexión, ni la última. El puente entre la protección contractual del consumidor y los derechos fundamentales reconocidos en la Carta DFUE ya asomaba en uno de los pronunciamientos del TJUE que probablemente ha tenido mayor resonancia para la protección del consumidor, dentro y fuera de España: la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso *Aziz* (58). En esta resolución se confirmó una doctrina, anunciada en decisiones anteriores, sobre los límites al principio de autonomía procesal de los Estados miembros. Materia procesal sobre la que la UE carece de competencias, siempre que se cumplan dos requisitos: que las normas procesales internas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares en el Derecho interno (principio de equivalencia) y siempre que no hagan imposible en la práctica, o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (59). En *Aziz*, el TJUE apreció claramente la ruptura del principio de efectividad del Derecho comunitario sobre cláusulas abusivas (Directiva 93/13) en un procedimiento de ejecución hipotecaria que, ni permitía al consumidor oponer la abusividad de una cláusula contractual que fundamenta la ejecución, ni ofrecía un cauce para la eventual apreciación de oficio por el Juez; en contra de lo que también era ya un criterio consagrado por el TJUE, reclamando la intervención activa del órgano judicial. El Juez tiene el deber de apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas, tan pronto como disponga de los elementos, de hecho y de derecho, necesarios para ello; y la legislación nacional debe abrir los cauces procesales oportunos para salvaguardar este resultado, con pleno respeto al principio de contradicción, que también se integra en la tutela judicial efectiva (60). Además, de manera lar-

---

fundar la suspensión cautelar de la tramitación de la ejecución hipotecaria, estando pendiente de resolución un recurso de amparo constitucional".

(58) TJCE 2013, 89, asunto C-415/11.

(59) SSTJUE 26 de octubre de 2006 (TJUE 2006, 299), caso *Mostaza Claro*, asunto C-168/05, apartado 24; 6 de octubre de 2009 (TJUE 2009/309) caso *Asturcom Telecomunicaciones*, asunto C-40/08, ap. 38; y se reitera, entre otras, en la de 14 de junio de 2012 (TJUE 2013, 143), caso *Banco Español de Crédito*, asunto C-618/10, ap. 46.

(60) Sobre estas cuestiones y con mayor desarrollo, me remito a lo expuesto en González Pacanowska, I., "Comentario al artículo 83", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarios (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Thomson Reuters Aranzadi,

vada ("*hidden constitucionalization*") y sin citar norma alguna de la Carta de DFUE, se subraya otro argumento añadido a los anteriores para entender que la norma procesal interna no era compatible con la Directiva 93/13: el contrato de préstamo con cláusulas abusivas se había concedido para adquirir la vivienda familiar, sobre la que recaía la garantía hipotecaria. Se había seguido un procedimiento de ejecución hipotecaria, sin que el consumidor pudiera alegar, ni el Juez apreciar, el carácter abusivo de las cláusulas del contrato. De esta vivienda podría verse privado el consumidor a resultas de la ejecución hipotecaria; el TJUE consideró sin duda insuficiente que, en un declarativo posterior, el Juez pudiera declarar, en su caso, el carácter abusivo de las cláusulas del contrato y la nulidad del procedimiento, con la oportuna indemnización a favor del consumidor. Se subrayó entonces que ese posible resarcimiento futuro no suponía mecanismo adecuado para evitar la "pérdida definitiva e irreversible" de la vivienda familiar. (61).

Se ha aventurado que el TJUE se abstuvo de hacer una referencia directa a la Carta DFUE para evitar, de un lado, entrar en un dialogo constitucional con nuestro Tribunal Constitucional (62); y soslayar, de otro, el riesgo que entraña la conversión de cualquier conflicto jurídico-privado en uno de dimensión constitucional: una "caja de Pandora" (63).

La posterior STJUE de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, sí que aborda abiertamente ese diálogo, si bien con una argumentación algo oscura y confusa, merecedora de, a mi juicio,

---

Cizur Menor (Navarra), 2015, pgs.1146 y ss. V. también Arroyo Amayuelas, E., "No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del Derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo", en Arrroyo Amauelas, E./Serrano de Nicolás, A. (dirs.), *La europeización del Derecho privado: Cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, en especial pgs. 68 y ss.

(61) Aspectos que ya destaqué en el "Comentario al art. 83" cit., pg.1147; la cuestión es especialmente clara en los apartados 60 y 62 de *Aziz*. Sobre esta perspectiva y el significado de *hidden constitutionalization*, v. Micklitz, H.-W/Reich, N., "The Court and Sleeping Beauty: The revival of the unfair contract terms directive (UCTD", *Common Market Law Review*, núm. 51, 2014, pgs. 771-808, pg. 800.

(62) Que, recordemos, acababa de reiterar su doctrina sobre la ausencia de lesión a la tutela judicial efectiva en el procedimiento de ejecución hipotecaria: Auto 113/2011. V. *supra* epígrafe 3.

(63) En este sentido, Micklitz/Reich, cit., en la nota 61, pg. 801. Micklitz, H.W. "Mohamed Aziz-sympathetic and activist, but did the Court get it wrong?", consultado en http://www.ecln.net/tl_files/ECLN/Florence%20 2013/Micklitz%20-%20The%20ECJ% 20gets%20it%20wrong%20Aziz-30-11-14.pdf, pg. 12 y s.

acertada crítica; fundamentalmente por traslucir un importante desconocimiento de nuestro sistema de ejecución hipotecaria y de los requisitos necesarios para la protección de los terceros adquirentes; aunque efectivamente era sorprendente que la reciente modificación legislativa interna no hubiere previsto la denominada *igualdad de armas* (64). Hay, además, otro motivo de reproche. En *Aziz* se había abordado, aunque de manera velada, la dimensión constitucional/social de protección del consumidor desde un planteamiento que tenía una estrecha y clara conexión con la Directiva 93/13; la injerencia en las normas procesales internas tenía la finalidad de asegurar que hubiera ocasión de enjuiciar el carácter abusivo de las cláusulas fundamento de la ejecución hipotecaria. Esta perspectiva, en cambio, está ausente en *Sánchez Morcillo y Abril García*; se trajo a colación la Directiva 93/13 en un procedimiento que, parece, no se había iniciado sobre la base de cláusulas abusivas; y el sistema interno ya había abierto la vía para la oposición por parte del consumidor y la apreciación de oficio por el Juez (65).

En cualquier caso, habiéndose establecido el engarce entre el principio de efectividad del Derecho comunitario (dirigido a la protección del consumidor frente a cláusulas abusivas) y el art. 47 de la Carta DFUE, la doctrina se reitera y se relaciona con el art. 7.1 de la Directiva 93/13, que impone a los Estados miembros proveer

(64) Y ello, a pesar de que se considere que la "igualdad de armas" debería haberse reconocido en la redacción del art. 695.4 LEC (cuando se reformó mediante la Ley 1/2013), como finalmente hubo de admitirse posteriormente mediante una nueva reforma por el RDLey 11/2014. Cfr. Carrasco Perera, A./Lyczkowska, K., "STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14. Un nuevo (y esta vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014, pp. 2-13. Díez García, "Igualdad de armas...", cit., observa que "Alguien hubiera debido explicarle al TJUE que, en el supuesto de que se sostuviera y admitiera que la nulidad del título ejecutivo pudiera generar la nulidad de la ejecución, la adjudicación del bien hipotecado a un tercero no adquiere, en principio, ningún carácter irreversible", por el juego de los arts. 34 y 33 LH. No obstante, la autora expone la doctrina del TEDH sobre la inviolabilidad del domicilio (ex art. 8 CEDH), y apunta (pg. 254) que "habría de plantearse, cuando la ejecución hipotecaria afecta al domicilio del ejecutado, hasta qué punto la tutela de sus derechos e intereses queda garantizada por la remisión legal a un declarativo ulterior o por la posibilidad de plantear, en el seno del mismo ejecutivo, una sumaria oposición incidental".

(65) Sobre la diferencia entre uno y otro caso y la crítica, v. Della Negra, F., "The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: *Sanchez Morcillo* and *Kusionová*", *Common Market Law Review*, núm. 52, 2015, pgs. 1009-1032, pg.1031.

de modalidades procesales que permitan garantizar el respeto de los derechos que confiere la Directiva, como exigencia de la tutela judicial efectiva (66).

El devenir es incierto y recorre un camino apenas iniciado: la (discutida) construcción del Derecho contractual europeo con el trasfondo y la consideración de los derechos proclamados en la Carta de DFUE (67). Por el momento, la propia doctrina del TJUE no termina de ser consistente. Al poco tiempo de los confusos, pero contundentes, pronunciamientos en *Sánchez Morcillo y Abril García*, la posterior STJUE de 10 de septiembre de 2014 (68), caso *Kusionová*, parece dispuesta a conceder mayor margen a la autonomía procesal de los Estados miembros. En *Kusionová* se considera que la regulación nacional sobre venta extrajudicial del bien hipotecado puede garantizar la protección adecuada del consumidor, siempre que el Juez tenga la oportunidad de examinar ulteriormente, y a iniciativa del consumidor, el carácter abusivo de las cláusulas y proclamar la nulidad de aquella venta. Lo decisivo, ahora, es que se "coloca al consumidor en una situación casi análoga a la inicial y no limita por tanto la reparación de su perjuicio en caso de ilicitud de la venta únicamente a una compensación económica"; argumento que se vincula con el art. 7 de la Carta DFUE: "el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta, que (énfasis añadido) *el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13*" (69); el TJUE remite en esta ocasión al juez nacional la decisión de determinar si el Derecho nacional dificulta excesivamente o imposibilita en la práctica los derechos conferidos a los consumidores por la Directi-

(66) STJUE 13 septiembre 2018 (JUR 2016, 236588), caso *Profit Credit Polska*, asunto C-176/17, apartados 49, 69 y 70, en relación con la imposibilidad de que el Juez pueda apreciar las cláusulas abusivas en el monitorio, a pesar de que el deudor tuviera la capacidad de oponerse por tal motivo. De otro lado, y en relación con la necesidad de que el Juez disponga de tales facultades en el procedimiento monitorio para no menoscabar la protección del consumidor *ex* Directiva 93/13. STJUE 18 de febrero de 2016 (TJUE 2016, 53), caso *Finanmadrid*, asunto C-49/14 y el Auto TJUE 21 junio 2016 (TJCE 2016, 217), caso *Archiv Kapital Portfolio/Egea Torregrosa*, asunto C-122/14.

(67) Profundizar en este aspecto debe quedar para otra ocasión. V. no obstante, Collins, H. (ed.), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Intersentia, Cambridge, 2017, *passim.*

(68) TJCE 2014, 308. Asunto C-34/13, apartado 65., procedente de Eslovaquia.

(69) Apartado 61.

va 93/13 (70). La STJUE de 13 de septiembre de 2018 caso *Profit Credit Polska*, en cambio, declara que una regulación nacional que permite en el procedimiento monitorio la oposición del deudor por razón del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales, pero limita el examen del Juez a la corrección formal de los documentos, es manifiestamente contraria a las exigencias, tanto del art. 7.1 de la Directiva 93/13, como del art. 47 de la Carta (71).

## 5. EL DIÁLOGO ENTRE EL TJUE Y LOS TRIBUNALES NACIONALES

Es indudable que la implementación de las normas comunitarias de protección de consumidores ha sido un revulsivo que extiende su influencia a todo el Derecho de la contratación (72). La recepción de las Directivas entre nosotros ha tenido intensas repercusiones y ha provocado vivos debates, en una medida probablemente superior a otros Estados miembros, especialmente en lo relativo a las cláusulas abusivas. Un debate además intensamente judicializado, que, como es bien sabido, colapsa a los tribunales inferiores y ocupa extensamente la atención del Tribunal Supremo (más de 100 sentencias del TS solo desde enero de 2018). Lo que sin duda abre otro motivo de reflexión, que no se limita a la existencia y promoción de cauces adecuados de resolución alternativa de litigios; muy probablemente hemos de articular mejor y de manera más intensa una labor de prevención y control por la Administración.

La doctrina del TJUE se ha desarrollado, con elevada frecuencia, a raíz de cuestiones prejudiciales procedentes de España. Nuestros tribunales han acudido y siguen acudiendo con asiduidad, particularmente para suscitar reiteradas dudas sobre la Directiva 93/13 y la compatibilidad de nuestras normas nacionales (73).

---

(70) Una crítica, desde una perspectiva algo distinta, DELLA NEGRA, cit. pgs.1022 y s.

(71) STJUE 13 septiembre 2018, caso *Profit Credit Polska*, v. *supra* nota 66.

(72) Las observaciones de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (en 1993, cit., pg. 46) eran premonitorias: "El Derecho de los consumidores no es solo un excelente campo de cultivo de los gérmenes patógenos del tráfico y consumo en masa; puede servir también como laboratorio de experimentación y banco de pruebas de remedios más eficaces. Una vez comprobadas su bondad y eficacia cabría generalizarlos a todo el Derecho Privado patrimonial, permitiendo así su evolución, y, con ella, que sean las normas generales las que regulen un campo cuya generalidad, desde el punto de vista sociológico, no necesita mayores ponderaciones".

(73) Téngase en cuenta el acusado incremento de las cuestiones pre-

Mas, acaso lo más llamativo sea la "rebelión" de las instancias inferiores ante el Tribunal Supremo. El desencadenante, como es bien sabido, puede situarse en la STS de 9 de mayo 2013 (cláusulas suelo) (74), cuya doctrina sobre la denominada (no) retroactividad de la declaración de nulidad hubo de rectificarse a raíz de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, caso *Gutiérrez Naranjo* (75). Y, por poner un ejemplo que igualmente puede acarrear consecuencias económicas de envergadura, se encuentra pendiente la decisión del TJUE sobre el carácter abusivo de la cláusula de interés variable que remitía al índice IRPH. Cláusula que el Tribunal Supremo, a mi juicio razonablemente, legitimó (76). Por ahora solamente cabe apuntar que el informe de la Comisión Europea de 31 de Mayo de 2018 (77) mantiene un criterio distinto y en la línea de considerar que se trata de una cláusula abusiva, aunque entiendo que con argumentos muy discutibles.

En los últimos tiempos el TS ha elevado las pertinentes cuestiones prejudiciales al TJUE (78), lo que, en aras de evitar una cascada de cuestiones prejudiciales acumuladas y, sobre todo, clarificar criterios, parece deseable. Por ahora puede decirse con seguridad que el baremo establecido como guía por el TS para estimar no abusivos

---

judiciales planteadas ante el TJUE, a raíz de la crisis económica de 2008, y el renovado vigor de la Directiva 93/13. Cfr. sobre las causas de este incremento y la dimensión constitucional/social de la jurisprudencia del TJUE, Micklitz/Reich, "The Court...", cit., pg. 1029; y sobre las variables que, probablemente, han determinado el elevado número de casos procedentes de España: Gómez Pomar, F./Lyczkowska, K., "Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law", *InDret*, octubre 2014, *passim*.

(74) RJ 2013, 3088.

(75) TJCE 2916, 309, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-380/15.

(76) STS 14 diciembre 2017, RJ 2017, 5167. Con dos votos particulares y seguida de extenso debate doctrinal.

(77) Consultado como Auto de 31 de mayo de 2018 (JUR 2018, 265505).

(78) ATS de 8 de febrero de 2017 (RJ 2017, 365), en relación con las consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria. ATS de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017, 597), sobre el criterio jurisprudencial establecido para declarar el carácter abusivo de los intereses moratorios y sobre el devengo de intereses remuneratorios, mientras no sea restituido el capital. Aunque esta última cuestión se refiere a un deudor que, por razón del vencimiento anticipado, se encuentra ya en situación de mora. Materia que, como parece lógico, también suscita diversidad de opiniones y fundadas dudas sobre el alcance de lo dicho por el TJUE.

los intereses moratorios, tanto en préstamos personales como en los garantizados con hipoteca (incremento de dos puntos porcentuales sobre los remuneratorios) (79), ha merecido juicio favorable. Como también ha sido avalado por el TJUE que el préstamo siga devengando intereses remuneratorios, en tanto no sea devuelto el capital, a pesar de haberse declarado la nulidad, por abusiva, de la cláusula de interés moratorio (80). Mayores dudas sobrevuelan las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria (81). Las conclusiones del Abogado General, publicadas el 13 de septiembre de 2018 (82), son claramente favorables al sobreseimiento de la ejecución. En la línea, además, que preconizan algunos votos particulares y un sector de nuestra doctrina; orientación que, en atención a la doctrina del propio TJUE sobre las consecuencias del carácter abusivo de las cláusulas, parece insoslayable (83).

Retomando ahora el análisis, en general, de las enseñanzas que nos proporciona la jurisprudencia comunitaria, se observa que, a veces, el TJUE deja a los jueces remitentes un amplio margen de apreciación, sobre la base de los criterios generales que suministra, de manera que sean ellos los que resuelvan si la cláusula debatida o, en su caso, la norma interna son o no compatibles con el Derecho de la Unión. En otras, en cambio, el TJUE se ha revelado, al

(79) SSTS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015, 1360) 7 y 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3976, 3977), para préstamos personales; doctrina extendida a los intereses moratorios en préstamos hipotecarios en las SSTS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714), 18 de febrero y 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 619, 2300).

(80) STJUE de 7 de agosto de 2018 (JUR 2018, 282108), asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.

(81) Contenida en la discutible, entiendo**,** STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714).

(82) Disponibles en http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid= 205651&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=627494

(83) Aunque entiendo que la doctrina del TJUE sobre las consecuencias de la abusividad, incorporada al art. 83 TRLGDCU [con la redacción vigente, a raíz de su modificación por la 3/2014, en cumplimiento de la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143) asunto C-472-11, caso *Banco Español de Crédito*] en modo alguno debe interpretarse como prohibición o exclusión de una pretensión del predisponente sobre la base de la disciplina aplicable al contrato con las fuentes de integración heterónoma del art. 1258 CC, de modo que la situación se juzgue efectivamente como si la cláusula nunca hubiere existido. Me remito, de nuevo, a mis *Comentarios* (2015), en el comentario al art. 83, pgs. 1162 y ss., y pg. 1168.

menos para nosotros, como un formidable instrumento de control de la adecuación del Derecho nacional a la efectividad del Derecho comunitario(84), y, como es bien sabido, ha propulsado los ineludibles cambios legislativos o, en su caso, rectificaciones de doctrina jurisprudencial.

No cabe en este lugar analizar, ni siquiera intentaré enumerar, cuál ha sido el impacto de los criterios enunciados por el TJUE en la construcción de los parámetros generales de abusividad en el art. 82 TRLGDCU, en la interpretación de cláusulas en distintos sectores de la contratación, o en las consecuencias de la nulidad de la cláusula por ser abusiva(85).

Aunque sí merece resalte un aspecto que, entiendo, puede pasar desapercibido. Es cierto que en ocasiones el TJUE observa una infracción frontal y clara. Pero las más de las veces remite al Juez nacional que pondere; y que lo haga teniendo muy en cuenta, como ya se desprende de los propia Directiva 93/13 (Considerando 16), una evaluación global de los distintos intereses en juego; que se reflexione con una visión que trascienda al concreto conflicto suscitado; que se valore cuál sea en general la estructura del segmento

(84) Como señalan Cruz Villalón, P./Requejo Pagés, J.L., "La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 50, 2015, pgs. 173-194, pg. 181, con frecuencia el pronunciamiento del TJUE es "tan concreto e inequívoco que inevitablemente predetermina por sí mismo y en todos sus extremos el juicio de compatibilidad que, en propiedad, ha de llevar a cabo el Juez nacional, de manera que es facilísimo identificar en la sentencia del TJ un mandato de inaplicación de la norma interna". En general, sobre esta perspectiva de la jurisprudencia del TJUE, v. Rodríguez-Izquierdo Serrano, M., "La posición de las sentencias del TJUE en el sistema constitucional de fuentes", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, *passim*. Como señala la autora en pg. 494 y s., "el recurso prejudicial de interpretación se revela, desde sus orígenes, como un instrumento también destinado al control de la adecuación del Derecho nacional al europeo, más allá del recurso por incumplimiento. Esto ha derivado en una práctica consultiva habitual en la que los jueces nacionales, al remitir cuestiones prejudiciales de interpretación, solicitan expresamente juicios sobre la conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión y, en su turno, las respuestas del Tribunal de Justicia ratifican o niegan, de manera más o menos indirecta, tal conformidad".

(85) Permítase aquí la revisión a mis *Comentarios*, cit. de los artículos 80 a 91 del TRLGDCU, que, en la 2ª edición de 2015 han procurado recoger y sintetizar en el lugar oportuno la ya entonces muy extensa y variada doctrina de nuestros tribunales, así como los criterios suministrados hasta 2014 por el TJUE; y en los que expongo mi criterio sobre los múltiples problemas que se abordan.

del mercado en el que la cláusula se aplica, y cuáles son las opciones y alternativas del consumidor. Me interesa subrayar, sobre todo, que de manera reiterada el TJUE le indica al juzgador que proceda a una comparación entre el contenido de la cláusula y la regulación que, en otro caso y de no existir previsión contractual, sería aplicable conforme al Derecho nacional; que contraste la situación en la que la cláusula coloca al consumidor con la disciplina aplicable a la situación controvertida en el Derecho interno. Lo que de algún modo permite apurar la conclusión. El Derecho comunitario no agota todo el régimen jurídico del contrato que efectivamente se celebre y respecto del cual surge el litigio. La íntegra disciplina del contrato se construye, generalmente, con aspectos contemplados en el Derecho nacional de transposición de Directivas comunitarias, y, en lo no previsto, con el "derecho común aplicable a los contratos" (art. 59.2 TRLGDCU). La relación del TJUE con los jueces nacionales, en el ámbito de la protección contractual del consumidor, necesariamente sigue siendo una relación de interlocutores que mutuamente se enriquecen, en este diálogo de construcción del Derecho contractual aplicable a todos los europeos.

# CONCESIÓN DE UN PLAZO SUPLEMENTARIO O ADICIONAL PARA CUMPLIR Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO (1)

**Henar Álvarez Álvarez**
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

**Resumen:** En nuestro ordenamiento jurídico no se contempla con carácter general la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento como remedio resolutorio. En el presente trabajo se estudia la posibilidad de establecer que la concesión por el acreedor al deudor de un plazo suplementario para el cumplimiento conlleve que en caso de que el deudor no cumpla tampoco dentro de ese plazo de gracia, el acreedor pueda resolver el contrato, convirtiendo un incumplimiento no esencial en esencial a los efectos resolutorios.

**Palabras clave:** resolución, resolución automática, resolución judicial, resolución extrajudicial**,** incumplimiento, incumplimiento esencial**,** incumplimiento anticipado**,** plazo adicional/suplementario/de gracia, plazo razonable, protección de los consumidores y usuarios, término esencial, voluntad del deudor de no cumplir.

**Abstract:** In our legal system, the granting of an additional term for compliance as a termination remedy is not contemplated in general terms. This paper studies the possibility of establishing that the grant by the creditor to the debtor of a supplementary term for compliance implies that in the event that the debtor does not comply within that

(1) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La influencia del tiempo en las relaciones jurídicas”, DER2015-69718-R (MINECO/FEDER), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

period of grace, the creditor can terminate the contract, turning a non-essential breach into essential to these termination effects.

**Key words:** termination, automatic termination, judicial decisión, out-of court settlement, breach of contract, essential breach, anticipatory breach, additional period of time, supplementary deadline, protection of consumers and users, essential deadline, non-performance intention of the debtor.

## SUMARIO

I) PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

II) LA NACHFRIST O EL PLAZO SUPLEMENTARIO, ADICIONAL O DE GRACIA

III) INCUMPLIMIENTO QUE PERMITE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO TRAS LA CONCESIÓN DEL PLAZO ADICIONAL
- 1) Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías
- 2) Principios de Derecho Europeo de Contratos
- 3) Principios UNIDROIT
- 4) Reglas del Marco Común de Referencia
- 5) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea
- 6) Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos
- 7) Código Civil de Cataluña

IV) LA NACHFRIST Y LOS CONSUMIDORES
- 1) Aproximación a la cuestión
- 2) Plazo de entrega
- 3) Plazo adicional

V) POSIBLE APLICACIÓN DE LA NACHFRIST A SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS EXPRESAMENTE POR LA NORMA: EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO

VI) FUNDAMENTO DE LA CONVERSIÓN DEL RETRASO EN UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

VII) DURACIÓN DEL PLAZO ADICIONAL

VIII) NOTIFICACIÓN AL DEUDOR DE LA RESOLUCIÓN. ¿RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA?

IX) ¿PUEDEN CONCEDER LOS TRIBUNALES UN NUEVO PLAZO SUPLEMENTARIO PARA EL CUMPLIMIENTO?

X) NECESIDAD DE LA NACHFRIST CON CARÁCTER GENERAL

XI) PLAZO ADICIONAL Y MORA DEL DEUDOR

XII) ¿RESOLUCIÓN JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL?

XIII) REMEDIOS DE LOS QUE DISPONE EL ACREEDOR EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

XIV) VALORACIÓN FINAL

## I) PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Los textos internacionales del denominado moderno derecho de contratos establecen un remedio resolutorio en los casos en los que tras concederse por el acreedor al deudor un plazo suplementario para cumplir, de duración razonable, si el deudor no cumple, el acreedor puede desvincularse del contrato acudiendo a la resolución del mismo. Es decir, la parte perjudicada por el incumplimiento puede conceder al contratante incumplidor un plazo adicional para que éste cumpla, transcurrido el cual, podrá resolver el contrato. En nuestro derecho se incorpora esta posibilidad en el art. 66 bis del TRLGDCU gracias a la reforma del año 2014, pero solo para las compraventas de consumo, lo cual lleva a plantearnos la posibilidad de extender el plazo de gracia y el remedio resolutorio con carácter general.

Hoy en día las transacciones comerciales transfronterizas en el ámbito internacional no cuentan con una regulación uniforme. Lo mismo puede decirse en relación con la Unión Europea, ya que en el derecho comunitario tan solo existen normas de conflicto que sirven para determinar cuál es la legislación nacional aplicable a esas transacciones en el marco del Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Roma

I). Este Reglamento establece la legislación del Estado que es aplicable cuando las partes contratantes radiquen en Estados diferentes, remitiéndose a la normativa del Estado de que se trate. Con la finalidad de elaborar en el mercado común europeo un conjunto de normas para los contratos transfronterizos, surgió en el año 2011 de la Comisión Europea la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (Common European Sales Law –CESL en lo sucesivo–). Esta Propuesta se configura como un régimen de derecho contractual facultativo y opcional para los Estados miembros de la UE, pues la normativa contenida en el CESL debería ser aceptada por ambas partes del contrato de forma expresa y voluntaria, es un sistema facultativo, una opción que los contratantes pueden elegir para que regule su contrato, por lo que se requiere el acuerdo de las partes para que rija, y para lo no regulado por el CESL, habría que acudir a las normas internas del Estado miembro de que se trate. Pero lamentablemente, la CESL se quedó en lo que es, una mera Propuesta, sin conseguir lo que pretendía, la creación de una normativa común de compraventa en Europa(2).

Y en este punto es en el que nos encontramos. Como digo, la normativa de los Estados no solo a nivel europeo, sino también a nivel mundial es tan divergente que ello supone un auténtico obstáculo al comercio transfronterizo, lo que conlleva a un efecto disuasorio de los empresarios para operar fuera de sus fronteras. Desde tiempo inmemorial se ha puesto de manifiesto que la diversidad de los ordenamientos nacionales retrae la contratación internacional, por lo que en el ámbito del comercio internacional son muchos los esfuerzos que se están haciendo por llegar a una armonización del derecho privado, gracias a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (CISG) Convención de Viena de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas, de compraventa internacional de mercaderías (en adelante CISG –Convention on Contracts for the

(2) La CESL se publicó por la Comisión Europea el 11 de octubre de 2011, pero el 16 de diciembre de 2014 se opta por dar un giro a dicha propuesta y se reorienta hacia la materia del comercio electrónico en el mercado único digital. Cfr. Fontanellas Morell, J. M.: "La normativa común de compraventa europea, ¿punto final o punto y seguido?", AEDIPr, T. XIV-XV, 2014-2014, p. 448.

International Sale of Goods– (3)), Los Principios UNIDROIT (4) sobre los contratos comerciales internacionales (en adelante Principios UNIDROIT), Principios de Derecho Europeo de Contratos o de Derecho Contractual Europeo (PECL –Principles of European Contract Law– (5)) , las Reglas del Marco Común de Referencia (DCFR –Draft Common Frame of Reference–) y el CESL (6).

Lo que acaba de decirse puede predicarse también de la institución de la resolución del contrato que ha sido tenida muy presente en el proceso de armonización del derecho privado europeo. El moderno derecho de contratos debe contribuir a adaptarse a los tiempos actuales y a buscar soluciones efectivas a las trabas contractuales con las que se encuentra en la actualidad, y en concreto, por lo que aquí interesa, debe contribuir a modernizar la institución de la resolución por incumplimiento en los ordenamientos jurídicos. En este sentido los textos uniformes contienen disposiciones relevantes sobre la resolución de los contratos. y se ha producido también la generalización del modelo de la nachfrist en las directivas europeas (7). Nuestro derecho ha contemplado la figura de la resolución por incumplimiento esencial, entendido como aquel que tiene una entidad tal que hace inviable las expectativas que llevaron a la parte

(3) A la Convención se adhirió España por instrumento de ratificación de fecha 24 de julio de 1990, y entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico desde el 1 de agosto de 1991. Es de aplicación automática a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes siempre que los requisitos que se establecen en el art. 1 de la Convención se cumplan, a saber, que esos Estados sean Estados contratantes, o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un estado contratante.

(4) Instituto para la Unificación del Derecho Privado.

(5) Los PECL fueron redactados por la "Comisión de Derecho Europeo de los Contratos", más conocida como "Comisión Lando", al ser el presidente de dicha Comisión el Profesor Ole Lando. Los Principios se dividen en tres partes y se publicaron en dos volúmenes. El primer volumen incluye las partes I y II (publicado en 2000), y el segundo volumen la parte III (publicado en 2005). Lo relativo al incumplimiento y los remedios frente al incumplimiento del contrato apareció en el primer volumen.

(6) Cfr. Valpuesta Gastaminza, E.: "La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor", Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 5, nº 1, marzo 2013, p. 200.

(7) Cfr. Arroyo Amayuelas, E.: "El derecho del acreedor a resolver el contrato: Entre la esencialidad del incumplimiento y el plazo adicional razonable", en *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos,* VV. AA., Ataz López y García Pérez (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 203 y ss.

cumplidora a celebrar el contrato, mientras que no lo ha hecho en los casos de incumplimiento subsanable, gracias al otorgamiento de un nuevo plazo para cumplir. Si que se e acoge esta posibilidad en los textos internacionales y armonizadores, inspirándose en la institución alemana de la nachfrist. No es sino la posibilidad que se le brinda al acreedor de que se cumpla el contrato, es una pretensión de cumplimiento, ya que el acreedor puede otorgar un plazo adicional para el cumplimiento, al término del cual se entenderá resuelto el contrato (8).

## II) LA NACHFRIST O EL PLAZO SUPLEMENTARIO, ADICIONAL O DE GRACIA

La regulación de un plazo adicional para cumplir vinculada con la resolución del contrato aparece por primera vez en el derecho español en el art. 66 TRLGDCU, y en el Derecho proyectado, en la Propuesta para la modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (PMCC en lo sucesivo), y en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (9). Por su parte, en el Derecho catalán se acoge la nachfrist en el libro sexto del Código civil de Cataluña (10).

(8) Cfr. Soler Presas, A.: "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR", InDret, 2/2009, p. 5.

(9) Art. 417-2.2 del Anteproyecto de Ley de Código mercantil, en el que se establece que el plazo que la parte perjudicada puede conceder a la otra parte para el cumplimiento ha de ser razonable. Pero se ha criticado esta regulación en el sentido de que no debería el Código mercantil regular la nachfrist por formar parte de las bases de las obligaciones contractuales, materia civil y de competencia legislativa exclusiva del Estado. Cfr. Fenoy Picón, N.: "La "Nachfrist", el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la propuesta de modernización del Código civil y el Anteproyecto de Ley de Código mercantil, y en el Proyecto de Ley del libro sexto del Código civil de Cataluña", ADC, vol. 68, nº 3, 2015, p. 986 y ss. y 1067.

(10) El art. 621-41 del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, aprobado por Ley 3/2017, de 15 de febrero, regula la nachfrist y la resolución para el contrato de compraventa y e incumplimiento del vendedor o del comprador. Para poder resolver el contrato es necesario que el incumplimiento sea esencial, pero si el cumplimiento no es esencial, el *retraso "permite resolver el contrato si el comprador o el vendedor no cumplen en el plazo adicional de cumplimiento que le haya notificado la otra parte, que debe ser adecuado a las circunstancias. El plazo adicional se considera razonable si la otra parte no se opone sin dilación indebida".*

La nachfrist entendida como plazo posterior, suplementario o adicional para cumplir, o periodo de gracia, que se ha expandido en el ámbito de la regulación de la contratación internacional no proviene de la tradición romana-francesa, sino del parágrafo 323 del BGB alemán (11). La nachfrist en el Derecho alemán (literalmente signi-

(11) El parágrafo 326 recogía la nachfrist pero en la actualidad se encuentra derogado y fue sustituido por el vigente parágrafo 323. Cfr. Silva-Ruiz, P. F.: "Compraventa: la "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea" y la "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías". Propuestas de Directivas", ADC, tomo LXIX, 2016, fasc. II, p. 488. También se hace alusión a la nachfrist en los parágrafos 250 y 283.

El derogado 326 BGB establecía lo siguiente: *"Si en un contrato bilateral una parte está en mora en cuanto a la prestación que le incumbe, la otra parte puede señalarle un plazo prudencial para la efectuación de la prestación con la declaración de que rehusará la aceptación de la prestación después del transcurso del plazo. Después del transcurso del plazo está autorizado a exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento o a desistir del contrato, si la prestación no está realizada a tiempo; la pretensión al cumplimiento está excluida. Si la prestación, hasta el transcurso del plazo, no es efectuada en parte, se aplica oportunamente la disposición del parágrafo 325, párrafo 1º, inciso 2º.*

*Si el cumplimiento del contrato no tiene ningún interés para la otra parte a consecuencia de la mora, le corresponden los derechos indicados en el párrafo 1º sin que sea necesaria la determinación de un plazo".*

El parágrafo 323 del BGB alemán vigente señala lo siguiente: *"(1) Si en un contrato bilateral el deudor no cumple la prestación vencida o no lo hace conforme con lo pactado, el acreedor puede resolver si ha fijado sin éxito un plazo adecuado para que el deudor cumpla o subsane el incumplimiento.*

*(2) La fijación de un plazo es innecesaria si*

1. *el deudor deniega seria y definitivamente la prestación,*
2. *el deudor no cumple la prestación en el término fijado en el contrato o dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado en el contrato el mantenimiento de su interés en la prestación a la tempestividad de la prestación, o*
3. *existen circunstancias especiales que justifican la inmediata resolución ponderando los intereses de ambas partes.*

*(3) Si de acuerdo con la naturaleza de la violación de un deber no procede fijar un plazo, en su lugar opera la intimación.*

*(4) El acreedor ya puede resolver antes del vencimiento de la prestación si es manifiesto que se darán los requisitos de la resolución.*

*(5) Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor solo puede resolver el entero contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor no ha ejecutado la prestación según el contrato, el acreedor no puede resolver el contrato si la violación de un deber es irrelevante.*

*(6) Se excluye la resolución si el acreedor es exclusiva o principalmen-*

fica plazo posterior o plazo adicional) supone que si en un contrato bilateral el deudor no cumple la prestación vencida o no la cumple según el contrato, el acreedor puede resolver el contrato si ha fijado infructuosamente un plazo razonable al deudor para la prestación o para la corrección del cumplimiento. La nachfrist por tanto es una institución que persigue la protección del deudor, y se aplica a todo tipo de retrasos en el cumplimiento, salvo en tres supuestos: cuando exista imposibilidad de cumplir, cuando la parte incumplidora ha sido repudiada, o cuando se haya incumplido el contrato, y se trata, en palabras de PANTALEÓN, de *"la más valiosa contribución de la ciencia jurídica alemana al Derecho del incumplimiento"* (12).

La nachfrist trata básicamente de proteger al deudor, y se aplica si la parte incumplidora se retrasa en el cumplimiento de su obligación principal, en cuyo caso el acreedor o parte afectada podrá retirarse del contrato o reclamar daños por incumplimiento. Si el deudor o parte incumplidora no cumple una obligación no esencial, el acreedor podrá recurrir al nachfrist pero solo si el incumplimiento de esa obligación no esencial hace peligrar el fin del contrato. La nachfrist se aplicará en general si el retraso de la parte que incumple afecta al cumplimiento de una obligación fundamental. El acreedor puede renunciar al contrato o reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento. Si el incumplimiento de la parte se refiere a una obligación de escasa importancia, la parte perjudicada o acreedora sólo podrá valerse del procedimiento de nachfrist si el incumplimiento de esa obligación pone en peligro el resto de la transacción en su totalidad. La nachfrist establece también que debe dejarse claro a la parte incumplidora que su cumplimiento no será aceptado por la otra parte una vez se cumpla el plazo de subsanación. Y si el plazo resulta demasiado breve, se ampliará automáticamente, de manera que el perjudicado pueda resolver el contrato transcurrido un plazo razonable, salvo que hubiera sido de tal brevedad que demostrara falta de buena fe (13).

---

*te responsable de la circunstancia que le legitimaría para resolver, o bien si la circunstancia de la que no debe responder el deudor se produce en un momento en el que el acreedor se encontraba en mora en cuanto a la aceptación".*

(12) PANTALEÓN PRIETO, F.: "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", ADC, nº 4, 1993, p. 1733.

(13) Cfr. ZURITA HERRERA, P.: "Duración y extinción del contrato de distribución en el Proyecto de Ley del Contrato de Distribución", Revista de Derecho Patrimonial, nº 29, 2012, BIB 2012\2954; *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II,* cit., p. 554 y 555.

Evidentemente habrá casos en los que el mantenimiento del contrato entendido en este sentido no sea una posibilidad viable para el acreedor porque aunque el contrato fuere objetivamente posible, el cumplimiento ya no va a satisfacer sus intereses. Sin embargo, en los supuestos en los que se produce un incumplimiento del contrato por una de las partes del mismo, si el comprador o el vendedor están interesados todavía en recibir lo pactado pueden otorgar a la otra parte un plazo suplementario de duración razonable a los efectos de que cumpla con sus obligaciones, aunque como explico a continuación, con matices.

Esta posibilidad de conceder un plazo adicional a los efectos de transformar un retraso en la entrega de la cosa objeto del contrato en un incumplimiento resolutorio gracias a la concesión de un plazo suplementario para cumplir, transcurrido el cual el comprador podrá resolver el contrato, es una posibilidad que se ha recogido en la CISG y en la mayoría de los textos que han ido surgiendo con el objetivo de ir creando un derecho privado uniforme: PECL, Principios UNIDROIT, DCFR y CESL (14). Todos estos textos armonizadores recogen o se inspiran en la figura del derecho alemán, la nachfrist, aunque se apartan en cierto modo de su contenido, puesto que el concepto alemán de la nachfrist no es acogido al pie de la letra por los textos armonizadores, ya que en el derecho alemán se prevé la posibilidad de resolver el contrato no solo en los casos en los que

(14) Vid. Rodríguez-Rosado, B.: "El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. Cuestiones valorativas y problemas legislativos", ADC, tomo LXII, fasc. IV, 2009, p. 1461 y ss.; Valpuesta Gastaminza, E. (coord.): *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y derecho español,* VV. AA., Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.

El DCFR básicamente ha realizado una revisión de los PECL, en algunas instituciones más amplia que en otros, superando algunas de las críticas que se le había hecho a los PECL y modifica algunos de las cuestiones más criticadas, como por ejemplo el uso no del todo técnico de conceptos como obligation, contract o claim. Ahora bien, reconociendo la enorme labor que se ha realizado por los autores del DCFR, el juicio de conjunto se ha calificado de negativo. El texto tiene graves deficiencias, con grandes contradicciones y falta de coordinación, a lo que hay que añadir que configura el derecho contractual convirtiéndose en una estricta regulación de ius cogens, muy alejada del derecho dispositivo, del principio de autonomía de la voluntad característico del derecho de obligaciones y contratos, así como el uso de numerosas cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados. Además, cuando el DCFR se aparta de los PECL no siempre lo hace con acierto, y algunas normas relativas a la compraventa resultan poco avanzadas si se comparan con las del CISG o con las de la Directiva sobre ventas de bienes de consumo. Cfr. Rodríguez-Rosado, B.: "El marco...", cit., p. 1520 y 1521.

no se produce la entrega, sino también en los casos de falta de conformidad de las mercancías. Además en el Derecho alemán la ejecución será rechazada una vez que el período de tiempo adicional concedido haya transcurrido (15).

Nuestro CC no tiene una regulación bien articulada, ordenada, clara y sistemática del incumplimiento contractual. Hay una serie de normas dispersas que dificultan un estudio sistematizado del incumplimiento de las obligaciones. De hecho, tanto las acciones como los medios de defensa que tiene a su disposición el acreedor frente al incumplimiento del deudor se encuentran dispersas tanto por el CC como por la LEC 1/2000. Además, el incumplimiento que posibilita la resolución y que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1124 CC es el incumplimiento esencial, por lo que no cualquier incumplimiento tiene entidad suficiente para resolver el vínculo contractual. A lo que hay que añadir que la regulación de algunos contratos, como la compraventa, presentan un régimen jurídico particular, pues el acreedor dispone de acciones específicas por el incumplimiento que difieren de las generales. Todo ello apunta a que es necesaria una modificación en esta materia y que se haga de una manera sistemática. A ello pretende contribuir la regulación del incumplimiento que se produce en la PMCC, como veremos (16).

Evidentemente la figura de la nachfrist parte del presupuesto de que el retraso en el cumplimiento de las obligaciones no es un incumplimiento esencial del contrato, por lo que el plazo adicional no puede otorgarse cuando el plazo de entrega fuera esencial. Pero hay que diferenciar la resolución de un incumplimiento subsanable que puede remediarse se por el deudor gracias al plazo suplementario que le otorga el acreedor de la resolución en los supuestos de incumplimiento esencial, a pesar de lo cual, en el presente trabajo se verán aunque de manera muy sucinta y siempre y cuando sea necesario para comparar ambos regímenes ciertas cuestiones de la resolución del contrato con carácter general y que inspiran clara-

(15) Cfr. González Carrasco, M. C.: "Plazo adicional e incumplimiento definitivo: un atisbo de modernización del Derecho de obligaciones en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores", en *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz,* Tomo II, VV. AA., Dir. Carrasco Perera, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 1277.

(16) Cfr. García Pérez, R.: "El incumplimiento anticipado o previsible (anticipated non performance) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil", Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº 7, 2012, BIB 2012\3025 y Morales Moreno, A. M.: "Evolución del concepto de obligación en Derecho español", en *La modernización del Derecho de obligaciones,* Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 23.

mente el tratamiento que en los textos de derecho uniforme se ha dado a la figura alemana de la nachfrist. Sin perder de vista que se trata de cuestiones que tienen un régimen jurídico diferente, partiendo sobre todo del hecho de que si se trata de un incumplimiento esencial, desde el mismo momento del incumplimiento el acreedor puede resolver el contrato, tiene un derecho de resolución inmediato, mientras que si se trata de un incumplimiento no esencial, el incumplimiento se puede subsanar, ya que si se otorga un nuevo plazo para cumplir, la resolución solo podrá practicarse cuando transcurra el plazo adicional de cumplimiento establecido por el acreedor.

No obstante, nada impide que el acreedor, incluso en los supuestos de incumplimiento esencial, quiera dar una última oportunidad al deudor de cumplir y no ejercite su derecho de resolución inmediato. Para ello puede otorgarle un plazo adicional. Esta posibilidad cabría extenderla también a los supuestos en los que se dude sobre el carácter esencial o no del incumplimiento.

Ahora bien, existe jurisprudencia internacional en la que se ha considerado que un retraso en el cumplimiento constituya un incumplimiento esencial y que por tanto dé derecho a la resolución del contrato sin necesidad de otorgar por el contratante cumplidor un plazo suplementario, es decir, sin acudir a la institución de la nachfrist. Es cierto que los textos que regulan esta figura, y con ello la posibilidad de fijar un plazo adicional de cumplimiento, establecen que el perjudicado, es decir, el acreedor, puede fijar un plazo adicional si lo desea. Sin embargo, la regulación de la resolución se establece de tal manera que el perjudicado podrá declarar resuelto el contrato si la parte incumplidora no cumple sus obligaciones dentro del plazo suplementario. Lo cual hace dudar sobre si existe la posibilidad de resolver, en los supuestos de retraso en el cumplimiento, sin haber fijado un plazo adicional o suplementario para cumplir, basándose en la naturaleza esencial del retraso o incumplimiento. En el derecho alemán el problema surge porque el recurso al nachfrist tiene carácter obligatorio, lo que ha llevado a algunos tribunales a negar la posibilidad de resolución por retraso en el cumplimiento cuando no se haya fijado un plazo suplementario para cumplir (17).

(17) Cfr. Ramos Muñoz, D.: "Derecho uniforme, interpretación uniforme y sus retos evolutivos. De la diversidad en las jurisdicciones a la diversidad en las transacciones y contextos comerciales", Revista de Derecho Mercantil, nº 286, 2012, BIB 2012\3421.

## III) INCUMPLIMIENTO QUE PERMITE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO TRAS LA CONCESIÓN DEL PLAZO ADICIONAL

La CISG, los PECL, los Principios UNIDROIT, el DCFR, el CESL, la PMCC y el CC de Cataluña establecen la posibilidad de resolver el contrato en los casos de retraso no esencial cuando el deudor no cumpla en el plazo adicional establecido por el acreedor.

### 1) CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

En el caso del comprador, los art. 47 y 49 CISG recogen la nachfrist al disponer que el comprador puede fijar al vendedor incumplidor un plazo de duración razonable para cumplir. Durante ese plazo, y salvo que el vendedor le comunique que no cumplirá, el comprador no podrá ejercitar acción por incumplimiento del contrato, aunque también establece que no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le ocasionen por el retraso. Y para el caso del vendedor, cuando el comprador incumple su obligación de pago del precio o no recibe las mercaderías, los preceptos que recogen la nachfrist o el plazo suplementario para cumplir con efecto resolutorio son los art. 63 y 64 CISG(18).

(18) Art. 47 CISG: *"1. El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumbían.*

*2. El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento".*

Art. 49 CISG: *"1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato: …*

*b) En caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado".*

Art. 63 CISG: *"1. El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban.*

*2. El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento".*

En la CISG de lo anterior se desprende que no todo incumplimiento de las partes puede invocarse para pretender una resolución del contrato tras haberse concedido la nachfrist. En efecto, la posibilidad de resolver el contrato, una vez que ha transcurrido el plazo suplementario fijado por el comprador o por el vendedor para cumplir no se puede aplicar a todo incumplimiento de las partes.

Y es que la concesión del plazo suplementario para cumplir solo da lugar a una futura resolución del contrato en tres supuestos de incumplimiento de las obligaciones de las partes, uno de ellos imputable al vendedor y los dos restantes al comprador: cuando el vendedor no entrega las mercancías, o cuando el comprador no paga el precio, o bien cuando se niega a recibir las mercancías.

Por lo que respecta al vendedor, si éste entrega unas mercancías, pero estas no son conformes con el contrato, si el incumplimiento no se puede considerar esencial, a estos efectos da igual si se ha concedido o no un plazo suplementario de duración razonable, por lo que el comprador tendrá que quedarse con esas mercancías, y no podrá pedir la resolución del contrato. Sí que podrá sin embargo, como no podría ser de otra manera, utilizar otro tipo de acciones por incumplimiento, como la reducción del precio, la reparación y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Además, la resolución del contrato se configura como último remedio, pues solo es posible utilizarla en los supuestos de incumplimiento esencial (art. 47 y 49.2 CISG). En este sentido, aunque se haya concedido un plazo suplementario, si los defectos de las mercancías son poco importantes, ello no implica que se puedan convertir en defectos esenciales, a los efectos de solicitar la resolución del contrato, que en este caso, está vetada, al ser defectos no esenciales.

Lo que sí es evidente y conviene destacar, es que se deduce de la CISG que la fijación expresa de la nachfrist es fundamental para que el incumplimiento contractual se transforme de no esencial en esencial, a los efectos de poder solicitar y que prospere una resolución del contrato. Este plazo suplementario para cumplir de duración razonable dependerá de las circunstancias del caso, dado lo genérico o poco preciso del término “razonable”. Lo que no cabe duda es que no sería suficiente utilizar expresiones tales como “con la mayor

---

Art. 64 CISG: *“1. El vendedor podrá declarar resuelto el contrato: …*

*b) Si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1 del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado”.*

urgencia posible", "cuanto antes", o "sin retraso", a los efectos de considerar que ha habido una fijación expresa del plazo. La fijación del plazo suplementario debe ser expresa y no dar lugar a ninguna duda de interpretación.

2) PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

El art 8:106 PECL establece también la posibilidad de alargar el plazo para el cumplimiento del contrato(19). Además de conceder un plazo adicional a la parte incumplidora para cumplir su obligación, determina que durante este plazo la parte afectada, es decir, el acreedor, podrá mantener su obligación y también reclamar los daños causados. Sin embargo, no podrá recurrir a otro remedio. Es decir, durante el plazo adicional, el perjudicado no puede llevar a cabo ninguna acción contra el deudor. Si que puede dejar en suspenso el cumplimiento de su propia prestación y reclamar daños y perjuicios por el retraso en el cumplimiento u otras pérdidas provocadas por dicho incumplimiento, pero no puede pretender el cumplimiento específico o la resolución del contrato durante el tiempo de la comunicación. Si el incumplimiento es fundamental, el plazo adicional podrá tener la duración que la parte afectada decida, es decir, el acreedor es el que fija la duración de ese nuevo plazo para cumplir.

(19) Artículo 8:106: *"Comunicación de la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento.*

*(1) En todos los casos de incumplimiento, el perjudicado puede conceder a la otra parte una prórroga par proceder al pago, comunicándole dicha decisión.*

*(2) En el transcurso de dicho plazo adicional, la parte perjudicada puede dejar en suspenso el cumplimiento de sus correlativas obligaciones y reclamar el pago de daños y perjuicios, pero no puede utilizar ningún otro recurso. Ante una comunicación de la otra parte informándole de que la deuda no se pagará en dicho plazo o si, vencido el plazo adicional, la obligación debida siguiera sin verse cumplida, el perjudicado podrá recurrir a cualquiera de los medios previstos en el capítulo 9*

*(3) Ante un retraso en el pago no constitutivo de incumplimiento esencial, si la parte perjudicada hubiera concedido a la otra parte una prórroga de duración razonable para proceder al pago, el perjudicado puede resolver el contrato al concluir el plazo previsto en la prórroga. Al comunicar la concesión de la prórroga, el perjudicado puede disponer que el contrato concluirá automáticamente si la otra parte no cumple en el plazo fijado. Si el plazo dispuesto es demasiado breve, la parte perjudicada sólo puede resolver el contrato o, en su caso, concluir éste de manera automática, cuando haya transcurrido un tiempo prudencial desde el momento de la notificación".*

Pero el art. 8:106 PECL solo se aplica al cumplimiento retrasado, no al cumplimiento defectuoso (20).

Cabe además la posibilidad de que el deudor comunique al acreedor su intención de no cumplir con lo pactado, o que una vez transcurrido el plazo adicional el deudor tampoco haya cumplido su obligación durante dicho periodo. En ese caso, el acreedor podrá acudir a todos los remedios que le ofrece el capítulo 9 de los PECL previstos para los supuestos de incumplimiento.

### 3) PRINCIPIOS UNIDROIT

En los Principios UNIDROIT el art. 7.1.5 establece un plazo adicional cuyo transcurso infructuoso supone la admisión de la causa resolutoria del contrato, dentro de las causas por las que el acreedor puede resolver la relación contractual por el incumplimiento del deudor. En relación con ello, el art. 7.3.1 bajo la rúbrica *"derecho a resolver el contrato"*, determina que en caso de demora, la parte perjudicada puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del periodo suplementario concedido a ella según el art. 7.1.5. Al respecto el art. 7.1.5 establece un periodo suplementario para el cumplimiento, al establecer que *"en caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla"*, y una vez transcurrido dicho periodo suplementario de duración razonable, podrá resolver el contrato (21).

---

(20) Así se establece en los Comentarios al precepto. *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II, (Los trabajos de la "Comisión de Derecho contractual europeo"), Edición: Ole Lando y Hugh Beale,* edición española, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 2003, p. 549 y 550.

(21) Art. 7.3.1 Principios UNIDROIT *"(Derecho a resolver el contrato): … (3). En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del periodo suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5".*

Art. 7.1.5 Principios UNIDROIT: *"(Periodo suplementario para el cumplimiento): (1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un periodo suplementario para que cumpla.*

*(2) Durante el periodo suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del periodo suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.*

Como nota a destacar de los Principios UNIDROIT cabe señalar que el art. 7.1.5 en su apartado segundo establece la posibilidad de que el acreedor o parte perjudicada, durante el periodo suplementario que ha otorgado al incumplidor para que cumpla, puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento. Es decir, como la otra parte no cumple, el acreedor está legitimado para no cumplir con sus obligaciones, y además puede pedir una indemnización por los perjuicios sufridos. Ahora bien, el texto señala expresamente que no podrá ejercitar ningún otro remedio durante ese periodo. Sin embargo, si el deudor le notifica que no va a cumplir dentro del periodo adicional o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada, evidentemente y como no podría ser de otra manera tendrá a su disposición todos los remedios de los que se puede disponer por el acreedor en caso de incumplimiento del deudor.

Es por tanto la redacción de los Principios UNIDROIT algo más amplia en este sentido que la CISG, pues el art. 47 CISG se limita a señalar que durante el plazo suplementario el comprador no podrá ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato, aunque eso sí, podrá exigir una indemnización por los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

### 4) REGLAS DEL MARCO COMÚN DE REFERENCIA

El DCFR contempla el plazo suplementario para cumplir en el Libro III, art. 3:103 y 3:503(22). En el primero de estos preceptos,

---

*(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un periodo suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho periodo. El periodo suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.*

*(4) El parágrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora".*

(22) El Libro III se ocupa del cumplimiento, remedios jurídicos frente al incumplimiento, pluralidad de acreedores y deudores, transmisión de derechos y obligaciones –cesión de créditos, asunción de deuda, cesión de contrato–, compensación y prescripción. Sobre la concesión del plazo adicional vid. Nanclares Valle, J.: "Libro III. Obligaciones y derechos", en *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español,* VV. AA., coord. Valpuesta Gastaminza, Bosch, Barcelona, 2011, p. 183.

es decir, en el art. III-3:103 (23) contempla la nachfrist, al disponer como regla general que, ante cualquier incumplimiento, el acreedor puede fijar al deudor un plazo adicional para cumplir. Durante ese periodo adicional para el cumplimiento, el acreedor podrá suspender el cumplimiento de su recíproca obligación, y podrá reclamar daños, pero no puede recurrir a otros remedios. Además, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, una vez que el acreedor otorga al deudor un plazo adicional para cumplir, si cambia de opinión, tiene que notificárselo al deudor, y no podrá exigir el cumplimiento forzoso o resolver el contrato hasta que se produzca esa notificación. El acreedor puede suspender el cumplimiento de su recíproca obligación, o incluso reclamar daños por cualquier pérdida sufrida por el retraso, dado que esos remedios no son incompatibles con la concesión del plazo adicional. Asimismo, de acuerdo con el apartado tercero del artículo, si el acreedor recibe en el plazo adicional dado para el cumplimiento la comunicación del deudor de que no va a cumplir, o cuando transcurra el plazo adicional sin que el deudor haya cumplido, el acreedor puede recurrir a cualquier otro remedio del que disponga.

En segundo lugar, el art. III-3:503 DCFR establece la regulación para el incumplimiento del retraso no esencial (24). Así, en los supuestos en los que estemos ante un retraso no fundamental en el cumplimiento de una obligación contractual, el acreedor puede poner fin a la relación contractual, si habiendo comunicado la concesión de un nuevo periodo adicional y razonable de tiempo para el cumplimiento de la misma, el deudor no cumpliera dentro del

(23) Art. III – 3:103 DCFR: *"Notice fixing additional period for performance.*

*(1) In any caso of non-performance of an obligation the creditor may by notice to the debtor allow an additional period of time for performance.*

*(2) During the additional period the creditor may withhold performance of the creditor's reciprocal obligations and may claim damages, but may not resort to any other remedy.*

*(3) If the creditor receives notice from the debtor that the debtor will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the creditor may resort to any available remedy".*

(24) Art. III –3:503 DCFR: *"Termination after notice fixing additional time for performance.*

*(1) A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not in itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period.*

*(2) If the period fixed is unreasonably short, the creditor may terminate only after a reasonable period from the tiem of the notice".*

nuevo plazo con dicha obligación. Es decir, se establece también la posibilidad de que el acreedor otorgue un nuevo plazo adicional para cumplir al deudor cuando el incumplimiento sea no esencial, y transcurrido dicho plazo si sigue el deudor sin cumplir, el acreedor podrá resolver la relación contractual. No hay que perder de vista que el DCFR nace con la idea de ser un conjunto de principios que pueden informar las legislaciones nacionales o los pactos entre las partes, por lo que puede llegar a regir las relaciones negociales entre sujetos de distintos países de la UE, o incluso, si así lo deciden, entre nacionales de un mismo país. Por lo que puede llegar a convertirse en el germen de un derecho patrimonial europeo.

### 5) PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA

El CESL recoge la Nachfrist en dos preceptos, los art. 115 y 135, contemplándolo desde la perspectiva de las dos partes intervinientes en el contrato de compraventa: el comprador y el vendedor. En efecto, expresamente el CESL prevé los supuestos de nachfrist para los casos en los que no estemos ante un retraso en el cumplimiento esencial, ya que se dice que se puede resolver el contrato por el vendedor o por el comprador *"en caso de retraso en el cumplimiento no esencial en sí mismo"* si se notifica la fijación de un plazo adicional de duración razonable a la otra parte para que proceda al cumplimiento y el incumplidor no cumple su obligación en dicho plazo (art. 115 y 135 CESL).

En el art. 115 (cuya rúbrica es *"Resolución por demora en la entrega tras la notificación de fijación de un plazo adicional de cumplimiento"*) se establece en su primer apartado que *"el comprador podrá resolver el contrato en caso de retraso en la entrega no esencial en sí mismo si notifica la fijación de un plazo adicional de duración razonable para que se proceda al cumplimiento y el vendedor no cumple su obligación en dicho plazo"* (25). Y en el art. 135 (que lleva por rúbrica *"resolución por demora tras la notificación de fijación de un plazo adicional de cumplimiento"*), referido al supuesto en el que

(25) Art. 115 CESL, apartados siguientes: *"2. Se considerará que el plazo adicional contemplado en el apartado 1 es razonable si el vendedor no se opone a él sin demora indebida.*

*3. Cuando en la notificación se establezca que el contrato concluirá automáticamente si el vendedor no cumple en el plazo fijado, la resolución producirá efectos una vez finalizado el plazo sin ulterior notificación".*

es el comprador quien se retrasa en cumplir de modo no esencial, establece en su primer apartado que *"El vendedor podrá resolver el contrato en caso de retraso en el cumplimiento no esencial en sí mismo si notifica la fijación de un plazo adicional de duración razonable para que se proceda al cumplimiento y el comprador no cumple su obligación en dicho plazo"*. Además el art. 135 como va referido a los consumidores, de conformidad con lo previsto en la Directiva 2011/83/UE recoge que el periodo adicional para el cumplimiento no puede ser inferior al plazo de 30 días (26).

Nótese que en ambos preceptos del CESL se alude expresamente a la obligatoriedad de notificación de la fijación del plazo adicional de cumplimiento, que no sucede en otros textos internacionales.

Establece además el art. 135 CESL una garantía muy importante para el caso de que el comprador sea un consumidor, al establecer en el número 4 del precepto que *"en contratos de compraventa de bienes de consumo, las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor".*

## 6) PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

La PMCC también se ocupa de la regulación del régimen jurídico de la resolución por incumplimiento en general, y en particular, por lo que aquí interesa, tras la concesión de un plazo adicional para cumplir en los art. 1200 y 1201 (27). Esta Propuesta de Moderniza-

(26) El resto del Art. 135 CESL establece lo siguiente: *"2. Se considerará que la duración del plazo es razonable si el comprador no se opone a él sin demora indebida. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, el plazo adicional de cumplimiento no deberá terminar antes del periodo de treinta días contemplado en el artículo 167, apartado 2.*

*3. Cuando en la notificación se establezca que el contrato concluirá automáticamente si el comprador no cumple en el plazo fijado, la resolución producirá efectos una vez finalizado el plazo sin ulterior notificación.*

*4. En contrato de compraventa de bienes de consumo, las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor".*

(27) Del 1201 se ha sugerido que se redacte de manera más clara, teniendo en cuenta para ello las diferentes vías por las que el acreedor puede quedar facultado para resolver un contrato. Cfr. Gómez Calle, E.: "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia", ADC, tomo LXV, 2012, p. 99.

ción de nuestro CC sigue muy de cerca todos los textos internacionales y armonizadores, sobre todo la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL, aunque presenta peculiaridades. Fue publicada a finales del año 2009 por el Ministerio de Justicia y elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación. Aunque la Propuesta de Modernización supone un hito importante en el tratamiento del incumplimiento y sus remedios frente a un único artículo que contempla en la actualidad la resolución por incumplimiento en el CC (el 1124), adolece de ciertas deficiencias que podrían mejorarse, empezando por su ubicación. En efecto, las reglas sobre la concesión al deudor de un plazo adicional para cumplir no deberían regularse dentro de las normas sobre la resolución por incumplimiento, sino en las disposiciones generales del incumplimiento, pues se trata de un supuesto que afecta a todos los remedios frente al incumplimiento, debiéndose añadir algunas de las cuestiones previstas para la resolución por incumplimiento, como es el caso de la concesión de un plazo adicional para cumplir y especificándose cuáles son las consecuencias que tiene la fijación del plazo suplementario para cumplir en relación con los remedios de los que dispone el acreedor en caso de incumplimiento(28).

(28) Cfr. San Miguel Pradera, L. P.: "La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?, ADC, tomo LXIV, 2011, p. 1687 y ss., 1711 y 1722. Es claro además que ha tenido que hacerse una interpretación correctora por la doctrina y nuestros tribunales del art. 1124 CC que regula la incorrectamente denominada "condición resolutoria tácita", adaptándolo a los tiempos actuales e inspirándose en los textos internacionales armonizadores resultando además que su ubicación sistemática no es la adecuada, al encontrarse dentro de la regulación de las obligaciones condicionales, no tratándose sin embargo de una auténtica condición, ya que la resolución no se produce automáticamente como la condición y derivado de la voluntad fijada en el contrato, sino que surge por voluntad del interesado que manifiesta con posterioridad a la conclusión del contrato la facultad de optar por la resolución a favor del acreedor cuya prestación es incumplida en el caso de que prefiera la resolución al cumplimiento. Vid. Álvarez Vigaray, R.: "Comentario al art. 1124", en *Comentario del Código Civil,* Tomo II, VV. AA., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 96; Roca Trías, E.: "El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos", Boletín del Ministerio de Justicia, nº 2132, 2011, p. 5 (califica el art. 1124 CC como norma extravagante en este contexto); Morales Moreno: *La modernización…,* cit., p. 37 y 38; Bercovitz Álvarez, G.: "Comentario del art. 1124", en *Comentarios al Código Civil,* VV. AA., Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 3ª ed., 2009, p. 1335 y 1336.

La PMCC está en consonancia con las necesidades sociales y económicas de nuestro país, y se basa en los textos internacionales que pretenden modernizar el derecho de contratos, objetivo que cumple, fijando reglas claras y precisas, pero evidentemente la Propuesta puede mejorar en ciertos aspectos. Es claro que la regulación del incumplimiento propuesta se caracteriza por su amplitud, su naturaleza unitaria, y porque funciona con un carácter neutral, poniendo de relieve la no satisfacción del interés del acreedor. Se utiliza en la Propuesta un concepto más amplio de incumplimiento y se le exige más al deudor contractual (29). Pero podría haberse aprovechado la ocasión para regular esta figura de la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla de una manera más detallada, al ser una figura novedosa en nuestro derecho, teniendo en cuenta sobre todo la regulación más completa de los textos internacionales que pretenden la modernización del derecho de contratos.

El art. 1200 PMCC establece que *"en caso de retraso o falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquel le haya fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad"* (30). Este es el apartado que se inspira en la nachfrist del Derecho alemán. Está claro que este tipo de resolución solo está prevista para los casos de incumplimiento no esencial, pero nada impide que si el acreedor quiere, pueda darle una nueva oportunidad al deudor para cumplir

(29) Cfr. Gómez Calle: "Los remedios…", cit., p. 98; Fenoy Picón, N.: "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento", ADC, tomo LXIII, 2010, p. 47, 129 y 130.

(30) Lo mismo se establece en el art. 518-14 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que lleva por rúbrica "Resolución por retraso o por falta de conformidad", en el que solo se produce un cambio en el tiempo de los verbos utilizados. Dice este precepto en su primer apartado que "En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento el acreedor también puede resolver si el deudor, en el plazo razonable que le fije para ello, no cumple o subsana la falta de conformidad". *Propuesta de Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil,* Tecnos, Madrid, 2018.

Los párrafos segundo y tercero del art. 1200 PMCC establecen lo siguiente: *"También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.*

*La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones".*

también en los casos de incumplimiento esencial, dándole un nuevo plazo para el cumplimiento.

El plazo adicional que fija el acreedor para el cumplimiento del deudor debe ser de duración razonable, lo cual significa que el deudor debe tener la efectiva posibilidad de cumplir, por lo que el acreedor debe concretar la duración (31).

La Propuesta prevé la posibilidad de resolver el contrato en los casos de incumplimiento no esencial en dos casos: cuando se produce un retraso en la entrega y cuando hay falta de conformidad, o lo que es lo mismo, hay cumplimiento pero este es defectuoso. Vemos con ello que se amplía los supuestos previstos en la CISG, pues al estar más inspirada en la figura de la nachfrist, solo recoge la resolución por el transcurso del plazo adicional en los casos de falta de entrega de las mercaderías, en la falta del pago del precio, y en la falta de recepción de las mercaderías por el comprador. Pero, en la Propuesta, al extenderlo también a los casos de falta de conformidad, se corre el riesgo de que se produzcan abusos por parte del comprador. Sin embargo, por la vía del plazo adicional para cumplir con efecto resolutorio no puede resolverse el contrato cuando la falta de conformidad sea de escasa trascendencia, principio básico del nuevo derecho contractual europeo (32).

Ahora bien, aunque es loable que la Propuesta amplíe los supuestos en los que cabe este tipo de resolución por incumplimiento del plazo adicional para cumplir en relación con lo previsto en la CISG, al extenderlo a los supuestos de falta de conformidad, podría haberse establecido alguna matización o límite en el sentido de lo expresado ya por los Principios UNIDROIT, para los cuales la resolución no es procedente en los casos en los que el incumplimiento resulta poco relevante, porque aunque la resolución no es un remedio excepcional que exige un incumplimiento esencial, tampoco puede considerarse procedente cualquier incumplimiento, sino que este debe revestir cierta entidad (33). En efecto, de acuerdo con el art. 7.1.5 de los Principios UNIDROIT ya hemos visto que el acreedor no podrá resolver el contrato al final del periodo adicional de cumplimiento cuando la prestación incumplida sea tan solo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

(31) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 932.

(32) Cfr. Vaquer Aloy, A.: "La resolución del contrato", en *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos,* VV. AA., editores Vaquer Aloy, Bosch Capdevila, Sánchez González, Atelier, Barcelona, 2015, p. 631.

(33) Cfr. San Miguel Pradera: "La resolución...", cit., 2011, p. 1711.

También se ha ocupado de esta cuestión la Propuesta de Código Civil presentada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Siguiendo la línea mantenida por la jurisprudencia, establece en el art. 518-13.2 que la facultad resolutoria "ha de ejercerse mediante notificación a la otra parte", generalizando la idea de que es preciso fijar un plazo para que el deudor cumpla antes de que el acreedor pueda resolver. Es por ello acertado que la Propuesta de la APDC generalice el sistema de la nachfrist, pues admite la resolución extrajudicial y unilateral del acreedor tras la fijación de un plazo, con independencia del tipo de incumplimiento, es decir, no solo ante el retraso. Sin embargo, la crítica que se le puede hacer es que no consigue desprenderse de la noción de incumplimiento esencial, lo cual induce a confusión. No es congruente exigir que el incumplimiento resolutorio deba ser esencial, y a la vez permitir la resolución por el simple transcurso del plazo, porque esto es lo que evitaría tener que entrar a juzgar la gravedad o esencialidad del incumplimiento (34).

### 7) CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

El CC catalán en su libro sexto, relativo a las obligaciones y los contratos, también recoge la nachfrist con motivo de la regulación de la resolución del contrato. En efecto, el art. 621-41, tras declarar que el contrato solo puede resolverse cuando el incumplimiento de la otra parte sea esencial, en su apartado tercero establece que *"el retraso en el cumplimiento que no sea esencial permite resolver el contrato si el comprador o el vendedor no cumplen en el plazo adicional de cumplimiento que le haya notificado la otra parte, que debe ser adecuado a las circunstancias. El plazo adicional se considera razonable si la otra parte no se opone sin dilación indebida".* Sin embargo, no habrá que esperar a que transcurra el plazo adicional *"si la otra parte declara o evidencia de cualquier forma el cumplimiento esencial de sus obligaciones"* (apartado cuarto del precepto) (35).

(34) Al respecto Arroyo Amayuelas señala que probablemente lo que quiso decirse es que hay casos en los que no es necesario otorgar plazo antes de resolver, pero habría sido preciso explicarlo así y señalar cuáles son esos casos. Cfr. Arroyo Amayuelas, "El derecho...", cit., p. 215 y 216. *Propuesta de Código Civil,* Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, p. 657.

(35) Teniendo en cuenta la Directiva 2011/83/UE en el caso de compraventa con consumidores se establece en el art. 621-13 del libro sexto

Pero aunque el CC catalán también acoge la resolución unilateral y extrajudicial del acreedor, mantiene dos criterios de resolución distintos, según que la causa que determina el incumplimiento sea la falta de conformidad o el retraso, lo cual es criticable, sobre todo porque contempla la noción del incumplimiento esencial para hacer depender de él el remedio resolutorio, incluso en los supuestos de falta de conformidad en las compraventas de consumo (36).

## IV) LA NACHFRIST Y LOS CONSUMIDORES

### 1) APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN

Nuestro derecho no contempla con carácter general el plazo suplementario para cumplir y la resolución como remedio. La regla general sobre la resolución de los contratos se recoge en el art. 1124 CC y no contempla la resolución de los contratos tras el plazo adicional o suplementario, sino que sigue otro modelo. Ahora bien, nuestro derecho positivo sí recoge algún supuesto de plazo adicional como remedio resolutorio. Serían tres los supuestos: la aplicación de la CISG, pues ya vimos que se recoge en los art. 47, 49, 63 y 64 de la CISG, en el art. 66 bis TRLGDCU y en el art. 32 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (37). En efecto, en el art. 32 de la citada ley se recoge la resolución por falta de pago de las cuotas debidas por los servicios prestados durante al menos un año, pues el propietario puede ejercer la facultad de resolución previo requerimiento fehaciente de pago al deudor bajo apercibimiento de proceder a la resolución del contrato si en el plazo de 30 días naturales no se satisfacen íntegramente las cantidades reclamadas (38). El requerimiento tiene que tener un doble conteni-

---

el término máximo de 30 días. Cfr. FENOY PICÓN: "La Nachfrist...", cit., p. 885 y 886.

(36) Cfr. ARROYO AMAYUELAS, "El derecho...", cit., p. 216.

(37) Así lo ha señalado FENOY PICÓN: "La Nachfrist...", cit., p. 826 y 827.

(38) Art. 32 de la Ley 4/2012: *"1. Salvo pacto en contrario, el propietario tendrá una facultad resolutoria en el caso de que el adquirente titular del derecho de aprovechamiento por turno, una vez requerido, no atienda al pago de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados durante, al menos, un año.*

*El propietario podrá ejercer esta facultad de resolución, a instancia de la empresa de servicios, previo requerimiento fehaciente de pago al deudor en el domicilio registral o, en su defecto, en el que conste a tal fin en el*

do: la exigencia del pago de la deuda y el apercibimiento de dar por resuelto el contrato si en el plazo de 30 días no paga. La resolución pues se puede evitar si en el plazo de 30 días el deudor paga.

Del mismo modo, nada impide que las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige en nuestro ordenamiento gracias a lo previsto en el art. 1255 CC, puedan incluir en el contrato un pacto resolutorio que recoja el modelo de la nachfrist (39).

Por lo que respecta al derecho de consumo, se acoge una nueva regulación del tiempo en la entrega en consonancia con los textos armonizadores europeos en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (40). Esta Directiva tiene como principal objetivo la armonización máxima de la información precontractual así como en lo relativo al derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil. Pero no regula lo relativo a las condiciones de validez y eficacia de los contratos, por lo que en esta materia no se produce ninguna armonización a nivel europeo. Sí que se ocupa sin embargo de lo que denomina *"otros derechos de los consumidores"* en su Capítulo IV, concretamente en los art. 17 a 27. Dentro de este capítulo, y en concreto dentro del artículo 18, se refiere a la posibilidad de fijar un plazo adicional para la realización de la entrega en las compraventas de consumo.

El art. 18 de la Directiva pretende aclarar y armonizar las normas nacionales sobre en qué momento debe producirse la entrega, a los efectos de unificar cuál es el régimen jurídico contractual que

---

*contrato, bajo apercibimiento de proceder a la resolución del mismo si en el plazo de treinta días naturales no se satisfacen íntegramente las cantidades reclamadas".*

(39) Fenoy Picón establece ejemplos de redacción de la cláusula resolutoria: *"ante el incumplimiento de cierta obligación contractual por el deudor, el acreedor le requerirá para que cumpla en un plazo determinado y si el primero no cumple en él, el segundo dispondrá de la resolución"*. O bien *"incumplida cierta obligación, se producirá automáticamente la prórroga de su plazo de cumplimiento durante unos días o unos meses, y si en el plazo prorrogado no cumple el deudor, el acreedor podrá resolver la relación contractual"*. Y también *"producido el incumplimiento de cierta obligación del deudor, el acreedor podrá resolver la relación contractual transcurridos un determinado número de días, o un mes o varios meses, sin que el deudor haya cumplido".* Fenoy Picón: "La Nachfrist…", cit., p. 827 y 828.

(40) La Directiva modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

debe aplicarse en las entregas tardías(41). Este precepto establece algo muy similar a la nachfrist del Derecho alemán, pues recoge la posibilidad de que el acreedor, es decir, el comprador, convierta un retraso en la entrega de la cosa que es objeto del contrato en un incumplimiento que genere la resolución del contrato gracias a la concesión de un plazo adicional al empresario para cumplir, es decir, de un nuevo plazo, transcurrido el cual, el comprador podrá resolver el contrato. Si el comerciante no entrega los bienes en ese nuevo plazo, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato(42).

Establece el art. 18 lo siguiente: *"salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato"*. Para cuando el comerciante no cumpla con su obligación de entrega en ese plazo, el consumidor *"lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato"*. Evidentemente este plazo adicional no podrá otorgarse en los supuestos de entrega esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran o cuando el consumidor haya declarado que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada.

Este artículo 18 de la Directiva se traspone en el art. 66 bis del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumi-

(41) También pretende armonizar las normas nacionales en lo relativo a la transmisión del riesgo en la compraventa, el régimen relativo a los defectos existentes en la cosa en el momento de la entrega (art. 19 Directiva). Y destaca sobremanera en esta Directiva que ya no se contempla al consumidor como se había hecho tradicionalmente a lo largo de todo el tiempo en el que se ha venido desarrollando el Derecho de consumo como la parte débil del contrato, sujeta a abusos constantes por la parte fuerte del contrato (el empresario), sino que se la configura como un agente del mercado de tiene que actuar de un modo eficiente desde el punto de vista económico.

(42) Cfr. González Carrasco: "Plazo adicional...", cit., p. 1277 y 1278. Me referí también a esta cuestión en Álvarez Álvarez, H.: "La Directiva 2011/83/UE y los plazos para realizar la entrega de la cosa vendida en las ventas de consumo", en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011\83\UE en los ordenamientos español y alemán",* VV. AA., Dir. Orti Vallejo y Jiménez Horwitz, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 323 y ss. y en "Los plazos para realizar la entrega de los bienes adquiridos por los consumidores tras la Directiva 2011/83/UE", en RJN, nº 90-91, abril-septiembre 2014, p. 537 y ss.

dores y Usuarios (TRLGDCU) (43), que prevé que si el comerciante no cumple con su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo máximo de 30 días desde la celebración del contrato, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no entrega los bienes en ese plazo adicional, o si manifiesta que no lo va a hacer, el consumidor tiene el derecho a resolver el contrato. También tendrá derecho a resolver el contrato y no se concederá un plazo adicional cuando el plazo de entrega sea esencial, ya sea por las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor haya informado al empresario, antes de la celebración del contrato, de que le entrega es esencial antes de una fecha determinada o en una fecha determinada (44).

El art. 66 bis TRLGDCU se aplica a las compraventas de bienes. Ahora bien, ¿su ámbito de aplicación incluye las de bienes inmuebles? Para Fenoy Picón no cabe aplicar el art. 66 bis a la compraventa de inmuebles, pues para este tipo de compraventa y para el incumplimiento de la obligación de entrega del inmueble en plazo, la resolución se subsume en la norma general del art. 1124 CC. Sin embargo Carrasco opina que la solución del art. 66 bis se revela muy pertinente respecto de las ventas de inmuebles (45).

### 2) PLAZO DE ENTREGA

La entrega de los bienes es una fuente constante de conflictos en los contratos celebrados a distancia, ya que se ha constatado que en la práctica existen numerosas reclamaciones de consumo por las entregas tardías o incompletas. De hecho con anterioridad ni el CC ni la legislación sobre consumidores y usuarios fijaban un plazo de entrega en la regulación de la compraventa, teniendo que estar en este punto a la autonomía de la voluntad de las partes contratan-

(43) Mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por R.D. legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

(44) Establece este artículo 66 en su apartado 4 que *"corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los plazos a que se refiere este artículo".*

(45) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 897 y Carrasco Perera, A.: "Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU, entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo", Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 9, 2014, p. 40.

tes. Es un acierto por ello que la Directiva se ocupe de esta cuestión armonizando las normas nacionales referidas a la entrega de los bienes comprados o adquiridos mediante un contrato de venta en su art. 18, cuyo contenido se traspone en el art. 66 bis TRLGDCU (46).

El hecho de otorgar un plazo adicional para cumplir, tiene mucho que ver con el plazo que en el que tiene que producirse la entrega en un primer momento, antes de acudir a ese plazo adicional. En la regulación anterior en los contratos a distancia en la práctica con bastante asiduidad los plazos en la entrega representaban un problema. De hecho, el gran problema que surgía en esta cuestión era que normalmente los plazos no se precisaban por el empresario y el consumidor debía esperar durante un largo periodo de tiempo para recibir su pedido. Por ello, para paliar este inconveniente ya el art. 103 del TRLGDCU de 2007 introdujo un plazo máximo para la entrega de los bienes de 30 días contado a partir del día siguiente en que el consumidor y usuario hubiera prestado su consentimiento para contratar. Ahora bien este plazo legal tenía carácter dispositivo, por lo que las partes podían establecer un plazo de entrega superior o inferior a los 30 días. En todo caso, esa ampliación o reducción del plazo de ejecución del pedido debía indicarse en la oferta, siendo ilícito fijar un plazo cuya concreción se dejase al arbitrio del vendedor, de conformidad con el art. 1256 CC (47).

La regulación de un plazo máximo de 30 días (salvo pacto en contrario) para la entrega de los bienes mediante la transmisión de la posesión material o del control de las cosas al consumidor supone una importante novedad en nuestro Derecho que carecía como he señalado de una previsión semejante, lo cual supone que siguen siendo las partes las que pueden determinar el plazo de entrega libremente, y para el caso de que no lo hagan se establece legalmente la duración, por lo que las partes pueden fijar un plazo superior o inferior a los 30 días que se fijan por el legislador.

(46) Pero no se alteran las reglas nacionales relativas a la transmisión de la propiedad y formas de entrega (art. 609 y 1462 a 1465 CC). Cfr. Mendoza Losana, A. I.: "Novedades en la regulación de la contratación on-line con consumidores", Revista CESCO de Derecho de Consumo, www.uclm.es/centro/cesco.

(47) Cfr. Botana García, G. A.: "Comentario al nuevo texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", Práctica de Derecho de Daños, nº 70, abril 2009, La Ley 11243/2009.

Al respecto el art. 66 bis TRLGDCU señala que salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato. Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Pero si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato. Ahora bien, esto último no será aplicable cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o cuando el plazo de entrega sea esencial, o cuando el consumidor informe al empresario, antes de la celebración del contrato, que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha concreta. En tales casos, si el empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo de 30 días naturales, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato.

Por tanto, la regulación de la entrega de los bienes contenida en el art. 66 TRLGDCU se basa en las siguientes reglas, aplicables solo al contrato de compraventa(48): 1. Salvo pacto en contrario, el vendedor tiene obligación de entregar los bienes vendidos sin demora indebida, y en todo caso en un plazo máximo de 30 días naturales a contar desde la celebración del contrato; 2. La entrega se realizará mediante la "transmisión de la posesión material o control" al comprador consumidor; 3. Si se incumple el deber de entrega en plazo, el consumidor concederá al vendedor un plazo adicional adecuado a las circunstancias, transcurrido el cual si no recibe los bienes el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato; 4. Cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea un elemento esencial del contrato no es preciso conceder ese plazo adicional; 5. Si se resuelve el contrato, el empresario debe devolver "sin demora indebida" todas las cantidades abonadas por el consumidor. Si existe retraso injustificado en la devolución de esas cantidades, el comprador puede reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que excedan dicha cantidad; 6. La carga de la prueba del cumplimiento de estos plazos recae sobre el vendedor.

En relación con el plazo de entrega el art. 66 bis TRLGDCU determina en su número 1 que salvo pacto en contrario entre las partes,

(48) Cfr. Carrasco Perera: "Comentarios al...", cit., 2014, p. 40 y ss.

es decir, si las partes no han acordado una fecha concreta de entrega, el empresario tiene que entregar los bienes al consumidor lo antes posible, y en cualquier caso, en un plazo máximo o no superior de 30 días naturales contados a partir de la celebración del contrato de venta, aunque se establece un plazo adicional en determinadas circunstancias en el párrafo siguiente (49).

El plazo previsto en el art. 66 bis para realizar la entrega comprende también el de la instalación de la cosa vendida, por lo que si la cosa requiere de una instalación, el bien debe estar instalado en el tiempo establecido en el art. 66 bis (50).

Dicho plazo de 30 días debe cumplir la característica de la razonabilidad, es decir, que la entrega puede producirse hasta dentro de los 30 días siguientes a contar desde la celebración del contrato, pero ello no confiere un derecho al empresario para retrasar la entrega hasta que transcurran esos 30 días, sino que lo que quiere decir el precepto es que las demoras justificadas no pueden prolongarse por más de 30 días. Por ello, si no existe causa justificada, el vendedor tiene la obligación de entregar sin demora, y siempre dentro de un plazo inferior a los 30 días. Aunque no podemos olvidar que las partes pueden modificar convencionalmente el plazo de entrega, al señalar el precepto *"salvo que las partes acuerden otra cosa"*.

Respecto a la entrega de los bienes, el art. 66 bis TRLGDCU prevé que en aquellos casos en que el empresario no ha hecho entrega de los mismos en el plazo convenido con el consumidor y usuario, éste último, antes de resolver el contrato, debe emplazar al empresario para que realice la entrega en un plazo adicional razonable. Si en ese plazo adicional el empresario tampoco entrega los bienes, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

---

(49) En las compraventas mercantiles, el plazo para la entrega de las mercancías vendidas, salvo pacto en contrario, será como máximo de 24 horas tras la firma del contrato. Sobre la compraventa mercantil vid. más ampliamente Morillo González, F.: "Lugar de cumplimiento y gastos de entrega en compraventa mercantil", y Casado Díaz, S.: "Entrega de mercancía y entrega de documentos", en *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz,* Tomo II, VV. AA., Dir. Carrasco Perera, A., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 1259 y ss. y págs. 1267 y ss.

(50) Cfr. Carrasco Perera: "Comentarios al...", cit. 2014, p. 40 y ss.; Álvarez Álvarez, H.: "La Directiva 2011\83\UE y los plazos para realizar la entrega de la cosa vendida en las ventas de consumo", en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011\83\UE en los ordenamientos español y alemán",* VV. AA., Dir. Orti Vallejo y Jiménez Horwitz, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 327 y ss.

### 3) PLAZO ADICIONAL

Ya he señalado que si se incumple el deber de entrega en plazo, el consumidor concederá al vendedor un plazo adicional "adecuado a las circunstancias", transcurrido el cual, sin ser atendido, el consumidor podrá resolver el contrato. Es decir, el consumidor no puede resolver el contrato sin más, sino que debe conceder un plazo adicional, salvo que el plazo inicial fijado para el cumplimiento se haya establecido como esencial.

En este sentido, el art. 66 bis TRLGDCU establece el régimen jurídico para los casos en los que el incumplimiento se considera esencial a efectos resolutorios. Se contempla la posibilidad de que el acreedor, es decir, el comprador, transforme un retraso en la entrega de la cosa objeto del contrato en un incumplimiento resolutorio mediante la concesión de un plazo adicional, transcurrido el cual podrá resolver el contrato.

En caso de incumplimiento del plazo por parte del empresario, el consumidor puede dar al empresario un plazo adicional acorde con las circunstancias. Se trata de una facultad del consumidor, que puede por tanto otorgar al empresario un plazo adicional, pues la regla general es que el plazo se entiende como no esencial, ya que el mero retraso en el cumplimiento de entrega no implica automáticamente un incumplimiento que dé lugar a la resolución del contrato. Esta posibilidad de otorgar un plazo adicional si este no es esencial no se recogía en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores presentada en octubre de 2008 (51).

La doctrina considera que la ley no otorga un inmediato derecho de resolución del contrato al consumidor para el caso de que el empresario incumpla el plazo de entrega, sino que se exige que el consumidor requiera al empresario para que cumpla, y una vez incumplido es cuando el consumidor puede resolver el contrato (52).

---

(51) Sin embargo, en el Considerando 51 de la Directiva 2011/83/UE se hace hincapié en esta cuestión, señalando que *"la norma relativa a la demora en la entrega también debe tener en cuenta los bienes que hayan de fabricarse o adquirirse especialmente para el consumidor y que el comerciante no pueda reutilizar sin incurrir en una pérdida considerable. Por consiguiente, la presente Directiva debe establecer una norma que conceda al comerciante un plazo adicional razonable en determinadas circunstancias".*

(52) Cfr. Magro Servet, V.: "Análisis de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", Práctica de Tribunales, 25 de junio de 2014, La Ley 4508/2014.

Se consagra con ello un principio que venía aplicando la jurisprudencia no sólo en el derecho de consumidores, sino también en otros ámbitos, relativo a que el plazo de entrega no es esencial por principio y la demora en el cumplimiento no comporta como regla un incumplimiento resolutorio, considerándose que el vendedor incumplidor merece una segunda oportunidad de cumplimiento (53).

Con la obligatoriedad de conceder este plazo adicional para cumplir, se ha señalado que el vendedor no va a tener ningún aliciente para cumplir en el primer plazo fijado, pues puede demorar la entrega y seguir incumpliendo, puesto que el consumidor no va a poder resolver el contrato mientras no le conceda el plazo adicional y este también se incumpla. La razón de establecer la necesidad de este segundo plazo para el cumplimiento de la obligación de entrega tiene que ver con los supuestos de venta de cosa futura (el bien tiene que fabricarse) o en supuestos en los que el comerciante deba adquirir dicho bien especialmente para el consumidor. Está claro que el plazo adicional beneficia por tanto al empresario, que se ve beneficiado por disponer de más tiempo para cumplir sin incurrir en un supuesto de incumplimiento (54).

Además hay que tener presente que este requerimiento que el consumidor hace al empresario tiene la peculiaridad de que es un plazo adicional, pero no es necesario que transcurra ese plazo para que el comprador pretenda la resolución del contrato. De hecho, el requerimiento con la concesión del plazo adicional puede ser de tipo resolutorio, condicionando este efecto al transcurso del plazo. Se produce la conversión de un mero retraso no esencial en la obligación de entrega, en incumplimiento esencial a través de un plazo extrajudicial concedido por el acreedor. Ahora bien, en el derecho alemán se aplica la nachfrist tanto a la no entrega como a la falta de conformidad de las mercancías. Además, la comunicación de la nachfrist incluye una declaración de que la ejecución será rechazada una vez que el período de tiempo adicional concedido haya transcurrido (55).

Por ello hay que tener en cuenta que el recurso al nachfrist y sus consecuencias solo se produce en los supuestos de falta absoluta

(53) Cfr. Carrasco Perera: "Comentario al...", cit., 2014.

(54) Considerando 52 Directiva 2011/83/UE. Cfr. López Maza, S.: "Comentario al art. 66 bis", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007),* VV. AA., coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2ª ed., 2015, p. 920 y 921.

(55) Cfr. González Carrasco: "Plazo adicional...", cit., págs. 1277 y 1278.

de entrega. No se produce cuando hay un incumplimiento parcial o un cumplimiento no conforme, o incumplimiento de las obligaciones accesorias o secundarias distintas de la obligación fundamental de entrega, ni tampoco se puede extrapolar el régimen de la nachfrist a los supuestos de impago por el comprador. Esos supuestos deberán ser tratados como incumplimientos parciales y considerados a la luz del régimen general de resolución por incumplimiento (56).

En este sentido se ha señalado al respecto que la resolución precedida de la nachfrist será la modalidad que se acabe imponiendo ante las faltas de conformidad en cualquier compraventa de consumo y también en el contrato de suministro de contenidos digitales, y debería generalizarse en el Derecho común (57).

El art 66 bis TRLGDCU tampoco aclara qué sucede en los supuestos de entregas sucesivas si una de las entregas no se produce. No sabemos si el comprador puede resolver enteramente el contrato o solo por la parte no cumplida. En este caso habrá que acudir al régimen general común de la resolución contractual, de acuerdo con el cual la resolución total será posible cuando el incumplimiento parcial conduzca a una insatisfacción del total interés de cumplimiento (58).

El problema es que el art. 66 bis TRLGCDU alude a que el nuevo plazo debe ser "adecuado a las circunstancias", pero no se establece exactamente un plazo. Nuestra doctrina lo ha criticado y ha aportado posibles soluciones. Habría resultado más razonable y acorde con el principio de protección al contratante consumidor que opera en el Derecho de consumo que el legislador hubiera sido más preciso y hubiera señalado la duración máxima de ese plazo adicional, sobre todo para evitar situaciones de inseguridad jurídica. Desde luego, no se puede exigir que el comprador conceda otros 30 días para cumplir al vendedor. Para evitar mayores inconvenientes, Carrasco ha propuesto que se aplique la regla del art. 115.2 CESL: el plazo concedido se considera razonable si el vendedor no se opone a él sin demora indebida. Además, durante el plazo adicional, el comprador no puede resolver el contrato por falta de entrega, pero la mora del vendedor no queda purgada, por lo que el acreedor puede reclamar

(56) Cfr. Carrasco Perera, A.: "Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (art. 66 bis TR LGDCU)", Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 14, 2015, p. 169 y 178.

(57) Cfr. Arroyo Amayuelas, "El derecho...", cit., p. 197 y 216.

(58) Cfr. Carrasco Perera: "Plazo suplementario...", cit., 2015, p. 178.

una indemnización por los daños y perjuicios que provoquen la demora (59).

También para Fenoy Picón, debería haberse fijado una regla de defecto sobre la concreta duración del plazo adecuado, a los efectos de evitar la fijación de un plazo adicional insuficiente para el cumplimiento. Es decir, si el plazo no es adecuado a las circunstancias por ser muy breve, podría optarse por alguna de las tres soluciones siguientes: en primer lugar, entender que el consumidor debe volver a requerir la entrega del bien, fijando un nuevo plazo adecuado a las circunstancias, ya que el plazo insuficiente careció de validez. Transcurrido dicho plazo insuficiente, el consumidor no podrá resolver el contrato acogiéndose a la nachfrist. En segundo lugar, otra opción sería considerar que el consumidor no debe reiterar su requerimiento de cumplimiento, y bastará con que transcurra el plazo que efectivamente hubiere sido adecuado a las circunstancias para que, si sigue incumpliendo el empresario, el consumidor pueda resolver. En este caso el plazo se extiende, se amplía, y el requerimiento de cumplimiento en plazo insuficiente podría tener validez si resultare que el empresario no entrega el bien en el plazo efectivamente adecuado a las circunstancias, pudiendo en ese caso el consumidor resolver el contrato. Finalmente, la tercera posibilidad sería considerar que si el consumidor fijó el plazo para la entrega del bien y conocido por el vendedor, este no se opone sin demora indebida, el legislador lo califica como adecuado, en el sentido de lo establecido en los art. 115.2 y 135.2 CESL, solución que defiende Carrasco como acabo de señalar, y que es la posibilidad que mejor protege al consumidor (60).

Cabe la posibilidad de que el consumidor disponga la resolución automática condicionándola al transcurso infructuoso del plazo adicional. Ahora bien, el art. 66 bis TRLGDCU no acoge el modelo de ejercicio de la resolución automática, y la PMCC en los casos de incumplimiento de término esencial no se produce la resolución automática de la relación contractual. En nuestro CC, la resolución general del art. 1124 tampoco es automática, pero algún sector doctrinal ha defendido que sí que lo será para el incumplimiento de algunos términos esenciales, lo cual no tiene apoyo en el CC, por lo que sería conveniente de cara a la PMCC que se señalara expre-

(59) Cfr. Carrasco Perera: "Comentario al...", cit. 2014.
(60) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 913 y ss.

samente que el incumplimiento del término esencial no conlleva la resolución automática de la relación contractual(61).

En cuanto a la forma en que el consumidor debe notificar al comerciante su voluntad de resolver el contrato, la Directiva guarda silencio, por lo que habrá que estar a la legislación nacional en esta materia(62). Y tampoco el art. 66 bis TRLGDCU impone una forma determinada para realizar el requerimiento, por lo que de acuerdo con el art. 1278 CC, habrá libertad de forma, aunque será conveniente que se realice de alguna forma que se deje constancia de que se ha producido, a los efectos de la prueba del mismo(63).

También se dice en el art. 66 bis TRLGDCU que es el empresario el que tiene que probar el cumplimiento de los plazos de la entrega. La carga de la prueba impuesta al empresario es lógica, pues él es quien puede probar si efectivamente realizó o no la entrega de los bienes en plazo. En este sentido hay que tener en cuenta lo previsto en el art. 217.3 LEC, matizado por el art. 217.6 LEC. El número 3 del precepto determina que *"incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior"*(64), lo cual debe matizarse con lo previsto en el número 6 que establece que *"las normas contenidas en los apartados precedentes se apli-*

(61) Cfr. San Miguel Pradera, L. P.: *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, p. 240. Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 918 y 1054 y ss. quienes defienden la inexistencia de una resolución automática en cualquier supuesto de término esencial.

(62) Considerando 52 de la Directiva in fine: "La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones nacionales sobre la forma en que el consumidor debe notificar al comerciante su voluntad de resolver el contrato".

(63) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 917.

(64) Este criterio de distribución de la carga de la prueba es el que tradicionalmente ha dado mejores resultados, ya que el juez, una vez que averigua qué tipo de hecho es el que hay que probar, tiene que determinar a quién corresponde su prueba en función de la naturaleza del mismo y de la relevancia que dicho hecho ocupe en relación con la posición procesal de quien lo haya alegado en su favor. En principio, corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos y al demandado el de los impeditivos, extintivos y excluyentes. Vid. más ampliamente sobre la carga de la prueba Damián Moreno, J.: "Comentario del art. 217 LEC", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I,* VV. AA. Dir. Lorca Navarrete, A. M., Coord. Guilarte Gutiérrez, V., Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2000, págs. 1423 y ss.

*carán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes"*. Y al respecto, el art. 66 bis TRLGDCU es claro, pues por si quedara alguna duda sobre a quién le corresponde probar la tempestividad de la entrega, determina el art. 66 bis que es el empresario el que tendrá que probar el cumplimiento de los plazos de entrega, teniendo él por tanto la carga de la prueba, y no el consumidor. Ello en consonancia con que lo lógico en virtud del principio general recogido en la LEC sobre la carga de la prueba en el art. 217, será el empresario quien deba demostrar que ha cumplido con la entrega del pedido.

No obstante, la concesión de un nuevo plazo al empresario para cumplir no puede aplicarse cuando el empresario haya declarado de forma inequívoca que se niega a entregar los bienes, ni tampoco en los casos en los que el plazo de entrega sea esencial, cuando así se le haya hecho saber al empresario, y también cuando a pesar de no haber sido informado, sea esencial por su propia naturaleza, como por ejemplo, en el caso de un vestido de novia que como es lógico debe entregarse antes de la boda.

Es decir, cuando el vendedor haya declarado de forma inequívoca que se niega a entregar los bienes, no es necesario conceder un plazo adicional para convertir el incumplimiento de la obligación de entrega en incumplimiento esencial y por lo tanto resolutorio, porque en este caso el vendedor ha declarado de forma inequívoca que se niega a entregar los bienes. En este supuesto la resolución podrá producirse incluso antes de que expire el plazo contractualmente previsto para la entrega. Y tampoco es necesaria la concesión de un plazo adicional para la entrega en los casos en los que el plazo para la entrega de los bienes sea esencial en virtud de la finalidad o del objeto del contrato o de la naturaleza de las cosas o bien porque el consumidor haya informado al comerciante de que la entrega en una fecha determinada es esencial. Por tanto, cuando se trate de un plazo o fecha de entrega esencial, y también cuando el comerciante haya declarado inequívocamente su negativa a entregar los bienes, en ambos casos si se incumple la entrega el consumidor podrá resolver el contrato de inmediato.

¿Qué sucede con los remedios que tiene el consumidor durante el plazo adicional? El art. 66 bis TRLGDCU no establece nada expresamente, pero es evidente que durante el plazo adicional el consumidor podrá suspender totalmente su obligación del pago del precio, pero no podrá exigir judicialmente al vendedor la entrega del bien ni resolver el contrato de compraventa. Sí que podrá exigir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos al empresario por el pri-

mer retraso y por los daños que sufra durante el periodo adicional, pues el mero hecho de fijar un plazo adicional para el cumplimiento no conlleva que el consumidor renuncie a la indemnización de los daños que pueda corresponderle por el retraso (65).

Pero si a pesar de disponer de ese plazo adicional el empresario no realiza la entrega de los bienes en el plazo acordado, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato, y en ese caso el empresario deberá devolver sin demora todas las cantidades abonadas por el consumidor. Aunque para el caso de la resolución del contrato por incumplimiento del deber de entrega, sería conveniente que en lugar de contemplar un plazo indeterminado para la devolución de las cantidades, se aplicara el plazo de 30 días como máximo para efectuar tal devolución, por lo que nuevamente el legislador en este punto podía haber sido más preciso fijando un plazo máximo para el reembolso.

Ahora bien, un problema que plantea la resolución del contrato de compraventa por falta de entrega de la cosa en el ámbito del Derecho de consumo es que se regula tan solo en la Ley de consumidores, no afectando por tanto a la compraventa civil o mercantil ajena al Derecho de consumo. Ya que salvo los casos de compraventa de consumo, en la que hemos visto que se recoge la posibilidad de resolver el contrato por falta de entrega, si la compraventa es civil o mercantil, los contratantes siguen sometidos a la inseguridad jurídica en relación con el carácter esencial del incumplimiento por entrega tardía, en relación con la eficacia de la resolución extrajudicial comunicada al vendedor, y a la duda sobre si recuperarán los costes de prefinanciación invertidos en la adquisición de los bienes de reemplazo antes de la judicialización del incumplimiento. Lo cual lleva a la paradoja de que es el consumidor quien no puede verse perjudicado en virtud del deber de mitigar el daño, por su incapacidad financiera para hacer frente a los costes de prefinanciación (66).

(65) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 917 y 918.

(66) Cfr. González Carrasco: "Plazo adicional...", cit., pág. 1283 y Carrasco Perera, A.: "Cumplimiento en forma específica y ejecución a costa del deudor", INDRET 1/2006, pág. 20.

## V) POSIBLE APLICACIÓN DE LA NACHFRIST A SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS EXPRESAMENTE POR LA NORMA: EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO

Hemos visto que la CISG concede la posibilidad de otorgar un plazo adicional a las partes para que el deudor cumpla, transcurrido el cual, ese retraso no esencial en la obligación de entrega pasa a considerarse como un incumplimiento esencial a los efectos de obtener la resolución del contrato, gracias a la fijación de ese plazo extrajudicial para cumplir concedido por el acreedor. Pues bien, a la misma conclusión debe llegarse cuando el vendedor haya declarado de forma inequívoca que se niega a entregar los bienes. En ese caso también podrá convertirse el incumplimiento de la obligación de entrega en incumplimiento esencial, y no solo en el caso previsto de la concesión de un plazo adicional. Ello en aplicación del "anticipatory breach" o incumplimiento anticipatorio o previsible de la doctrina anglosajona, que se aplica también en varios textos armonizadores de contratos y que pone de manifiesto la intención de una de las partes de no llevar a cabo o de incumplir sus obligaciones contractuales en relación a la otra parte (67).

El incumplimiento previsible en la CISG otorga el derecho a la parte perjudicada a suspender la ejecución de la prestación o a resolver anticipadamente el contrato (68). En ese caso esa voluntad deliberada de no cumplir se convierte también en incumplimiento esencial sin que sea necesario esperar a que expire el plazo contractualmente previsto para la entrega, o en el caso de que no se hubiere establecido plazo alguno, para la contratación con consumidores el de 30 días fijado en el art. 18 de la Directiva 2011/83/UE y en el art. 66 bis TRLGDCU (69).

---

(67) El anticipatory breach ha tenido calado en nuestra jurisprudencia por ejemplo en la STS de 30 de marzo de 2010, que declara que *"constituye incumplimiento (intencional) la declaración de la voluntad de no cumplir, emitida cuando la prestación aún no es exigible, si la otra parte no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo".*

(68) En cuanto a la suspensión de la ejecución de la prestación el art. 71 CISG establece que *"cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones"*. Y la resolución anticipada del contrato se prevé en el art. 72, donde se dice que *"si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto".*

(69) Cfr. González Carrasco: "Plazo adicional...", cit., p. 1278.

El anticipatory breach se recoge en la CISG (art. 47 y 63 y 72), los Principios UNIDROIT (art. 7.1.5, 7.3.3), los PECL (art. 8:106), el DCFR (III-3:103), la PMCC (art. 1200) y el Código civil de Cataluña (art. 621-41), preceptos que establecen expresamente que no es necesario dejar transcurrir el plazo en los casos en los que el deudor anuncia su intención de no cumplir, recogiendo por tanto esta doctrina del anticipatory breach, en el sentido de facultar a una de las partes del contrato para suspender el cumplimiento de la obligación o para resolver, si se prevé anticipadamente un incumplimiento que también le permitiría acudir a la suspensión o incluso a la resolución en el caso de que la obligación fuera ya exigible (70). En ese caso, el acreedor tendría a su disposición todos los remedios previstos con carácter general para el incumplimiento.

Esta doctrina del incumplimiento anticipado incluye los supuestos de que el deudor se niega expresamente a cumplir y el de la certidumbre del futuro incumplimiento. Por lo que engloba dos grupos de supuestos: en primer lugar, un conjunto de casos en los que, previamente al vencimiento de la prestación, el deudor, ya sea de palabra o mediante actos concluyentes, manifiesta su voluntad de incumplir total o parcialmente el contrato. En segundo lugar, los casos en los que una de las partes, previamente al vencimiento de su obligación, se coloca de modo imputable en una situación de imposibilidad para el cumplimiento, de tal forma que se inhabilita él mismo para llevar a cabo su prestación. En este caso, los requisitos son muy estrictos, porque se exige que quien pretende la resolución tiene que probar que la prestación ha devenido de hecho imposible por un acto u omisión del que debe responder la otra parte. Sea como fuere, la peculiaridad de todos estos supuestos de incumplimiento anticipado es que permiten dar lugar inmediatamente a la resolución, sin tener que esperar a que la obligación venza o que la prestación se incumpla. Lo cual plantea problemas, porque se puede reclamar daños perjuicios por un incumplimiento aún no producido, con el problema que conlleva para su cuantificación. Sin embargo, a pesar de ello, la figura del incumplimiento anticipado supone una serie de ventajas, como son la probable disminución de los daños de la parte perjudicada, la posibilidad de esta de liberarse del contrato inmediatamente, y la facultad que tiene desde ese momento de celebrar un contrato para reemplazar el que se incumple anticipadamente. Además, la parte perjudicada puede optar por exigir el cumplimien-

(70) Cfr. García Pérez: "El incumplimiento...", cit.

to debido, ejercitando los remedios que el incumplimiento actual puede provocar (71).

A diferencia de la CISG, la PMCC recoge un concepto de incumplimiento amplio que engloba todas aquellas situaciones en las que el deudor no ajusta su conducta a lo previsto (72). Y partiendo de que el incumplimiento resolutorio debe ser esencial, la Propuesta pretende incluir dos novedades en nuestro ordenamiento, una de ellas es como se ha visto la figura de la nachfrist o plazo adicional para los supuestos en los que el retraso o falta de conformidad, y la segunda, el incumplimiento anticipado o previsible. Ambas novedades recogidas en el art. 1200 de la Propuesta y que sirven como fundamento para ejercitar la facultad resolutoria.

El anticipatory breach o incumplimiento anticipado o previsible protege al acreedor cuando con anterioridad a la fecha del cumplimiento, observa que concurren circunstancias que van a impedir alcanzar el cumplimiento del contrato. Se da en dos supuestos en la PMCC: cuando el deudor, antes de que venza la obligación, declara expresamente o pone de manifiesto con su conducta o actitud su voluntad de no cumplir o su incapacidad para ello, cualquiera que sea la causa, y en segundo lugar, cuando no existe declaración del deudor pero objetivamente hay certidumbre de que no va a cumplir (73).

En efecto, el apartado segundo del art. 1200 PMCC establece lo siguiente: *"También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto".*

Y en el apartado tercero del art. 1200 PMCC se recoge también que no es necesaria la fijación de un plazo adicional de cumplimiento si el deudor declara que no cumplirá sus obligaciones. Literalmente, establece que *"la fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones"*. Lo mismo se establece

(71) Cfr. Rodríguez-Rosado, B.: *Resolución y sinalagma contractual,* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. p. 208 y 209.

(72) Sin embargo, los Principios UNIDROIT no recogen un concepto de incumplimiento amplio a los efectos de la posible resolución cuando el cumplimiento no sea esencial, pues determina en el párrafo cuarto del art. 7.1.5 que no se podrá aplicar el párrafo tercero del precepto, es decir, no se podrá resolver el contrato cuando la prestación incumplida sea tan solo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

(73) Cfr. García Pérez: "El incumplimiento...", cit.

en los párrafos segundo y tercero también de la Propuesta de CC de la APDC en su artículo 518-14 (74). No obstante, se ha señalado por la doctrina que sería conveniente que el art. 1200 PMCC indicara que el acreedor dispone de la resolución si, vigente la nachfrist, el deudor le comunica que no cumplirá, para que no haya ninguna duda de interpretación (75).

Por tanto, en los PMCC y en la Propuesta de CC de la APCD, de acuerdo con el art. 1200 para que el incumplimiento anticipado provoque la resolución del contrato tienen que darse tres requisitos: situación de riesgo patente para el cumplimiento futuro, la existencia de un previsible incumplimiento esencial, y el otorgamiento por el acreedor de un plazo razonable, a fin de que el deudor cumpla o preste garantías de cumplimiento.

Pero la PMCC debería aclarar, al igual que hacen otros textos internacionales, que no es necesario dejar transcurrir el plazo suplementario si el deudor avisa que no va a cumplir. En este sentido, resulta muy claro el art. 621-41 apartado cuarto del CC de Cataluña, al señalar que *"el contrato puede resolverse anticipadamente si la otra parte declara o evidencia de cualquier forma el incumplimiento esencial de sus obligaciones".*

---

(74) Mínimas son las diferencias de redacción en relación con lo previsto en el art. 1200 de la PMCC. En efecto, el número 2 del art. 518-14 de la Propuesta de la APDC establece que *"También puede el acreedor ejercer la facultad resolutoria cuando existe un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y este no cumple ni presta garantí adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le fije al efecto". Y en apartado 3 señala que "la fijación de plazo no es necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los apartados anteriores si el deudor declara que no cumplirá sus obligaciones"*. La coincidencia en el texto de ambas propuestas tiene su explicación en la Exposición de Motivos de la Propuesta de la APDC, en la que se dice, en relación a las consideraciones generales acerca de los Títulos I y II del Libro Quinto, que versa sobre las obligaciones y contratos, que se sigue muy de cerca a la PMCC aunque la Propuesta de la APDC no sea idéntica, aunque sí muy parecida, existiendo las diferencias entre ambas propuestas básicamente o tan solo en lo relativo a cuestiones de sistemática. Por lo demás, seguir la PMCC tiene sentido al haber sido elaborada por juristas de reconocido y merecido prestigio, teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia españolas, así como la mayor parte del resto de los textos de referencia armonizadores.

(75) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 1063 y 1064. Autora que se muestra partidaria de incluir en la PMCC un artículo que regule la nachfrist y sus efectos en la regulación del incumplimiento y sus remedios, en el sentido de que se incluya que el acreedor pueda disponer la resolución automática de la relación contractual cuando el deudor incumpliere.

Evidentemente, durante el periodo adicional concedido al deudor para cumplir, el acreedor no podrá fundar la resolución en un incumplimiento, teniendo que esperar por tanto a que transcurra la totalidad del plazo ampliado, a no ser que el deudor le haya comunicado que no cumplirá en el plazo fijado. Solo en ese caso el acreedor tendría derecho a resolver en ese momento, sin tener que esperar a la expiración del plazo suplementario.

Pero, ¿qué ocurre cuando existe un riesgo palpable de incumplimiento por parte del deudor y éste no cumple ni presta ninguna garantía de cumplimiento dentro del plazo adicional que le ha concedido el acreedor? En ese supuesto de riesgo de incumplimiento, ¿el acreedor podrá resolver el contrato? Se trata de un supuesto en el que aún no se ha producido el incumplimiento, el deudor está en plazo porque tiene un plazo suplementario, pero existe riesgo de que el incumplimiento se produzca y que además tenga el carácter de esencial. Evidentemente si el acreedor quiere resolver el contrato, es presupuesto necesario que previamente otorgue un plazo razonable al deudor para que este cumpla o le preste una garantía de que va a cumplir. Una vez transcurrido el plazo, el acreedor puede resolver el contrato. Estaríamos ante un supuesto de resolución del contrato por incumplimiento anticipado. En efecto, el art. 1200 PMCC establece, además de que no es necesario fijar plazo si el deudor ha anunciado que no cumplirá, que el acreedor también va a poder resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial por parte del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento dentro del plazo razonable que el acreedor le haya concedido. Y aunque este precepto solo se refiere expresamente a que no es necesario conceder un plazo cuando el deudor ha declarado que no cumplirá, a la misma conclusión debe llegarse cuando se le haya concedido ya el plazo y declare que no va a cumplir.

En la PMCC es necesario que se haya concedido un plazo al deudor para poder resolver el contrato por incumplimiento anticipado. Sin embargo en la CISG solo está prevista para los casos en los que hubiera tiempo para el cumplimiento, pues el art. 72 CISG, tras señalar que se puede resolver el contrato si antes de la fecha de cumplimiento fuera patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, que *"si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones"*, a no ser que hubiera declarado que no las cumplirá.

Por tanto, para proceder a la resolución del contrato en este supuesto es necesario que se den tres presupuestos, que son, el incumplimiento esencial, que sea patente y comunicación a la otra parte, salvo que la otra parte hubiera declarado que no cumplirá, en cuyo caso no será necesario comunicar la intención de resolver. También establece el art. 71 CISG la posibilidad de suspender el cumplimiento una vez celebrado el contrato cuando resulte manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones, como consecuencia de un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o bien su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato. En este caso, la excepción de incumplimiento contractual no requiere que el posible incumplimiento sea esencial, aunque sí que afecte a una parte sustancial de las obligaciones contraídas, y que se comunique a la otra parte, la cual puede evitar la suspensión ofreciendo garantías de que cumplirá sus obligaciones.

Por lo que respecta a los textos del moderno derecho de contratos, en los Principios UNIDROIT (art. 7.3.3) el incumplimiento previsible también es fundamento para la resolución y para la excepción de incumplimiento. Y al igual que se contempla en el art. 72 CISG, también se exige que se trate de un incumplimiento esencial y patente. *"Incumplimiento anticipado: Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuera patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato"*. Sin embargo, no se establece la necesidad de comunicación de manera expresa(76). En consonancia con la CISG, también los Principios establecen que la parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial por parte de la otra, podrá reclamar las garantías adecuadas de cumplimiento y se la facultará para suspender mientras tanto el cumplimiento de sus propias obligaciones, pudiendo resolver el contrato si las garantías no son otorgadas(77).

En los PECL se contempla también una resolución por incumplimiento anticipado, pues el art. 9:304 concede a una de las partes la facultad de resolver el contrato cuando, con carácter previo al vencimiento, resulta evidente que la otra parte incumplirá su obligación de manera esencial, pero no se establece la posibilidad de conceder un plazo al deudor para que cumpla o dé garantías de cumplir.

(76) Aunque sí se refiere a la necesidad de comunicación en el comentario oficial del precepto.

(77) Art. 7.3.4 Principios UNIDROIT.

El DCFR también permite la resolución por incumplimiento anticipado y no exige al acreedor esperar a desvincularse hasta que el incumplimiento realmente se produzca, otorgándole el derecho a suspender el propio cumplimiento en el art. III-3:401, cuando crea razonablemente que la otra parte incumplirá, no siendo necesario un incumplimiento esencial, y debiendo comunicarlo al deudor tan pronto como sea razonablemente posible. La finalidad de esta comunicación es doble, pues permite que el deudor se pronuncie para destruir la creencia razonable del acreedor, o bien le permite enervar la suspensión si garantiza el cumplimiento (78).

(78) Cfr. García Pérez: "El incumplimiento...", cit. El Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos (Proyecto de Pavía) también contempla en los art. 90 y 91, los supuestos en los que, antes del vencimiento, puede producirse el incumplimiento tanto en aquellos casos en los que el deudor declara por escrito que no quiere cumplir, como aquellos en los que no se halla en situación de cumplir. Art. 90: *"Deudor que declara no querer cumplir. 1. Cuando el deudor declara por escrito al acreedor que pretende no cumplir, este último tiene la facultad de comunicarle por escrito y desde luego, en todo caso dentro de los ocho días siguientes, que en virtud de ésta declaración considera la obligación como incumplida. En defecto de una tal comunicación, el acreedor no podrá rechazar el incumplimiento que tiene lugar después.*

*2. El deudor, en los ocho días siguientes a la recepción de la comunicación mencionada en el párrafo precedente, puede oponerse por escrito la declaración del acreedor según la cual la obligación es incumplida, y si éste último en los ocho días que siguen, no declara por escrito que revisa su posición, deberá dirigirse al juez competente en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inercia del deudor, el incumplimiento será definitivamente tenido por cierto".*

Art. 91: *"Deudor que no está en situación de cumplir. 1. Si antes de expirar el término, parece razonable entender que el deudor no está en condiciones de cumplir una obligación contractual, o que no la puede cumplir sin defectos relevantes, cuando todo ello no es debido a un hecho positivo o a una abstención del acreedor, éste último puede pedirle por escrito que suministre, en un plazo razonable que no será inferior a quince días, una garantía apropiada a la naturaleza del futuro cumplimiento y declarar que, a falta de la misma, el incumplimiento será definitivamente tenido por cierto.*

*2. El deudor, si no suministra la garantía requerida, puede, en el plazo de ocho días, contestar por escrito a la petición del acreedor y debe, si éste último no revisa por escrito su posición en un plazo ulterior de ocho días, dirigirse al juez en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inercia del deudor, el incumplimiento es definitivamente tenido por cierto". Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo I, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos,* VV. AA., Dir. C. Vattier, J. M. de la Cuesta, J. M. Caballero, Dykinson-Universidad de Burgos, Madrid, 2003, p. 76 y 77.

La tendencia plasmada en los diferentes textos internacionales y en la PMCC de recoger la doctrina del incumplimiento anticipado es muy positiva, pues ofrece sin duda beneficios al acreedor para poder utilizar los remedios contractuales frente al incumplimiento sin tener que esperar a que transcurra el tiempo fijado de cumplimiento. Y también le permite suplir la falta de cumplimiento del deudor acudiendo a otro mercado pudiendo realizar otro contrato para reemplazar la prestación y satisfacer así su interés. Pero no solo surgen beneficios para el acreedor. El deudor también se beneficia de la posibilidad de resolver por su incumplimiento anticipado ejercitada por el acreedor porque la posible indemnización a la que deba hacer frente será menor, al ser menores los daños que tenga que reparar. No obstante, hay una crítica que se le puede hacer a la PMCC, y es que a diferencia de lo que sucede en los textos internacionales mencionados (CISG, Principios UNIDROIT, PECL y DCFR), la Propuesta no regula el supuesto de manera tan amplia. Así, los textos internacionales distinguen entre la creencia o temor razonable de incumplimiento como causa para suspender el propio cumplimiento, de la evidencia de incumplimiento anticipado como causa de resolución contractual. Sin embargo, en la Propuesta solo da lugar a la resolución contractual el incumplimiento anticipado. Es por ello que se ha señalado que sería muy conveniente que se ampliase el ámbito de aplicación de la acción del incumplimiento previsible para

En estos art. 90 y 91 del Proyecto de Pavía se recogen los dos supuestos de hecho del incumplimiento anticipado. En el primer precepto, el deudor que pretende no cumplir, bien porque cree que no puede o bien porque no quiere, puede tomar la iniciativa para que se tenga su obligación por incumplida. Para ello debe comunicar al acreedor por escrito su intención de no cumplir, y el acreedor puede responderle manifestando su deseo de que se tenga por incumplida la obligación total y definitivamente. Mientras el acreedor no le comunique que tiene la obligación por incumplida, el deudor sigue conservando la posibilidad de cumplir en la manera y el tiempo convenidos. En el segundo precepto, si antes de expirar el término convenido parece razonable entender que el deudor no está en condiciones de cumplir la obligación pactada en el contrato, ni cumplirla sin defectos sustanciales, el acreedor puede pedir al deudor que en un plazo adecuado suministre una garantía apropiada a la naturaleza del futuro cumplimiento, y si falta esa garantía el acreedor puede considerar que hay incumplimiento definitivo. Cfr. Lobato Gómez, J. M.: "El incumplimiento del contrato", en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos,* VV. AA., Dir. C. Vattier, J. M. de la Cuesta, J. M. Caballero, Dykinson – Universidad de Burgos, Madrid, 2003, p. 375 y 376.

permitir que en esos casos pueda utilizarse para que el acreedor pueda suspender el cumplimiento (79).

Al incumplimiento anticipado se le sitúa en un momento anterior al de la exigibilidad de la obligación, pero la previsibilidad de que el deudor incumpla puede producirse en otros momentos temporales, como por ejemplo, cuando la obligación ya sea exigible, o durante la vigencia de la nachfrist, del plazo adicional de cumplimiento (80). Por ello, cabe la posibilidad de que vigente la nachfrist, el acreedor pueda resolver el contrato sin esperar a que transcurra todo el plazo adicional cuando el deudor le comunique su voluntad de no cumplir su prestación.

Y a la misma conclusión que en los supuestos del incumplimiento anticipado o previsible debe llegarse en los supuestos en los que el plazo sea esencial en virtud de la finalidad del objeto del contrato y que sea razonablemente conocida por ambas partes, por derivarse de la naturaleza de las cosas o porque el consumidor haya informado con anterioridad al empresario que la entrega en una determinada fecha es esencial, tratándose de un término esencial. La falta de cumplimiento se valora como esencial cuando se haya fijado como tal y en aquellos casos en los que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable. El término esencial, se considera que existe cuando el cumplimiento tardío, aun posible, no satisface el interés del contratante, bien porque así se hubiere hecho explícito, o bien porque, en atención a las circunstancias, resulta evidente que el tiempo era un elemento determinante del cumplimiento, por determinar el único momento en que el interés del acreedor puede resultar satisfecho. En esos supuestos, es evidente que no podrá concederse un plazo adicional para cumplir y que la llegada de la fecha prevista sin producirse la entrega producirá sin más que prospere la acción resolutoria del contrato (81).

En este sentido, si estamos ante un incumplimiento esencial, como el cumplimiento ya no va a ser posible o útil para el acreedor, no tiene sentido que se otorgue un plazo adicional para el cumplimiento, aunque a mi modo de ver nada impide que, aun en los casos de incumplimiento esencial, el acreedor decida conceder una segunda oportunidad al deudor. En cambio, si estamos ante un incumplimiento no esencial, puede haber un conflicto de intereses

(79) Cfr. García Pérez: "El incumplimiento...", cit.
(80) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 1061.
(81) Cfr. González Carrasco: "Plazo adicional...", cit., p. 1278.

entre el interés del acreedor por poner fin al contrato y el del deudor en el mantenimiento del mismo. El fundamento de otorgar un plazo adicional para el cumplimiento puede estar entonces en ponderar el interés de ambas partes y conceder una última oportunidad al deudor para cumplir y con ello evitar la resolución del contrato (82). El incumplimiento tras el plazo adicional no tiene por qué ser importante, sino que cualquier incumplimiento en ese momento tendría ya carácter resolutorio, salvo que pudiera considerarse contrario a la buena fe y a la honradez en los tratos (83). En este sentido, si el deudor hace un ofrecimiento de pago o un cumplimiento con posterioridad al plazo adicional, el acreedor puede negarse a aceptarlo. No obstante, si el acreedor sabe en realidad que el deudor que había incumplido seguía tratando de cumplir después de dicha fecha, la buena fe exige que se advierta al deudor que la prestación ya no será aceptada. Si el deudor además preguntase al acreedor si aceptaría la prestación después del plazo adicional, la buena fe también exige que el acreedor le dé una respuesta en un plazo razonable (84).

Por tanto, aunque la concesión de un plazo adicional esté prevista para los supuestos de incumplimiento no esencial, nada impide que el acreedor pueda utilizarla y otorgar un nuevo plazo en los casos de incumplimiento esencial, pues es libre para darle una última oportunidad al deudor. Incluso es posible que el acreedor tenga dudas sobre el carácter esencial o no del incumplimiento. También en ese caso podría otorgar al deudor un plazo suplementario para cumplir.

Donde no cabría la posibilidad de dar un plazo adicional para cumplir es en los supuestos de entrega defectuosa, pues sería un supuesto de incumplimiento esencial y podría resolverse el contrato. Se trata además no solo de un incumplimiento esencial, sino también un incumplimiento muy grave.

Además al respecto es interesante recordar que en la actualidad la doctrina podemos afirmar que de manera unánime considera que la resolución con carácter general solo procede cuando estamos en presencia de un incumplimiento que tenga cierta importancia, al que se ha denominado incumplimiento resolutorio, por ese efecto precisamente que provoca de resolver el contrato. Pero no todo incumplimiento puede dar origen a la resolución, sino como afirma Pantaleón, debe tratarse de un incumplimiento de entidad y en

(82) Cfr. San Miguel Pradera: "La resolución...", cit., 2011, p. 1709.

(83) Cfr. Vaquer Aloy: "La resolución...", cit., p. 631.

(84) Así se ha considerado en los comentarios al art. 8:106 PECL, en *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II,* cit., p. 552.

tales circunstancias que, *"razonablemente, teniendo en cuenta el deber infringido y las exigencias de la buena fe, no quepa exigir al acreedor que continúe vinculado por el contrato"* (85). Por tanto, el incumplimiento tiene que ser significativo, tener cierta entidad, para que sea capaz de provocar la resolución del contrato.

Ahora bien, a la misma conclusión de poder resolver el contrato no se puede llegar en los supuestos de lo que se ha denominado "pérdida de confianza" o "desgaste mutuo". Es decir, para resolver el contrato no basta con que se haya producido un deterioro en la relación contractual (86). No es lo mismo el incumplimiento anticipado que la pérdida de confianza y por tanto no tienen las mismas consecuencias jurídicas.

De esta manera, puede concluirse que el remedio resolutorio en los supuestos de plazo adicional para cumplir cuenta con excepciones, pues se ha visto que hay supuestos en los que el acreedor puede directamente resolver el contrato sin necesidad de tener que fijar un plazo adicional para el cumplimiento al deudor. Esos supuestos se producen cuando hay un incumplimiento de la obligación bajo término esencial, y los de cumplimiento anticipado, al negarse el deudor al cumplimiento.

## VI) FUNDAMENTO DE LA CONVERSIÓN DEL RETRASO EN UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

En el derecho contractual uniforme, los tribunales pueden poner fin al contrato cuando una de las partes no cumple con sus obligaciones. Pero en muchos casos, la finalización del contrato no se contempla como algo automático o una consecuencia directa del incumplimiento, sino que el tribunal puede valorar si el contrato debe finalizar o no. De hecho, la parte que pone fin al contrato generalmente tiene que cumplir con una serie de requisitos tanto de orden material como formal antes de que el juez estime la resolución del contrato. Además, para evitar los efectos inmediatos de la resolución del contrato, se empieza a contemplar la posibilidad de contemplar instituciones que permiten a la parte incumplidora remediar su propio incumplimiento, estableciéndose las condiciones y plazos dentro de los cuales el contratante incumplidor deberá subsanar el

(85) Pantaleón Prieto: "Las nuevas...", cit., p. 1732 y 1733. SAN MIGUEL PRADERA: "La resolución...", cit., 2011, p. 1698 y 1699.

(86) Cfr. Ramos Muñoz: "Derecho uniforme...", cit.

incumplimiento. Para ello se han inspirado los textos armonizadores entre otras instituciones en la nachfrist del derecho alemán, que establece un mecanismo que permite llegar a la resolución del contrato sin provocar indefensión en la otra parte (87).

Una vez que el deudor ha incumplido, el acreedor puede otorgar un nuevo y adecuado plazo para el cumplimiento, y si el deudor vuelve a incumplir, el acreedor cuenta con el remedio de la resolución, con la posibilidad de poner fin a la relación obligatoria resolviendo el contrato. La concesión de la nachfrist debe ser convenientemente valorada por las partes del contrato, esto es, por el comprador y por el vendedor, pues puede darse la posibilidad que incluso cuando ya no estén interesados en recibir el objeto de la prestación, si tienen un nuevo plazo para cumplir puede resultarles útil para solicitar una futura resolución del contrato cuando existan dudas sobre si se trata o no de un incumplimiento esencial, de acuerdo con el art. 25 CISG. En este sentido, si se concede un plazo suplementario para cumplir de duración razonable, la parte que con posterioridad pretenda ejercitar la acción de resolución del contrato, con este nuevo plazo consigue que el incumplimiento inicial, fuera o no esencial, se transforme en esencial, a los efectos de posibilitar el ejercicio de la acción resolutoria.

En la práctica empresarial suele ser habitual admitir los retrasos razonables, por lo que la entrega tardía de la mercancía no se considera un supuesto de incumplimiento esencial. Lo que sí puede suceder es que el retraso se convierta en incumplimiento esencial a través del principio de autonomía de la voluntad, cuando las partes establezcan de manera clara en el momento de contratar, que para ellas el cumplimiento en una fecha posterior es un incumplimiento esencial, por el motivo que sea. Además, el retraso en el cumplimiento puede convertir al incumplimiento en esencial a través de la figura de la nachfrist, cuando se da el incumplimiento tras la concesión de un periodo adicional para cumplir, y a pesar de ello el deudor tampoco cumple con lo pactado. En puridad no se trata de un incumplimiento esencial, pero da lugar a la resolución del con-

(87) Cfr. Rodríguez-Rosado: *Resolución…,* cit., p. 209.

Otra figura que podría utilizarse es la del "relief against forfeiture" del derecho inglés, que sirve para impedir que una parte ejercite sus derechos que nacen como consecuencia de error, accidente o sorpresa, y en general siempre que el ejercicio de estos derechos pueda ser considerado inmoral o inadmisible. Con esta medida se previene la confiscación de los bienes. Vid. "Cláusulas que ponen fin al contrato", Aranzadi digital, BIB 2013\13973.

trato (88). En nuestro Derecho la doctrina del plazo adicional ya se venía aceptando por vía jurisprudencial, pues algunas sentencias han permitido la resolución ante el incumplimiento de los plazos de gracia concedidos extrajudicialmente (89).

La nachfrist por el hecho de establecer la posibilidad de resolver una vez que ha transcurrido el plazo adicional para cumplir, tiene la función no solo de proporcionar certeza al acreedor, sino también una segunda oportunidad al deudor, al incumplidor.

La resolución no se produce automáticamente, sino que es precisa una declaración del acreedor. El deudor puede cumplir a pesar del transcurso del plazo adicional de cumplimiento. Eso sí, una vez transcurrido el plazo de gracia concedido, el acreedor puede interponer una demanda de resolución de contrato. CARRASCO ha señalado que el deudor puede a pesar de haber transcurrido el plazo de gracia, seguir interesado en cumplir, por lo que puede preguntar al acreedor si va a ejercitar efectivamente la resolución. Para el caso de que el acreedor no le responda, el deudor podrá todavía cumplir. También en consonancia con la buena fe, este autor mantiene que si el deudor hace, transcurrido el plazo, una oferta seria de cumplimiento, y el acreedor aún no ha resuelto el contrato, éste deba aceptar la oferta de cumplimiento (90).

A efectos de interrupción de la prescripción también tiene su importancia la nachfrist, pues la fijación de un plazo suplementario para el cumplimiento comporta la interrupción extrajudicial del plazo de prescripción (91).

## VII) DURACIÓN DEL PLAZO ADICIONAL

No hay duda de que una vez que se ha otorgado el plazo suplementario para cumplir, el acreedor no tiene que demostrar que el transcurso de ese tiempo convierte el retraso en esencial, sino tan solo que el plazo ha transcurrido. No se trata de un incumplimiento esencial que faculte a la resolución sino que por el hecho de transcurrir el plazo suplementario se permite la resolución.

---

(88) Cfr. Lauroba Lacasa, M. E.: "Comentario a la sentencia del 18 de noviembre de 2013", CCJC, nº 96, 2014, BIB 2014\3402.

(89) Cfr. Tur Faúndez, M. N.: "La obligación de entrega de los bienes y la transmisión del riesgo en la compraventa de consumo (arts. 66 bis y 66 ter TRLGDCU)", La Ley Mercantil, nº 10, enero 2015, LA LEY 467/2015. Vid. al respecto STS de 18 de octubre de 2014 (LA LEY 12195/2005).

(90) Cfr. Carrasco Perera: "Plazo suplementario...", cit., 2015, p. 178.

(91) Cfr. Carrasco Perera: "Plazo suplementario...", cit., 2015, p. 178.

El problema es que en los textos internacionales y armonizadores del derecho de contratos no se fija cuál ha de ser la duración de ese plazo adicional para cumplir. Simplemente se menciona que el plazo debe ser razonable. El problema de utilizar conceptos jurídicos indeterminados da lugar a que pueda hacerse un uso discrecional de ese concepto por los operadores jurídicos y sobre todo por jueces y tribunales. Por ejemplo, en la CISG solo se dice que el plazo otorgado debe ser "razonable", en los art. 47 y 63, y lo mismo sucede en los PECL, Principios UNIDROIT, y en nuestro derecho proyectado de la PMCC.

Doctrinalmente sobre la falta de concreción de la duración del plazo adicional existen posicionamientos dispares. Por un lado, se ha señalado que no es conveniente que se establezca un plazo concreto de duración de ese plazo suplementario para cumplir, sino simplemente exigir un plazo de duración razonable, pues ello permite atender a las circunstancias concretas de cada caso (92). Sin embargo, sobre todo el ámbito del derecho de consumidores, se ha criticado que el legislador no haya determinado específicamente la duración de ese plazo adicional, sobre todo para proteger al consumidor (93).

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por razonable? Razonable considero que es sinónimo de plazo adicional suficiente, que de acuerdo con criterios objetivos, se trate de un plazo en el que el deudor pueda efectivamente cumplir su obligación. Evidentemente, como no está previsto expresamente cuál debe ser la duración de ese plazo razonable de carácter adicional, podrá ser tan largo o tan corto como el acreedor decida (94). Lo que no puede ser en ningún caso es un plazo de cumplimiento sine die.

Lo que está claro es que si la fijación del plazo adicional no tiene una duración razonable, por ser insuficiente o muy breve, hay tres posibles soluciones: o bien entender que el acreedor debe requerir de nuevo al deudor y fijar un nuevo plazo, o bien considerar que no hay que requerir de nuevo al deudor, sino que basta para poder resolver el contrato con que transcurra un plazo que sea razonable para cumplir sin que el deudor haya cumplido, o bien si a pesar de

(92) Cfr. San Miguel Pradera: "La resolución...", cit., 2011, p. 1712.

(93) Cfr. López Maza: "Comentario...", cit., p. 921. En efecto, el legislador, a diferencia de lo que sucede con el plazo ordinario de cumplimiento, en el que se establece que si las partes no han previsto nada, la entrega deberá realizarse en el plazo máximo de 30 días, en el plazo adicional no se ha establecido ninguna duración.

(94) Cfr. Zurita Herrera: "Duración...", cit.

que sea un plazo insuficiente el deudor nada opone, se entiende que lo acepta y por tanto que es razonable.

La expresión "plazo razonable" es una cuestión de hecho que fluctuará en mayor o menor tiempo dependiendo de la naturaleza de los bienes o servicios que deban prestarse y de las circunstancias del caso, como los legítimos intereses de las partes o el propósito del contrato, la conducta comercial aceptable, así como las causas que están provocando el retraso en el cumplimiento. En materia de consumidores, evidentemente con el principio de protección del consumidor de por medio, el plazo debe ser breve, porque un plazo demasiado extenso puede conducir a que el cumplimiento no satisfaga las necesidades o las expectativas del consumidor (95). Se ha señalado al respecto, que la razonabilidad se ha de valorar atendidas las circunstancias, entre las cuales estarán que el término concedido permita al vendedor atender sus obligaciones contractuales sin desmesurados esfuerzos, de acuerdo con la buena fe (96). En este sentido, puede tenerse presente lo señalado por el art. 1:302 PECL en cuanto a lo razonable, pues establece que *"lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera"* (97).

---

(95) Cfr. López Maza: "Comentario...", cit., p. 921.

(96) Cfr. López López, A.: "Comentario del art. 47", en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena,* VV. AA., Dir. Díez Picazo y Ponce De León, L., Civitas, Madrid, 1998, p. 425.

(97) Ya aludí a la cuestión del término "razonable" en Álvarez Álvarez, H.: "Lugar y tiempo del cumplimiento de las obligaciones en la armonización del Derecho Europeo de Contratos", InDret, 1/2017, p. 19. En términos similares, Llamas Pombo señala que "el plazo razonable, como concepto indeterminado, deberá interpretarse de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y, en particular, la naturaleza de las mercaderías, perecederas, de temporada, etc. Por ejemplo, en la SAP de Barcelona de 20 de junio 1997, la entrega de productos navideños (tinte para estampación) una vez transcurrida la Navidad se entendió cumplida "dentro de un plazo razonable", pese al carácter estacional de las mercaderías". En efecto esta sentencia resuelve el supuesto de impago del precio, mediando, entre otras alegaciones del comprador, la del retraso en la entrega de la mercancía. No obstante, aunque entre las partes fuese práctica usual el fijar un tiempo para la entrega, lo cierto es que respecto de los últimos pedidos, el vendedor no se comprometió a fijar fecha, tanto por la premura de los encargos, como por la cercanía de las fiestas navideñas. Esta última circunstancia podría haber

En los comentarios al art. 8:106 PECL se establece que la determinación de qué plazo de tiempo sea razonable debe dejarse en última instancia a los tribunales, y para ello deberán tenerse en cuenta varios factores como el plazo fijado en origen para llevar a cabo la prestación, en el sentido de que si en origen se trataba de un plazo corto, el plazo adicional también podrá serlo. También se tendrá que tener en cuenta la necesidad de la parte perjudicada de que la prestación sea rápida, siempre que se trate de una necesidad evidente, clara, para que la parte que ha incumplido. Evidentemente, otro factor a tener en cuenta es la naturaleza de los bienes, servicios o derechos que deban prestarse o expedirse. En este sentido, las prestaciones complicadas pueden necesitar un plazo de tiempo mayor que las que sean sencillas. Y finalmente, también los tribunales deberán tener en cuenta la situación que provocó el retraso, porque por ejemplo, si una parte no ha podido cumplir debido al mal tiempo, debería concedérsele una prórroga o aplazamiento mayor que a la parte que simplemente hubiera olvidado sus obligaciones(98).

En el CESL se dice que se considerará que el plazo adicional de cumplimiento es razonable si el vendedor (entendido como deudor, es decir, al que se le otorga nuevo plazo de cumplimiento por parte del comprador) no se opone a él sin demora indebida (art. 115.2 CESL) o, en relación con el comprador como beneficiario de ese plazo de cumplimiento otorgado por el vendedor, se entenderá que la duración del plazo es razonable si el comprador no se opone a él sin demora indebida (art. 135 CESL). Ahora bien, se añade además que en las relaciones entre un comerciante y un consumidor, el plazo adicional de cumplimiento no deberá terminar antes del periodo de treinta días.

El art. 18 Directiva 2011/83/UE se refiere a un "plazo adicional adecuado a las circunstancias".

---

supuesto implícitamente la fijación de un término esencial, de no haber sido por la aceptación del comprador de uno de los pedidos, una vez transcurridas las navidades. Así, la AP de Barcelona aplica la CISG y determina la razonabilidad del momento de la entrega, por la simple aceptación del comprador sin objeción alguna. Sentencia publicada en la Revista Jurídica de Cataluña, Jurisprudencia, 1997, nº 4, p. 111 y 112. Cfr. Llamas Pombo, E.: *La compraventa,* La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 1245*;* Tamayo Carmona, J. A.: *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e incoterms 2000,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 27 y 28.

(98) Cfr. *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II,* cit., p. 552.

Pero, ¿qué sucede si el plazo fijado por el acreedor no es razonable? Hay tres posibles soluciones como ya indiqué supra:

— la fijación del plazo es ineficaz para declarar la resolución
— el acreedor dispone del remedio resolutorio cuando transcurra un plazo razonable desde que notificó la concesión de un plazo adicional de cumplimiento, es decir, el plazo se extiende.
— Si el deudor, tras recibir la notificación del plazo adicional para el cumplimiento, nada opone, se entiende que el plazo es razonable.

La segunda de las posibles soluciones es la que se sigue en los textos de armonización del derecho de contratos y por nuestra doctrina, ya que se respeta la voluntad del acreedor otorgando plazo, y lo que sucede es que dicho plazo se va a prolongar hasta que se considere que es razonable, por lo que tanto el interés del acreedor como el del deudor quedarían protegidos (99). Para Fenoy Picón, son válidas la segunda y tercera opción, es decir, que el plazo se extiende o bien que el plazo es razonable si no se objeta, aunque se decanta por esta última posibilidad al entender que es la que ofrece mayor seguridad jurídica a las partes implicadas (100).

Se ha visto que en los textos internacionales y en la PMCC (art. 1200) se establece que no es necesario fijar plazo si el deudor ha anunciado que no cumplirá. Pero cosa diferente es fijar un plazo inadecuado, en el sentido de excesivamente breve o corto, pues equivale a no otorgar el plazo adicional, es como si no se hubiera producido. No puede por tanto fijarse un plazo en el que se sabe, a ciencia cierta, que al deudor le va a resultar imposible cumplir, o casos en los que el deudor manifiesta que no puede cumplir porque se le ha otorgado un plazo muy corto. En ese caso, el acreedor no tiene derecho a resolver el contrato, sino que tendrá que otorgar al deudor un plazo suplementario más largo. De esta manera, al considerar que la fijación de plazo es ineficaz para declarar la resolución cuando no sea una duración razonable, si se ha fijado un periodo suplementario que no sea de una duración razonable, ese plazo puede alargarse en consonancia con la duración, es decir,

(99) Art. 7.1.5 Principios UNIDROIT, art. 8:106 PECL (se establece claramente en el comentario del precepto –*Principios de Derecho contractual europeo, Partes I y II,* cit., p. 551–) y III. 3:503 del DCFR. En la PMCC nada se dice expresamente. Cfr. San Miguel Pradera: "La resolución...", cit., 2011, p. 1713; Carrasco Perera: "Plazo suplementario...", cit., 2015, p. 179.

(100) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 932.

se puede extender hasta que sea razonable. De lo que se trata es de que se otorgue un plazo que por su duración demuestre que el acreedor quiere que el deudor pueda efectivamente cumplir. Y una vez alcanzado ese plazo razonable si el deudor no ha cumplido, la parte perjudicada podrá resolver el contrato. Si se hubiera otorgado un plazo breve que podría calificarse como irrisorio, sería ineficaz y debería otorgarse un nuevo plazo para el cumplimiento. Además, el plazo será adecuado cuando el deudor no se oponga a él, entendiendo que es un plazo razonable y adecuado para cumplir con su obligación y por tanto tendrá que actuar con arreglo a la buena fe para asegurar al acreedor el cumplimiento de la obligación lo antes posible, sin dilaciones indebidas (101).

Incluso se ha señalado también que si el consumidor concede un plazo no razonable, el vendedor podrá acudir al juez para solicitar que lo determine (102).

## VIII) NOTIFICACIÓN AL DEUDOR DE LA RESOLUCIÓN. ¿RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA?

La resolución debe ser notificada al deudor para que éste tenga conocimiento de ella. La duda está en si dentro de la misma notificación de la concesión de un plazo suplementario para cumplir el acreedor puede señalar que la resolución operará automáticamente una vez transcurrido el plazo adicional, o si en cambio será necesario que una vez que ha transcurrido el plazo adicional para el cumplimiento se notifique la resolución del contrato. No hay razón para que no pueda operar la resolución automática una vez que ha transcurrido el plazo adicional y no se ha producido el cumplimiento, y así se ha recogido en los textos internacionales del derecho de contratos. Así, el art. 7.1.5 de los Principios UNIDROIT establece que *"la parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple"*. Y lo mismo se dice en el art. 8:106 del PECL, en el DCFR (III-3:507), y en el CESL (art. 115 y 135), en los que se admite expresamente que el acreedor disponga en su comunicación la resolución automática, para el supuesto de que el deudor no cumpla en el plazo que para el cumplimiento le hubiere fijado nuevamente

(101) Así lo ha manifestado LÓPEZ MAZA en relación con el derecho de consumidores y con el plazo que tiene el empresario para efectuar la entrega de la cosa en "Comentario...", cit., p. 921 y 922.

(102) Cfr. LÓPEZ MAZA: "Comentario...", cit., p. 922.

el acreedor. Se resolvería en ese caso automáticamente la relación contractual. Está claro por tanto que una vez que se ha cumplido el plazo adicional, sin más trámite la parte perjudicada podrá rechazar el cumplimiento de la otra parte.

En efecto, el art. 8:106 PECL establece que una vez que se hubiera concedido el plazo de subsanación razonable, es decir, un nuevo plazo para cumplir, el contrato podrá terminar cuando se llegue al fin del plazo, y esa terminación del contrato será automática si así se había establecido cuando se concedió el plazo adicional.

No obstante, en los PECL debe hacerse una matización, y es que se prevé en los comentarios del art. 8:106, que si el acreedor observa que, incluso después de haberse cumplido el plazo adicional, el deudor continúa intentando cumplir, de acuerdo con el principio de la buena fe es necesario comunicar al deudor que su cumplimiento fuera de plazo será rechazado. Además, se dice en los comentarios que si la parte incumplidora pregunta a la parte perjudicada si aceptaría el cumplimiento después de la fecha límite concedida para el mismo, el acreedor debe responder dentro de un plazo razonable de tiempo.

En el DCFR se prevé que se puede establecer en la notificación de la concesión del nuevo plazo adicional o prórroga del plazo, que la resolución operará automáticamente y sin necesidad de una nueva obligación, si, una vez vencido el mismo, el deudor no cumpliese con la obligación prorrogada(103).

En el CESL se recoge en dos preceptos la posibilidad de la resolución automática sin necesidad de nueva notificación. En el CESL se contempla la posibilidad de resolución tras la fijación de un plazo adicional de cumplimiento tanto en los casos de incumplimiento del vendedor como en los supuestos de incumplimiento del comprador. En el art. 115 se establece, en su nº 3 lo siguiente*: "cuando en la notificación se establezca que el contrato concluirá automáticamente si el vendedor no cumple en el plazo fijado, la resolución producirá efectos una vez finalizado el plazo sin ulterior notificación"*. Y también en el nº 3 del art. 135, se establece que *"cuando en la notificación se establezca que el contrato concluirá automáticamente si el comprador no cumple en el plazo fijado, la resolución producirá efectos una vez finalizado el plazo sin ulterior notificación"*.

También el art. 621-41 del CC de Cataluña se refiere a esta cuestión, estableciendo que la facultad de resolución del contrato se ejerce por medio de una notificación a la otra parte, salvo que en

(103) Cfr. Nanclares Valle: "Libro....", cit., p. 184.

el momento de notificar el plazo adicional para el cumplimiento, se haya establecido que la resolución es automática a su vencimiento. Sin embargo nada se dice expresamente en el PMCC ni en la CISG.

Ni que decir tiene que las comunicaciones y notificaciones a este respecto entre el deudor y el acreedor sobre la posibilidad de ampliar el plazo para el cumplimiento podrá hacerse de cualquier forma, incluida la verbal, pues no se establecen requisitos formales en ninguno de los textos del derecho contractual europeo, aunque es evidente que la carga de la prueba sobre la existencia de la comunicación o notificación pesará sobre quien la alegue (104).

Esto último relativo a la resolución automática una vez transcurrido el plazo adicional y sin necesidad de una nueva notificación al deudor, en el derecho alemán a través de la figura de la nachfrist no es posible, pues esta institución está configurada de tal manera que hay que avisar a la parte incumplidora que su cumplimiento no va a ser aceptado por la otra parte una vez que transcurra el plazo adicional otorgado para cumplir.

## IX) ¿PUEDEN CONCEDER LOS TRIBUNALES UN NUEVO PLAZO SUPLEMENTARIO PARA EL CUMPLIMIENTO?

El art. 1124.III CC conoce una especie de nachfrist de naturaleza potestativa y judicial. De acuerdo con este precepto, tras la demanda de resolución por el acreedor, el juez puede conceder al deudor un plazo de gracia de cumplimiento (105). Pero, ¿es compatible la nachfrist con el plazo que puede conceder el juez a la parte incumplidora previsto en el art. 1124.III CC?

El art. 1124 CC autoriza a los tribunales a señalar un nuevo plazo para el cumplimiento cuando concurran circunstancias justificadas para ello. La facultad resolutoria del art. 1124 CC está configurada como una opción, una alternativa al cumplimiento forzoso, que se le concede al acreedor perjudicado, el cual deberá valorar la mejor forma de satisfacer su interés lesionado. Ahora bien, una vez que se opta por la resolución, automáticamente se descarta el cumplimiento, pues el precepto le faculta para elegir entre cumplimiento y resolución, siendo totalmente compatible tanto la resolución como el cumplimiento tardío con el resarcimiento de los daños (106).

(104) Cfr. Vaquer Aloy: "La resolución...", cit., p. 632.

(105) Este plazo suplementario no es posible en la contratación mercantil, art. 61 CCo. Cfr. Carrasco Perera: "Plazo suplementario....", cit., 2015, p. 173.

(106) Si se admite, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, el

En la CISG la facultad de conceder un plazo suplementario para cumplir la tienen las partes contratantes y no puede ser utilizada por los tribunales. Es claro por tanto que la posibilidad de fijar la nachfrist está prevista solo para las partes, al no hablar en ningún momento de que sean los tribunales los que puedan fijar un nuevo plazo para cumplir. Los art. 45.3 y 61.3 CISG establecen claramente que los tribunales no pueden conceder un plazo de gracia al comprador o al vendedor cuando tras la concesión extrajudicial de un plazo razonable se ejercita la acción para resolver el contrato.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la CISG, el artículo 1124.III CC español autoriza a los tribunales para señalar un plazo suplementario para cumplir si existen causas justificadas. El art. 1124.III CC establece el régimen de la concesión de un plazo adicional judicial pese a existir causa de resolución del contrato, lo cual está justificado cuando el cumplimiento aún es posible y puede satisfacer el interés del acreedor. Lo cual lleva a pensar que en términos generales en nuestro derecho carece de carácter excepcional la resolución por incumplimiento (107).

No está claro por tanto si el juez puede otorgar un nuevo plazo de gracia cuando ya el acreedor se lo otorgó previamente, es decir, cuando le dio un plazo suplementario para cumplir tras el incumplimiento originario. Por tanto, una vez concedido la nachfrist y si el deudor sigue sin cumplir, tras demandarle judicialmente la resolución del contrato, ¿el juez puede aplicar el art. 1124.III CC y otorgar un nuevo plazo adicional?

El art. 1124.III CC no puede ser de aplicación cuando ya el deudor ha dispuesto de un plazo adicional para cumplir concedido por su acreedor. De lo contrario, se le estaría dando nuevamente un plazo para cumplir. Estaríamos ante dos moratorias en el cumplimiento, lo cual podría llegar a ser desproporcionado.

Este es el pensamiento que se deduce del moderno derecho de contratos, pues por ejemplo conforme a los PECL, la resolución del contrato se configura como un acto de la parte perjudicada por el incumplimiento, del acreedor, no es un acto ni de los tribunales ni de un árbitro (108).

---

ejercicio alternativo o subsidiario de ambas pretensiones, de cumplimiento y resolución. Vid. Llamas Pombo, E.: *Compraventa,* cit., p. 631.

(107) Cfr. García Vicente, J. R.: "Comentario a la STS de 3 de julio de 2013", CCJC, nº 95, 2014, BIB 2014\1607.

(108) Así se establece en el comentario del art. 8:106 PECL, que recoge la nachfrist. *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II, (Los trabajos de la "Comisión de Derecho contractual europeo"), Edición: Ole*

Es decir, lo más lógico es entender que si se prueba que se ha concedido expresamente un plazo adicional determinado y razonable para el cumplimiento (nachfrist), transcurrido el cual se producirá la resolución del contrato, no es justificable que el juez otorgue un nuevo plazo para el cumplimiento. No debe olvidarse además que el art. 1124.3 CC otorga al juez la posibilidad de conceder un nuevo plazo de manera muy excepcional, por lo que debería interpretarse el art. 1124 CC en el sentido expuesto de que no es razonable o no hay justificación para que el juez conceda un nuevo plazo.

Y es que el mecanismo del plazo adicional vinculado al remedio resolutorio se aplica al incumplimiento del retraso no esencial en el cumplimiento de la obligación, mientras que la resolución del art. 1124 CC opera de modo distinto, pues si el retraso en el cumplimiento no frustró el fin del contrato, no habría incumplimiento esencial, y el acreedor no cuenta con el remedio resolutorio.

Para la doctrina mayoritaria, la posibilidad de otorgar un plazo adicional se dirige a las partes y no a los tribunales, los cuales tienen vetada la posibilidad de conceder un nuevo plazo de gracia, cuando habiéndose concedido ya extrajudicialmente un plazo razonable, ejercitan la acción resolutoria. En este sentido se ha estimado que hasta que se produzca una reforma legal al respecto, no existe ningún óbice para introducir en nuestro ordenamiento interno por vía jurisprudencial la facultad resolutoria por el otorgamiento del plazo adicional a imagen y semejanza de lo que sucede en la nachfrist, y de hecho algunas sentencias han accedido a la resolución tras comprobar la existencia y posterior incumplimiento de los plazos

---

*Lando y Hugh Beale,* edición española, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 2003, p. 548.

El espíritu del Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), contempla expresamente la posibilidad de que el plazo suplementario haya sido concedido por el acreedor o por el juez, pues el art. 110, que lleva por rúbrica *"plazo suplementario y beneficio de pago mediante sucesivos plazos parciales"*, determina lo siguiente: *"1. Si un plazo suplementario ha sido concedido por el acreedor o por el juez al deudor que todavía no ha iniciado el cumplimiento, o que no lo ha efectuado sino parcialmente, el acreedor no puede hasta la expiración del término, prevalerse de los remedios indicados en los artículos siguientes, a reserva de la facultad de adoptar las medidas conservativas o de solicitar del juez una resolución de inhibición, sin perjuicio de eventuales daños y perjuicios.*

*2. Si el acreedor o el juez han acordado al deudor la facultad de fraccionar mediante plazos sucesivos el pago de la deuda, el deudor pierde tal beneficio si no efectúa también un pago que supere la octava parte de la deuda". Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo I,* cit., p. 84 y 85.

de gracia concedidos extrajudicialmente. Ahora bien, si tenemos en cuenta la literalidad del art. 1124.III CC y los términos excepcionales de la concesión del plazo judicial que contempla, es aconsejable consolidar una línea jurisprudencial en la que se estime que la prueba de la concesión expresa de un plazo adicional determinado y razonable para el cumplimiento, que provoca la resolución por el transcurso de dicho plazo, priva de justificación al otorgamiento judicial de un nuevo plazo. Es decir, no podrá acudirse a los tribunales para que señalen un nuevo plazo de cumplimiento cuando ya el acreedor otorgó extrajudicialmente un plazo adicional adecuado para el cumplimiento (109).

Esta circunstancia como digo hace dudar a la doctrina sobre la compatibilidad de este plazo adicional y razonable para cumplir concedido extraprocesalmente con la posibilidad de que los tribunales puedan volver a conceder un plazo de gracia ante la demanda judicial del contratante perjudicado por el incumplimiento (en las compraventas del consumo será el consumidor), en la que solicita la resolución del contrato (art. 1024.III CC). En estos casos se considera que el juez no puede volver a conceder un plazo de gracia a cumplir en el sentido de lo previsto en el art. 1024 CC. Este precepto determina que *"el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo"*. Está claro y así se ha recogido por la doctrina (110) que la posibilidad de fijar la nachfrist o plazo adicional que configura su incumplimiento como esencial a efectos resolutorios está previsto para las partes del contrato, no para que lo concedan los tribunales. Por tanto, si tras la concesión extrajudicial de un plazo razonable no se produce la entrega de los bienes, la acción resolutoria del contra-

(109) Cfr. Galizia Aizpurua, G., González Carrasco, M.C.: *Tratado de Contratos (Civiles, Mercantiles y Administrativos),* Tomo I, VV. AA., Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 999 y ss. González Carrasco: "Plazo adicional...", cit., p. 1280 y 1281; González Carrasco, M. C.: "Incidencia en el Derecho contractual de la Directiva 2011\83\UE sobre los derechos de los consumidores", Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 1, 2012, p. 39; Tur Faúndez: "La obligación...", cit., LA LEY 467/2015; López Maza: "Comentario...", cit., p. 922.

(110) Cfr. González Carrasco: "Plazo adicional...", cit., p. 1278; Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 806.

to deberá prosperar, no pudiendo los tribunales conceder un nuevo plazo de gracia para que la parte incumplidora cumpla.

Sin embargo discrepa CARRASCO, para quien sin perjuicio de que el transcurso infructuoso del plazo adicional revela la falta de voluntad o la imposibilidad de cumplimiento del deudor, el transcurso del plazo prejudicial no impide que el juez haga uso discrecionalmente del término de gracia que le permite el art. 1124.III CC(111).

En este sentido, considero que la concesión de un nuevo plazo para cumplir la obligación, no veda al juez la facultad de conceder nuevo plazo o de valorar si hay incumplimiento esencial justificativo de la resolución, salvo que esté muy claro que sólo está pendiente de cumplimiento la prestación de una de las partes y no puedan ya operar las excepciones de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) y la de contrato no cumplido adecuadamente (exceptio non rite adimpleti contractus).

## X) NECESIDAD DE LA NACHFRIST CON CARÁCTER GENERAL

Evidentemente, no tiene sentido acudir a la nachfrist en los supuestos en los que no tiene sentido exigir el transcurso del plazo adicional, sobre todo en los casos de denegación definitiva de la prestación, imposibilidad o cuando estemos ante un término esencial. Y de hecho estos son supuestos de excepción del plazo adicional, casos en los que la nachfrist no se aplica. Y del mismo modo, en los supuestos de incumplimiento esencial, cabe la posibilidad de que el acreedor quiera dar una nueva oportunidad al deudor para que cumpla, fijándole un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Claro está que si se concede ese plazo adicional y a pesar de ser un incumplimiento esencial, mientras dure el plazo adicional el acreedor no podrá ejercitar la resolución de la relación contractual.

Existen opiniones relevantes de varios autores favorables a la generalización de la Nachfrist y la resolución en nuestro ordenamiento jurídico, planteándose si convendría generalizar y positivar el plazo adicional para el cumplimiento unido con la resolución del contrato.

(111) Cfr. Carrasco Perera: "Plazo suplementario…", cit., 2015, p. 173. Vid. el mismo artículo pero publicado en una obra colectiva, con errata en el título, pues se refiere equivocadamente al art. 62 bis del TRLGDCU: Carrasco Perera, A.: "Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (artículo 62 bis TR LGDCU)", en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011\83\UE en los ordenamientos español y alemán",* VV. AA., Dir. Orti Vallejo y Jiménez Horwitz, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 113.

Además, ¿hasta qué punto es conveniente establecer dos regímenes distintos según se trate de una compraventa civil o de una compraventa de consumo? Porque lo que está claro es que gracias a la Directiva 2011/83/UE y su trasposición en nuestro ordenamiento jurídico (art. 66 bis TRLDGCU) contamos con la novedad de poder resolver el contrato y considerar que una vez que se ha producido el incumplimiento de la entrega de la cosa dentro del plazo adicional estamos ante un incumplimiento definitivo.

Pero a la misma conclusión no puede llegarse dentro de la compraventa civil, pues no hay un precepto en nuestro CC que contemple esta posibilidad. Por tanto, dentro del ámbito mercantil y civil que no sea relaciones de consumo, los contratantes no tienen a si disposición, al igual que sucede en el ámbito del consumo gracias a lo previsto en el art. 66 bis TRLGDCU, de un medio para convertir el retraso en el incumplimiento en esencial a los efectos de la eficacia de la resolución extrajudicial comunicada a la otra parte cuando previamente se otorgó un plazo adicional para el cumplimiento.

Por ello, un amplio sector de la doctrina se muestra partidario de generalizar en nuestro derecho la concesión de un plazo adicional al igual que el previsto en el art. 66 bis TRLGDCU. Para González Carrasco sería posible introducirlo en nuestro ordenamiento interno por vía jurisprudencial. Y para Pantaleón para dotar de una mayor certidumbre en las relaciones contractuales y para conceder a la parte incumplidora una nueva oportunidad de mantener el contrato que no dependa del arbitrio judicial *"aconsejan acoger en nuestro Derecho la regla de que la resolución solo procederá por el transcurso infructuoso de un plazo adecuado señalado por el acreedor de tal modo que el incumplidor haya de contar con la resolución a su término; salvo que sea patente lo inútil de dicha fijación de plazo, o la obligación incumplida lo fuera a término esencial, o concurran otras razones excepcionales"*. Y en la misma línea, Fenoy Picón, aun consciente de que se trata de un cambio relevante en la construcción y diseño normativo, sería muy positivo que se acogiese con carácter general la nachfrist y la resolución, porque ofrece una gran seguridad jurídica a la contratación. Ello significa que el legislador consideraría que si el acreedor ha fijado al deudor un plazo suplementario de duración razonable para cumplir y el deudor no lo lleva a cabo en él, es atendible por ley el interés del acreedor para desvincularse del contrato (112).

(112) CFR. González Carrasco: "Plazo adicional...", cit., p. 1280; Pantaleón Prieto: "Las nuevas...", cit., p. 1733. También se muestran partidarios de

No obstante, aunque en la actualidad en el derecho positivo español no se ha recogido la nachfrist o un plazo adicional para el cumplimiento con carácter general, las partes pueden, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, en el contrato celebrado, cualquiera que sea su forma, acordar el otorgamiento de un plazo adicional de gracia para el cumplimiento con las características que debe tener el mismo. Puede incluso incluirse esta posibilidad de un plazo adicional de cumplimiento en un documento de reconocimiento de deuda, a ser posible para dotarle de mayores garantías, otorgado ante notario. No obstante, ya hemos visto que de manera indirecta el art. 1124.III CC establece que los tribunales pueden otorgar un plazo de subsanación o adicional de cumplimiento en los supuestos en los que haya causa que así lo justifique. En efecto, el precepto determina que *"el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificativas que le autoricen para señalar plazo"*, por lo que dicho precepto concede a los tribunales, si hubiera causa justificada, la facultad para moderar los efectos de la resolución, al fijar un nuevo plazo al deudor para que cumpla. Evidentemente ese plazo de gracia que puede otorgar el tribunal será posible siempre y cuando la obligación no se haya hecho imposible y siempre y cuando no se haya pactado término esencial.

Ahora bien, lo ideal sería que el legislador optase por recoger expresamente en la ley la naturaleza resolutoria del incumplimiento en estos casos en los que se ha otorgado un plazo adicional, y no solo por vía jurisprudencial. Tímidamente alguna sentencia (STS de 28 de abril de 2014, de 10 de septiembre de 2012, 6 de marzo de 2013, o 14 de noviembre de 2013, entre otras(113)) han acogido

---

generalizar el plazo adicional García Vicente, cit., Fenoy Picón: "La Nachfrist…", cit., p. 806 y 1064 y ss., Álvarez Vigaray, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento,* Comares, Granada, 3ª ed., 2008, p. 260, San Miguel Pradera: *Resolución por incumplimiento…,* cit., 2004, p. 477 y ss. y Rodríguez Rosado: *Resolución…,* cit., p. 230 y ss. Para algún autor incluso resulta conveniente que la actual carencia de regulación de un plazo de subsanación o suplementario de cumplimiento se supliera recurriéndose tanto a los PECL como al DCFR. Vid. en este sentido Zurita Herrera: "Duración…", cit.

Como se ve la doctrina se ha ido posicionando en el sentido de considerar la figura del plazo adicional como conveniente en nuestro derecho, pese a que en un primer momento se llegó a considerar, en el año 1998 y con motivo del comentario del art. 47 CISG, que "hoy por hoy, los esquemas del Derecho privado interno de nuestro país están alejados de soluciones como la que formula el art. 47". Vid. al respecto López López: "Comentario…", cit., p. 426.

(113) RJ 2014\2668, 2013\2266, 2013\3150, 2013\7300, respectiva-

esta posibilidad en relación con la imposibilidad de entregar la vivienda en un plazo razonable en los casos de compraventa de vivienda, considerando el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega como causa de resolución del contrato. Se considera que hay incumplimiento por falta de consecución de la licencia de primera ocupación, cuando consta que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por presumible contravención de la legislación urbanística. En esos casos el incumplimiento se considera que reviste carácter esencial, al frustrarse las legítimas expectativas del comprador. En estos casos se atribuye eficacia o valor resolutorio a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación, la falta de cumplimiento de ese deber solo se valorará como esencial de haberse pactado en el contrato, o, en su defecto, en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística. Se otorga en estas sentencias naturaleza resolutoria a la falta de licencia de primera ocupación en la compraventa de viviendas por no poder obtenerse la misma en un plazo razonable, por lo que no puede otorgársele un nuevo plazo al vendedor para la obtención de la misma y por ende para que se produzca la entrega de la vivienda. De hecho, la jurisprudencia sobre la resolución del contrato de compraventa de inmueble en construcción (compraventa de cosa futura) por incumplimiento de entrega en el plazo pactado es abundante, sobre todo en relación con la obtención de la licencia de primera ocupación.

En estos casos no se trata de un problema de retraso en el cumplimiento de una obligación, no es un cumplimiento defectuoso, sino un incumplimiento. Si no se cumple la obligación de entrega de la cosa en el momento pactado, como se incumple la obligación se puede aplicar el art. 1124 CC y resolver el contrato. Es cierto que con respecto al plazo de entrega, el mero retraso no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimien-

mente. La primera de las sentencias citadas cita alguna más sobre esta cuestión en su Fundamento de Derecho Primero.

to. La situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, con los efectos que esta produce, pero no necesariamente a la resolución del contrato. La resolución es un remedio excepcional, frente al principio de conservación del contrato, por lo que la jurisprudencia viene exigiendo además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondiesen, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un interés jurídicamente atendible. La licencia de primera ocupación forma parte de la obligación de entrega, y de no obtenerla en el plazo pactado se incumple la obligación de entrega y se da lugar, en principio, a la resolución. No se trata de un incumplimiento definitivo, sino de un incumplimiento a secas. Se trata de un verdadero incumplimiento que no puede considerarse como un mero retraso. Al no obtener la licencia en el plazo pactado se incumple la obligación de entrega lo cual da lugar a la resolución. Se incurre en un retraso en la entrega, lo que supone un incumplimiento de lo pactado.

Sobre la misma materia, la SAP de Alicante de 11 de septiembre de 2014 (114) determina que cabe la resolución del contrato de compraventa en los supuestos en los que no se produce la entrega de la vivienda por no contar con la licencia de primera ocupación. Y además hace alusión expresa al plazo adicional o de gracia que se contempla en el art. 66 bis TRLGDCU. En el Fundamento de Derecho Cuarto, la AP establece lo siguiente: *"En definitiva lo cierto es que existió un retraso, de aproximadamente nueve/diez meses, los que van de diciembre de 2008 a septiembre de 2009, vulnerando lo pactado. La actora está pues habilitada para pedir la resolución del contrato con amparo en el art. 1124CC. Traer a colación el art. 66 bis de la LGDCU reformado por la Ley 3/2014, que fija un plazo de 30 días a partir de la fecha acordada, para que el consumidor emplace al empresario para el cumplimiento, otorgándole un plazo adicional".*

Incluso se ha señalado por algún autor que en la actualidad no es necesario proceder a un cambio legislativo para generalizar la nachfrist en nuestro sistema jurídico, siendo suficiente que el TS actuase con decisión y aprovechase su propia jurisprudencia y los elementos que ofrece nuestro ordenamiento jurídico utilizando una doctrina jurisprudencial progresiva para que nuestro sistema resolutorio tenga el plazo adicional como piedra angular. En este sentido, existen algunas sentencias que apuntan la idea del plazo adicional

(114) Nº resolución 412/2014. Ponente: A. Montalbán Avilés. CENDOJ 3328/2014. JUR 2015\56420.

como mecanismo para operar la resolución, y también hay algunos apoyos legislativos para basar este sistema, como el art. 1124.III CC, que contiene la idea de conceder una última oportunidad al obligado cuando su incumplimiento no es definitivo, y con más claridad el art. 1504 CC, referido a la resolución por impago del precio en la compraventa, entendiendo que el requerimiento va dirigido al pago y no a la resolución, a los efectos de conceder un plazo adicional y alinearlo en el campo de la nachfrist. El requerimiento del art. 1504 CC sería un requerimiento de pago (115). Sin embargo, para la mayoría de la doctrina el requerimiento del art. 1504 CC es un requerimiento de resolución, es decir, el requerimiento consistiría en que el vendedor tiene que notificar al comprador que ha incumplido el pago del precio que resuelve el contrato de compraventa. Entender que se trata de un requerimiento resolutorio no encaja con la doctrina de la nachfrist y la resolución. Pero la jurisprudencia del TS ha considerado que el requerimiento del art. 1504 CC es un requerimiento resolutorio (116).

Ahora bien, aun siguiendo la tesis del requerimiento resolutorio del art. 1504 CC, ello no excluye la posibilidad de que el vendedor y el comprador gracias al principio de la autonomía de la voluntad puedan establecer el pacto comisorio condicionándolo a que el vendedor exija en primer lugar el pago del precio antes de poder resolver el contrato. E incluso podría estipularse el pacto comisorio sin condicionarlo a esa exigencia del pago del precio y que el vendedor de manera unilateral conceda al comprador un nuevo plazo para el pago, indicándole que si no lo realiza tendrá lugar la resolución (117).

Analizando más a fondo el art. 1504 CC, el precepto contempla el pacto comisorio o de lex comissoria en la venta de inmuebles con precio aplazado, y complementa al art. 1124 CC cuando se trata de compraventa de inmuebles, constituyendo una garantía para el vendedor. El art. 1504 CC establece, en la compraventa de bienes

(115) Así lo consideran Rodríguez-Rosado (*Resolución…,* cit., p. 231) y Fenoy Picón ("La Nachfrist…", cit. p. 806 y 849), aunque la mayoría de la doctrina no comparte esta opinión.

(116) STS de 4 de julio de 2011 (RJ\2011\5964). Requerimiento que consiste en una declaración unilateral y recepticia de voluntad, debiendo tener una constancia fehaciente del conocimiento del hecho notificado, cuestión que solo se consigue cuando la forma del requerimiento se realiza judicialmente o mediante acta notarial, no siendo suficiente el burofax, al faltar la acreditación fehaciente de la efectiva recepción por el comprador de la voluntad resolutoria del vendedor.

(117) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist…", cit., p. 855 y 856.

inmuebles, que *"aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término"*. Así, el acreedor primero tiene que exigir el cumplimiento al deudor incumplidor, y si este no cumple en el plazo que le hubiera fijado, el acreedor podrá resolver la relación contractual. De esta manera, una vez que se ha efectuado el requerimiento de pago, el juez no podrá conceder al comprador un nuevo plazo o término para cumplir, siendo de aplicación preferente este precepto frente al 1124 CC, del que se ha dicho no obstante que tiene también aplicación complementaria, no se excluyen sino que se complementan. En efecto el art. 1504 CC, precepto de carácter especial, que se manifiesta en tres peculiaridades respecto a lo previsto en el art. 1124 CC que son las siguientes: en primer lugar, la finalidad que persigue el vendedor a través de la aplicación del art. 1124 CC es la del cumplimiento del contrato o su resolución, mientras que con el art. 1504 CC solo se puede optar por la resolución, lo cual no es óbice para que el vendedor de bienes inmuebles pueda ejercitar la acción del art. 1124 CC para lograr el cumplimiento contractual, descartando por tanto la aplicación del art. 1504 CC; en segundo lugar, la acción del art. 1124 CC puede suponer por la mera petición del vendedor, la resolución del contrato, mientras que en el art. 1504 CC no es así, pues el vendedor debe promover un requerimiento resolutorio; y en tercer lugar, aunque la redacción del art. 1504 CC es más benévola, que la del art. 1124 CC, ya que autoriza a pagar después de vencido el término, y hasta que se produzca el requerimiento, una vez practicado este el precepto es más severo, pues determina la resolución, sin admitirse la apreciación de causas justificadas de incumplimiento, prohibiendo de manera expresa y absoluta la concesión de un nuevo término para cumplir la obligación. Así lo ha reiterado también la jurisprudencia, en el sentido de quedar prohibida la concesión por el juez de nuevos plazos una vez producida la notificación de la resolución del contrato. El juez se ve privado de la facultad de conceder un nuevo plazo al comprador para cumplir una vez que ha sido notificada la resolución por el vendedor (118).

(118) Cfr. Martínez Sanchiz, J. A.: "Comentario al art. 1504", en *Comentario del Código Civil,* Tomo II, VV. AA., Ministerio de Justicia, 1991, p. 985; Valbuena Gutiérrez, J. A.: "Comentario al art. 1504 CC", en *Comentarios al*

En este sentido, en los supuestos en los que el vendedor no entrega la vivienda al comprador en el plazo estipulado debido a la ausencia de la licencia de primera ocupación, el TS se ha ocupado de dilucidar si ante tal incumplimiento, el comprador puede ejercitar la resolución del contrato, entre otras, en la Sentencia de 10 de septiembre de 2012 (119). El TS establece que *"para que el retraso del comprador o del vendedor en el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones pueda considerarse como supuesto de incumplimiento resolutorio se requiere que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, que sea capaz de frustrar la satisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo"*. El TS analiza si la no obtención de la licencia de primera ocupación tiene por causa su imposibilidad de obtención lo que conllevaría la frustración de las legítimas expectativas del comprador. Al respecto el TS concluye que la resolución está justificada porque subsiste la incertidumbre de si la promotora va a poder cumplir en un plazo razonable, siquiera tardíamente, con su obligación de entregar la referida licencia, al no haber logrado disipar las dudas sobre la existencia de posibles impedimentos legales para su otorgamiento.

También es cierto que la jurisprudencia no ha tenido ningún inconveniente para hacer expresa referencia a los PECL, en concreto, al art. 8:106, regulador de la nachfrist, en un asunto subsumible en el art. 1504 CC, en concreto, en la STS de 23 de julio de 2007 (120), en un supuesto en el que un Ayuntamiento mediante contrato privado y en pública subasta había procedido a la venta de un inmueble. El comprador había pagado la fianza para participar en la subasta, pero no pagó el precio de la compraventa, por lo que el Ayuntamiento le requirió notarialmente y ejercitaba la resolución de la compraventa subordinando dicha resolución a que el comprador no pagase la cantidad adeudada en el plazo que se le indicaba (121).

---

*Código Civil,* VV. AA., coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 3ª ed., 2009, p. 1764 y 1765; San Miguel Pradera, L. P.: "Comentario al art. 1504", en *Comentarios al Código Civil,* VV. AA., Dir. Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1640.

(119) RJ 2013\2266.

(120) RJ 2007\4702.

(121) Fundamento de Derecho Séptimo: *"B) En el caso examinado se produjo una situación que afectaba de modo notable a la pretensión del Ayuntamiento de agotar financiera y jurídicamente la operación de venta con arreglo al plazo estipulado para su perfección, como tenía derecho razonablemente a esperar como consecuencia del cumplimiento del contrato, y su incumplimiento no puede justificarse por las dificultades que el*

## XI) PLAZO ADICIONAL Y MORA DEL DEUDOR

La nachfrist o la fijación de un plazo adicional para el cumplimiento no tiene por objeto fijar el momento a partir el cual el vendedor se encuentra en situación de incumplimiento o cuándo se encuentra en mora debitoris (art. 1100 CC). Lo que se hace es regular cómo procederá el remedio resolutorio del comprador. El deudor incurre en mora desde que es interpelado para el pago, no cuando transcurre el plazo de cumplimiento. Para que el deudor incurra en mora no es preciso esperar a que transcurra el plazo concedido para cumplir ni tampoco conceder un plazo adicional de cumplimiento. Lo que si es cierto es que el plazo suplementario sirve como intimación para la mora, por lo que transcurrido el plazo ordinario para el cumplimiento, aunque aún no está en mora, sí que lo estará una vez que transcurra el plazo suplementario que se le haya concedido, porque a tales efectos dicho plazo actúa como si fuera la intimación del art. 1100 CC(122).

En este sentido, tampoco la mora es un requisito de la resolución por incumplimiento, y así lo ha considerado la generalidad de la doctrina. El ejercicio de la facultad resolutoria no exige que la otra parte se encuentre en mora, pues la mora solo tiene lugar cuando el cumplimiento, aunque con retraso, aún es posible y satisfactivo, y eso no ocurre en los supuestos de incumplimiento definitivo en los que cabe la resolución del contrato. Además, tampoco la mora es suficiente para proceder a la resolución en los supuestos de prestación retrasada, pues la jurisprudencia rechaza el ejercicio de la

---

*comprador haya podido padecer para reunir el efectivo necesario para el pago, pues esta circunstancia no consta que obedeciese a impedimentos razonablemente no previsibles en el momento de la conclusión del contrato. El retraso se convirtió en esencial (en los términos de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, art. 1.803.3) cuando el Ayuntamiento otorgó un nuevo término, cuya extensión no puede ser calificada de irrazonable, y el comprador no acudió a la formalización del contrato. No puede dudarse, a los efectos del ejercicio de la facultad de resolución que contempla el art. 1504 CC –exista o no pacto comisorio–, de la trascendencia de la doble incomparecencia del adquirente en los días señalados en los respectivos requerimientos. Para un ente administrativo, y más si tiene carácter representativo, como ocurre con los entes locales, resulta de gran importancia el cumplimiento de los plazos que imponen las normas de procedimiento administrativo y financiero en garantía de los intereses públicos ligados a la recta y eficaz utilización de los bienes y recursos disponibles para la comunidad vecinal".*

(122) Cfr. Carrasco Perera: "Plazo suplementario…", cit., 2015, p. 167 y 168.

resolución basada en un brevísimo retraso y a la misma conclusión habría que llegar cuando se haya constituido en mora al deudor. Sin embargo, tampoco puede afirmarse que por el hecho de no ser la mora un requisito de la resolución, se admita la resolución en los casos de retraso grave en el cumplimiento cuando la parte incumplidora no ha sido constituida en mora. Aunque exista retraso, y retraso grave, en contra de la doctrina mayoritaria, se ha defendido que solo es posible resolver una vez que se ha constituido a la parte que se retrasa en mora, de acuerdo con la buena fe, es decir, la resolución por retardo exigiría la mora(123).

## XII) RESOLUCIÓN JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL

El art. 1124 CC supone que el incumplimiento del término esencial permite la inmediata resolución de la relación contractual, aunque no lo diga expresamente, a diferencia de lo que establece el art. 66 bis TRLGDCU, pero la jurisprudencia así lo viene entendiendo(124). En cuanto a la forma de ejercicio de la resolución, existen dos posibilidades: o bien resolver mediante sentencia judicial o bien resolver mediante declaración de voluntad del acreedor. Si se opta por la vía judicial, será necesario tener una sentencia que declare la resolución. El legislador español en el CC optó por el modelo de resolución judicial, al preceptuar el art. 1124 que *"el tribunal decretará la resolución que se reclame"*, lo cual no ha sido óbice para que la jurisprudencia haya ido evolucionando en el ejercicio de la resolución por incumplimiento, ya que se puede ejercitar la resolución por incumplimiento sin ninguna exigencia de forma, simplemente dirigiéndose a la otra parte, sin perjuicio, claro está, que si la otra parte no está conforme con la resolución, deberá acudir a los tribunales para que consideren si la resolución está bien hecha y si se ajusta a derecho(125).

Por tanto, en este punto también surgen dudas sobre si debe tratarse de resolución judicial o extrajudicial del contrato, por lo que los tribunales deberían considerar que la concesión de un plazo determinado y razonable para el cumplimiento elimina la posibilidad de que el Juez otorgue un nuevo plazo, en consonancia con lo ya señalado con anterioridad y la no aplicación del art. 1124 CC cuando las partes ya han fijado previamente un plazo suplementario

(123) Cfr. Rodríguez-Rosado: *Resolución…,* cit., p. 224 y 225.
(124) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist…", cit., p. 1043 y ss.
(125) Cfr. San Miguel Pradera: "La resolución…", cit., 2011, p. 1716.

para cumplir. Lo más conveniente para todas las partes implicadas es considerar que aunque no está previsto expresamente por nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia debería seguir una línea interpretativa en el sentido de entender que si se ha concedido expresamente un plazo suplementario para el cumplimiento, determinado y razonable, una vez transcurrido el mismo se produciría la resolución, sin que sea posible un otorgamiento judicial de un nuevo plazo. Lo cual llevaría a la conclusión de que la resolución del contrato se produciría de manera extrajudicial. Una vez que se ha producido un incumplimiento de los plazos de gracia concedidos extrajudicialmente la resolución ya producida es extrajudicial y plenamente eficaz.

De lo contrario se perjudicaría a la parte cumplidora, con el perjuicio que supone pleitear ante los tribunales, solo con la dilación temporal que se produce y que le priva de acudir a un mercado alternativo que satisfaga sus expectativas frustradas, y también perjuicio para la parte incumplidora, puesto para el deudor, ante la incertidumbre de una posible concesión de un plazo, la indemnización a pagar con motivo de su incumplimiento aumentaría de manera clara. La resolución del contrato por tanto debe producirse en el momento en el que se comunique por el acreedor de manera extrajudicial al deudor que resuelve el contrato por el incumplimiento del plazo o bien fijando el día en el que tal incumplimiento tendrá lugar, que coincidirá con el último día señalado para el cumplimiento. Solo para el caso de que el deudor no considere resuelto el contrato por su incumplimiento, la intervención judicial será necesaria pero para señalar que se ha producido el incumplimiento, justo en el momento de la finalización de la nachfrist o en el momento que señaló el acreedor, pero no podrá fijarse un plazo adicional, la resolución en estos casos es extrajudicial. Y en el ámbito del derecho de consumo, solo en el supuesto de que el consumidor no haya otorgado el plazo adicional para cumplir, o cuando este no sea razonable, el juez podrá fijar un plazo adicional para el cumplimiento señalando además que se producirá la resolución del contrato en el caso de que el cumplimiento no se produzca en el nuevo plazo impuesto (126).

(126) Cfr. González Carrasco: "Plazo adicional...", cit., p. 1279 y 1280.

## XIII) REMEDIOS DE LOS QUE DISPONE EL ACREEDOR EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

En este punto partimos de la siguiente premisa: en nuestro derecho la resolución del contrato no es un remedio que tenga alcance general, sino que solo se aplica a determinadas modalidades de incumplimiento. Por tanto no todos los incumplimientos son resolutorios, sino solo los incumplimientos más graves. El remedio resolutorio es un recurso extraordinario que permite desligarse de la obligación y es uno de los remedios que el ordenamiento jurídico establece frente al incumplimiento. Pero solo puede suceder tal cosa en casos de cierta excepcionalidad, entendiendo que un incumplimiento menor no permite resolver. El problema está en determinar qué incumplimientos pueden dar lugar al ejercicio de la resolución, es decir, el incumplimiento resolutorio. Es muy difícil establecer los supuestos que dan lugar a la resolución, pues todo incumplimiento está formado por una serie de hechos y circunstancias que varían en cada caso, y además estarán condicionados por las posibilidades probatorias. Ya señalaba muy gráficamente DÍEZ-PICAZO que *"continúa constituyendo, a estas alturas de los tiempos, un insondable enigma la determinación de en qué casos los incumplimientos contractuales pueden permitir la formulación de una pretensión de resolución y en qué casos no ocurre así"* (127).

Un supuesto claro de incumplimiento resolutorio lo constituye el incumplimiento esencial del contrato y así se recoge en todos los textos de derecho uniforme (PECL, DCFR y CESL) y también en la CISG y en la PMCC (128) y en la interpretación que ha venido realizando nuestra jurisprudencia del TS, en el sentido de entender que los incumplimientos esenciales permiten la resolución del contrato de acuerdo con el art. 1124.II CC, superándose la dicción literal del precepto. En este sentido en la jurisprudencia más reciente del TS se ha pasado de centrarse en el acreedor para llegar a valorar la posición del deudor y la frustración de su interés. Tal incumplimiento es calificado como grave o esencial, pues no todo incumplimiento permite el ejercicio de la resolución. En la actualidad el TS manifiesta que la única exigencia para que el cumplimiento pueda considerarse como resolutorio es que frustre el interés del otro contratante,

(127) DÍEZ-PICAZO, L.: *Los incumplimientos resolutorios,* Thomson Civitas, 2005, p. 13.

(128) En el art. 1199 PMCC establece que cada parte podrá resolver el contrato cuando la otra parte haya incurrido en un incumplimiento que, atendida la finalidad del contrato, haya de considerarse como esencial.

con lo que se favorece el empleo de la resolución más que hace unos años, pues en la actualidad el único requisito real del incumplimiento esencial es que sea de tal entidad, que produzca la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones de la contraparte. Tiene que ser un incumplimiento sustancial, tener entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (129).

En este sentido, CLEMENTE MEORO afirma que aunque nuestro ordenamiento jurídico no se manifiesta al respecto, *"la jurisprudencia ha señalado que para el ejercicio de las acciones otorgadas por el artículo 1124 del Código Civil, no basta con cualquier incumplimiento, sino que es preciso que sea verdadero y propio, grave, esencial, de importancia y trascendencia para la economía de los interesados, o que tenga la entidad suficiente como para impedir la satisfacción económica de las partes"* (130).

También se considera un incumplimiento resolutorio el incumplimiento previsible o anticipado, pues no se puede forzar al acreedor a esperar en vano un cumplimiento sobre el que existe la certeza razonable de que no se va a producir y los supuestos de término esencial, en el sentido de que transcurrido el plazo previsto para el cumplimiento determina la pérdida del interés del acreedor en la prestación. Y por lo que respecta a las ventas de consumo, en ese ámbito la falta de conformidad se equipara a un supuesto de incumplimiento esencial, y por tanto, resolutorio (131).

En sintonía con ello, FENOY PICÓN apunta como posible mejora en la regulación de la nachfrist dentro de la PMCC que el art. 1200 PMCC se ocupe del incumplimiento por la falta de conformidad, en el sentido de que el plazo adicional y la resolución cuenten con el límite

(129) En este sentido, la STS de 26 de noviembre de 2007 (RJ 2008\28) declara que "la jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el art. 1124 del Código Civil, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, para atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato". En el supuesto enjuiciado, se consideró que el incumplimiento de los compradores carecía de entidad suficiente para frustrar el fin económico del contrato, siendo de escasa significación en relación a las cantidades ya satisfechas y al precio de la compraventa. El incumplimiento por tanto ha de ser sustancial, sin que lo sea dejar de pagar una mínima cantidad del precio.

(130) Cfr. CLEMENTE MEORO, M.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 251 y ss.

(131) Cfr. VAQUER ALOY: "La resolución…", cit., p. 629, 630 y 632 y ss.; RODRÍGUEZ-ROSADO: *Resolución…,* cit., p. 205 y 212.

extremo de la falta de conformidad de escasa importancia, y que se incluya que el acreedor puede disponer la resolución automática de la relación contractual para el supuesto de que el deudor incumpliera. Por ello, si el deudor comunica que no cumplirá, no es preciso esperar al transcurso del plazo adicional (132).

Pero también hay que tener presente que uno de los principios básicos del nuevo derecho de contratos europeo es el de la conservación del contrato, por lo que la resolución no es un remedio principal, por lo que se pretende que el deudor cumpla con su obligación. En este contexto el retraso en el cumplimiento no es suficiente por sí mismo a efectos resolutorios, el mero retraso en el cumplimiento no es por sí solo una causa de resolución del contrato, a no ser que se trate de un incumplimiento esencial. Así, con la finalidad de conservación del contrato, se permite al deudor cumplir retrasadamente subsanando así su incumplimiento. De tal manera que para que exista un incumplimiento resolutorio será necesario acudir a la fijación de un periodo adicional para subsanar el incumplimiento inicial (133). Ahora bien, a pesar de concederse ese plazo adicional para el cumplimiento, no por ello el acreedor va a perder el derecho a exigir los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento. No se produce la condonación de esos daños y tampoco constituye prueba de su no existencia (134). Y una vez transcurrido el plazo adicional y no cumplida la obligación, procederá la resolución del contrato.

Nuestro derecho no cuenta con una regla general de plazo adicional o suplementario como condición necesaria para que el acreedor pueda reclamar la resolución del contrato, aunque por aplicación de la CISG en la práctica podrá acudirse a la figura de la nachfrist. En efecto, nuestro derecho positivo no ha recogido esta posibilidad con carácter general, tan solo, como se ha visto, en materia de consumidores para el contrato de compraventa (art. 66 bis TRLGDCU) y en el art. 32 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

Con carácter general, la resolución del contrato lleva aparejada una consecuencia indemnizatoria o reparadora por los daños ocasionados. Así, una vez producida la resolución del contrato, la parte cumplidora y que se ve perjudicada por el incumplimiento de la otra

(132) Cfr. Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 1066.
(133) Cfr. Vaquer Aloy: "La resolución...", cit., p. 630.
(134) Cfr. López López: "Comentario...", cit., p. 425 y 426.

parte, puede solicitar el resarcimiento por los daños y perjuicios causados. Así se establece tanto en la regulación del CC actual como en los textos internacionales armonizadores en materia de contratos (135).

De igual manera, cuando se sucede el plazo adicional dado por el acreedor para cumplir y el deudor tampoco cumple con su obligación en ese nuevo plazo de gracia, el acreedor puede poner en funcionamiento todos los remedios previstos para el caso de incumplimiento. En este sentido, la concesión de un plazo adicional para cumplir no significa que se limiten los diferentes remedios de los que disponía la parte perjudicada por el incumplimiento, por lo que una vez transcurrido el plazo adicional, y siempre que no se haya establecido la resolución automática al vencimiento, el acreedor puede emplear cualquiera de los remedios, además de la retención de su propia prestación. Asimismo, mientras esté vigente el plazo adicional para cumplir, no es posible que la parte ejercite ningún remedio que sea incompatible con la posibilidad de cumplir la prestación. No se puede por tanto ejercitar por el acreedor los remedios por incumplimiento que contradigan la finalidad de la concesión de plazo. Evidentemente, sí que puede ejercitar la suspensión total o parcial del cumplimiento de su propia prestación, pero no podrá ni exigir el cumplimiento judicial al deudor, ni resolver la relación contractual, porque ello iría en contra de la concesión del plazo al deudor para que cumpla. Ahora bien, la concesión del plazo adicional para el cumplimiento no implica que el acreedor renuncie a la indemnización de los daños que el retraso le cause, sino que conserva este remedio. Por lo que si finalmente el deudor cumple en el plazo adicional, el acreedor aunque ya no podrá resolver el contrato, sí que podrá exigir la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el retraso en el cumplimiento. Y una vez que transcurre el plazo adicional sin que el deudor haya cumplido su prestación, el acreedor recobra el remedio de la resolución (136).

Pero no todo incumplimiento permite, de entre los remedios que existen, optar por el ejercicio de la acción resolutoria. Hay que determinar qué incumplimiento permite resolver el contrato y cual no. Para ello ya he señalado que existe una reiterada jurisprudencia que manifiesta que para provocar la resolución no basta con cualquier

(135) Art. 1202 PMCC, art. 45 y 75 CISG, art. 7.3.5 Principios UNIDROIT, art. 8:102 y 9:506 PECL y DCFR III– 3:102, 3:509, 3:706 y 3:707.

(136) Cfr. Vaquer Aloy: "La resolución...", cit., p. 632; Fenoy Picón: "La Nachfrist...", cit., p. 932 y ss.

incumplimiento. Hay determinados incumplimientos que dada su envergadura posibilitan la resolución, entendida como el mecanismo ultimo de tuición del acreedor perjudicado. Y se considera como último remedio en aras del más eficiente tráfico jurídico en el que rige el principio de conservación de los contratos. Para que se dé el incumplimiento resolutorio tiene que ser un incumplimiento esencial (inicialmente se refería a un incumplimiento grave), atentatorio a la finalidad perseguida por el contrato, carente de justificación, continuado, duradero e inequívoco. Se trata de aquel incumplimiento que no permite al contratante obtener aquello que se le debe, no permite alcanzar la finalidad perseguida por el contrato o la finalidad o el fin económico y social del contrato. No cabe resolución por los meros atrasos, o por los incumplimientos meramente parciales, o relativos a deberes accesorios, tangenciales o adicionales, aunque también es cierto que en determinadas ocasiones la jurisprudencia ha declarado la resolución cuando el incumplimiento de una obligación accesoria provoca el incumplimiento de la principal, o si se producen graves consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación accesoria, también se ha declarado la resolución (137).

Con estos mismos problemas se ha encontrado también el sistema alemán, a la hora de precisar el carácter resolutorio de un incumplimiento. Con todo, se puede concluir que de acuerdo con el BGB, salvo en los casos de término esencial o de denegación definitiva de la prestación, la resolución se admite cuando quien pretende ejercitarla ha concedido a la parte incumplidora un plazo adicional para cumplir. Pero incluso en los supuestos de incumplimiento parcial o defectuoso, se exigen unos requisitos adicionales, como son la inutilidad de la prestación parcial (cuando se pretenda la resolución total) o la relevancia del defecto cometido. Con este sistema, se observa que la pieza central es el plazo adicional, y se logra que la parte contractual perjudicada por un incumplimiento pueda servirse ampliamente del remedio resolutorio, evitando que la otra parte, la incumplidora, pueda reprocharle haber recurrido a la resolución de forma apresurada. Pese a todo, también en el Derecho alemán se ha observado que hay supuestos en los que el plazo adicional plantea problemas. Es el caso de los cumplimientos defectuosos, que tras el transcurso del plazo no han sido objeto de corrección. En ese caso, el párrafo quinto del parágrafo 323 BGB establece que sólo cabrá

(137) Cfr. Lauroba Lacasa: "Comentario...", cit.; San Miguel Pradera, L. P.: "Comentario al art. 1124", en *Comentarios al Código Civil,* VV. AA, Dir. Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1248.

entonces la resolución cuando el defecto sea relevante, con el problema de la indeterminación del concepto "relevante", que deberá ser concretado por el juez. Sin embargo, a pesar de estos problemas, la nachfrist es un instrumento eficaz que permite un empleo razonable del remedio resolutorio (138).

Siguiendo la nachfrist del sistema alemán, en la CISG, se establece que durante la vigencia del plazo suplementario, el acreedor no puede ejercitar ningún remedio frente al incumplimiento, salvo la indemnización de los daños y perjuicios por la demora en el cumplimiento (art. 47 y 63 CISG). En los Principios UNIDROIT, se establece que durante la vigencia del plazo, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su prestación y reclamar la indemnización de daños y perjuicios, pero no puede ejercitar ningún otro remedio, incluida la resolución (art. 7.1.5). El DCFR (III-3:103) y los PECL (art. 8:106) también se manifiestan en este sentido.

Pero una vez transcurrido el plazo adicional sin que el deudor cumpla, el acreedor sí que tiene a su disposición todos los medios previstos con carácter general para el incumplimiento, es decir, puede optar por la reducción del precio o incluso por el cumplimiento. Cuando se concede un plazo adicional por el acreedor no significa que esté optando por la resolución del contrato (art. 7.1.5 Principios UNIDROIT, 8:106 PECL y DCFR III-3:103).

En la PMCC líneas generales, los remedios o las posibilidades con las que cuenta el acreedor ante el incumplimiento del contrato por parte del deudor, son el cumplimiento forzoso, la reducción del precio, la resolución de la relación contractual, y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Todo ello junto el derecho que tiene el deudor de subsanar su incumplimiento. De ello se ocupa el art. 1190 de la PMCC (139).

Ahora bien, en cuanto a las consecuencias que tiene la fijación del plazo suplementario para cumplir respecto de los remedios de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento, en la PMCC nada se dice expresamente, aunque se ha señalado que debería establecerse expresamente que durante la vigencia del plazo el acreedor mantiene la posibilidad de suspender el cumplimiento de su propia obligación y de exigir una indemnización por los daños y perjuicios causados, pero no puede hacer nada más frente al incumplimiento.

(138) Cfr. Rodríguez-Rosado: *Resolución…,* cit., p. 211.

(139) Vid. más ampliamente Fenoy Picón, N.: "La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento", ADC, tomo LXIX, 2011, p. 1489 y ss.

De igual manera, debería señalarse expresamente que una vez que ha transcurrido el plazo y el deudor no ha cumplido, el acreedor ya dispondría de todos los remedios frente al incumplimiento, puesto que con la concesión de un plazo adicional, no se está optando propiamente por uno de ellos, pudiendo solicitar una reducción del precio o el cumplimiento. El hecho de que se conceda un plazo adicional no significa que el acreedor esté optando por la resolución, sino que al finalizar ese plazo adicional, podría solicitar la resolución del precio o incluso el cumplimiento (140).

En el ámbito del derecho de consumo, además de proceder a la resolución del contrato cuando el comerciante no haya entregado el bien dentro del plazo adicional para el cumplimiento, el art. 18.4 Directiva 2011/83/UE establece que el consumidor *"podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional"*, luego en esta materia de remedios a disposición del consumidor en caso de resolución no hay armonización. Hay que tener muy presente que en materia de consumidores cabe la resolución cuando el deudor no realiza la entrega en el plazo adicional que le otorga el acreedor, y también de acuerdo con el art. 66 bis TRLGDCU, en los casos en los que sin concesión de ese plazo adicional, el deudor ha rechazado entregar los bienes o cuando el plazo de entrega sea esencial. Por tanto el consumidor no puede resolver directamente el contrato, sino que debe conceder un plazo adicional, salvo que el plazo inicial se haya establecido como esencial o cuando el comerciante haya manifestado que no va a realizar la entrega.

## XIV) VALORACIÓN FINAL

El retraso en el cumplimiento de las obligaciones no es propiamente dicho un incumplimiento esencial del contrato. Supone una novedad la conversión de un mero retraso no esencial en la obligación de la entrega de la cosa en un contrato de compraventa en un incumplimiento esencial por el hecho de haber concedido un plazo extrajudicial por parte del comprador (acreedor). Es decir, el hecho de conceder un plazo adicional o suplementario para cumplir transforma un retraso en un incumplimiento esencial, que faculta al comprador a resolver el contrato, por el incumplimiento en ese plazo adicional.

Nuestro derecho no cuenta con una regla general de plazo adicional o suplementario como condición necesaria para que el acreedor

(140) Cfr. San Miguel Pradera: "La resolución...", cit., 2011, p. 1712.

pueda reclamar la resolución del contrato, aunque por aplicación de la CISG en la práctica podrá acudirse a la figura de la nachfrist y también cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad las partes así lo acuerden. Pero nuestro derecho positivo no ha recogido esta posibilidad con carácter general, tan solo, como se ha visto, en materia de consumidores para el contrato de compraventa (art. 66 bis TRLGDCU), y solo para los supuestos de falta absoluta de entrega.

Por ello, pese a que en nuestro ordenamiento jurídico en materia de remedio resolutorio solo se ha incorporado la nachfrist a las compraventas de consumo, sería conveniente dar un paso más e incorporar al derecho positivo la nachfrist y la resolución con carácter general, pero teniendo en cuenta que la nachfrist y la resolución cuentan con excepciones. La primera de ellas sería la del incumplimiento de la obligación bajo el término esencial, pues en ese caso se permite al acreedor proceder inmediatamente a la resolución de la relación contractual. Ello en consonancia con el principio general de que el incumplimiento esencial permite la resolución de la relación contractual. La segunda excepción serían los supuestos de incumplimiento anticipado, cuando el deudor manifiesta que no va a cumplir, el acreedor puede inmediatamente resolver la relación contractual, en cuyo caso no será necesario esperar al transcurso del plazo adicional otorgado para el cumplimiento, porque ya se sabe de antemano que el deudor no va a cumplir, porque así lo ha manifestado. En estos casos no tiene cabida la concesión de un plazo adicional con el remedio resolutorio.

En efecto, el incumplimiento en la obligación de entrega para transformarlo en incumplimiento esencial y por tanto resolutorio será posible no solo en los supuestos en los que se haya fijado un nachfrist o un plazo adicional para cumplir, sino también cuando el vendedor haya declarado de manera inequívoca que se niega a entregar los bienes, incluso antes de que transcurra el plazo de que dispone para el cumplimiento ordinario, y también cuando el plazo para cumplir la obligación sea esencial, pues en ese caso el mero retraso no da lugar a la fijación de un plazo adicional, convirtiéndose también el incumplimiento en resolutorio. Por tanto en estos supuestos se puede decir que la nachfrist y la resolución tiene excepciones, o dicho en otras palabras, no es necesario tener que fijar un plazo adicional para el cumplimiento y el acreedor puede directamente resolver el contrato cuando se incumple una obligación bajo término esencial y cuando se produce una negativa del deudor al cumplimiento.

Sería también muy conveniente que esa incorporación con carácter general de la nachfrist en nuestro sistema se regulase expresamente qué sucede durante la vigencia del plazo adicional, en el sentido de establecer una norma que regule la concesión del plazo adicional por el acreedor para el cumplimiento y sus efectos, disponiendo que vigente el plazo adicional razonable para el cumplimiento, el acreedor no podrá ejercitar ninguno de los remedios por incumplimiento que sean contrarios con el otorgamiento del plazo adicional.

la doctrina se ha planteado si el plazo adicional que puede otorgar el consumidor extraprocesalmente de carácter razonable al empresario para que realice la entrega es compatible con la posibilidad de que el juez vuelva a conceder un plazo de gracia ante la demanda de resolución del contrato instada por el consumidor, ya que tras la concesión de ese plazo adicional por el consumidor el mero retraso se convierte en un incumplimiento esencial tras el transcurso de dicho plazo adicional. Ello porque el art. 1124 CC establece que *"el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo"*.

Lo que a juicio de la doctrina no es posible es que sea compatible ese plazo adicional con el hecho de que el juez conceda un nuevo plazo de gracia ante la demanda de resolución del contrato presentada por el consumidor tras esa concesión de un plazo adicional extraprocesal que convierte el retraso en un incumplimiento esencial (art 1124 CC, ya que de acuerdo con este precepto solo cabe la resolución del contrato en los casos de que el incumplimiento sea relevante). En efecto, tanto la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, así como la nachfrist del derecho alemán, permiten que sean las partes las que fijen un plazo adicional, no los tribunales. Los tribunales deben tener vedada la posibilidad de conceder un plazo de gracia al comprador o al vendedor cuando tras la concesión extrajudicial de un plazo razonable se ejercite una acción resolutoria del contrato. Por tanto, la concesión por el juez de un nuevo plazo para el cumplimiento iría en contra de lo previsto en los textos internacionales y armonizadores mencionados y la interpretación correcta de nuestro ordenamiento jurídico, así como de nuestro proceso de ejecución, que debe llevar también

a considerar que un nuevo plazo adicional de gracia no podrá ser concedido por el juez (141).

Por tanto, si se ha fijado por las partes la nachfrist, el juez no podrá dar un nuevo plazo adicional para cumplir de acuerdo con lo previsto en el art. 1124 CC. Es decir, la concesión por el acreedor de un plazo adicional para cumplir o entregar la cosa veta la posibilidad de que el juez fije un nuevo plazo adicional para cumplir. El retraso en el cumplimiento adicional trasforma el mero retraso en un incumplimiento esencial. Para evitar estas dudas sería muy conveniente que nuestro derecho positivo se pronunciara expresamente sobre esta cuestión estableciendo que cuando se ha concedido ya un plazo suplementario para el cumplimiento, el juez no puede darle otro nuevo plazo al contratante incumplidor, aunque bien es cierto que en la actualidad, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los jueces pueden considerar que por el hecho de haberse concedido un nuevo plazo para cumplir la obligación, no tienen vetada la facultad de conceder nuevo plazo o de valorar si hay incumplimiento esencial justificativo de la resolución, salvo que esté muy claro que sólo está pendiente de cumplimiento la prestación de una de las partes y no puedan ya operar las excepciones de contrato no cumplido y la de contrato no cumplido adecuadamente.

Cuando haya habido un retraso en el cumplimiento que no pueda considerarse esencial porque dicho retraso no ha supuesto consecuencias graves para la parte perjudicada, dicha parte puede resolver el contrato tras la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento. Ahora bien, incluso cuando el retraso y por tanto el incumplimiento fuera esencial, y a pesar de que el acreedor tiene derecho a resolver el contrato de forma inmediata, es posible que no quiera hacerlo. En efecto, puede preferir el cumplimiento correcto del deudor, siempre y cuando se lleva a cabo dentro de un determinado plazo que otorga el acreedor al deudor como última oportunidad de cumplir. Eso sí, llegado el final de ese nuevo plazo, el acreedor no pierde el derecho a resolver el contrato. De hecho ese incumplimiento del nuevo plazo otorgado le faculta a resolver el contrato, el retraso se convierte en remedio resolutorio.

La resolución del contrato es extrajudicial, se produce en el momento en el que transcurre el plazo adicional fijado para cumplir. Solo habrá que acudir a los tribunales para el caso de que el deudor no acepte esa resolución, pero el juez deberá limitar su pronun-

(141) Cfr. González Carrasco: "Incidencia de...", cit. p. 39 y ss. y "Plazo adicional...", cit., pág. 1278.

ciamiento a señalar de manera declarativa que la resolución ya se produjo en el último día del plazo supletoriamente establecido para el cumplimiento. Solo se tratará de una resolución judicial cuando no se haya fijado un plazo extrajudicial por las partes para el cumplimiento o cuando se haya fijado pero este no sea razonable.

A mayor abundamiento y para terminar, solo resta señalar que con este recurso a la nachfrist el deudor tiene una segunda oportunidad para cumplir, y la ventaja que tiene es que el acreedor no tiene que esperar a que el juez estime si ha habido un incumplimiento esencial. Se evita la inseguridad jurídica, es decir, la imprevisibilidad de la decisión judicial, y también los costes de transacción derivados del proceso. Con ello se ahorra el acreedor un proceso judicial que puede ser largo y costoso y de resultado incierto. Pero la protección no es solo para el acreedor, sino que el deudor consigue un tiempo adicional para cumplir la prestación, por lo que sería conveniente que se generalizase en nuestro ordenamiento jurídico el modelo de la nachfrist (142).

(142) Cfr. Arroyo Amayuelas, "El derecho...", cit., p. 216 y 217.

# EL ENVÍO DE CANTIDADES A UNA CUENTA DEL NOTARIO CON DESTINO AL PAGO DE COMPRAVENTAS U OTROS NEGOCIOS JURÍDICOS: PLANTEAMIENTO JURÍDICO Y ECONÓMICO

**ÁLVARO DELGADO TRUYOLS**

Notario de Palma de Mallorca

**Resumen:** La libre circulación de personas y la internacionalización de las actividades económicas está incorporando a la práctica notarial española hábitos y documentos usuales en otros países de nuestro entorno. Uno de esos hábitos es la remisión al notario de fondos con destino al pago de operaciones inmobiliarias o mercantiles que se van a documentar con su intervención. Nuestro Reglamento Notarial ofrece cobertura normativa a esos depósitos notariales de dinero, cuyos requisitos técnicos, económicos y de responsabilidad se pretenden esbozar en el presente estudio.

**Palabras clave:** Actas notariales, envío de cantidades al notario, depósito notarial, transacciones internacionales.

**Abstract:** The free movement of people and the internationalization of economic activities are incorporating procedures and documents used in other countries in Spain's notarial practice. One of these practices is the remission of funds destined for the payment of real estate or commercial operations to the notary that will be documented with his intervention. Our Notarial Regulation sets out a legal framework for these notarial deposits of money. This study analyzes the technical, economic and liability features of these notarial deposits.

**Keywords:** Notarial deeds, remission of funds to the notary, notarial deposit, international transactions.

**ÍNDICE:**

A) INTRODUCCIÓN A LA MATERIA

B) ASPECTOS DOCUMENTALES: LA PRAXIS NOTARIAL

C) ASPECTOS ARANCELARIOS: LA RETRIBUCIÓN DEL DEPÓSITO

D) ASPECTOS ECONÓMICOS: LA CUENTA INSTRUMENTAL O FIDUCIARIA DEL NOTARIO

E) EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

F) ANEXO DOCUMENTAL: MODELOS DE ACTAS NOTARIALES DE DEPÓSITO

## A) INTRODUCCIÓN A LA MATERIA

El notariado español se ha caracterizado desde tiempos remotos por ser pionero en incorporar a la práctica jurídica del Derecho privado, dentro siempre de sus competencias y sobre la base de la interpretación evolutiva de antiguos preceptos legales o reglamentarios, nuevas figuras que responden a exigencias de los tiempos y que se adaptan a las demandas de la moderna contratación inmobiliaria o mercantil. Dos ejemplos muy citados de esa innovadora actividad notarial han sido los ya clásicos de la propiedad horizontal o las sociedades de responsabilidad limitada, donde la labor notarial configuró dichas instituciones y ha ido creando una consolidada doctrina que ha ido ensanchando el ámbito de aplicación, y especialmente de utilidad, de una normativa en origen muy limitada, escueta y poco casuística.

En los tiempos actuales, el fenómeno de la globalización, la libertad de circulación entre ciudadanos miembros de la Unión Europea, y las nuevas modalidades de trabajo a distancia, que permiten a muchas personas desempeñar sus labores profesionales o laborales a miles de kilómetros de su centro empleador mediante el empleo de medios telemáticos, han generado un fenómeno generalizado de adquisición de bienes inmuebles y sociedades mercantiles en te-

rritorio español por personas de origen extranjero, que en tiempos compraban viviendas con fines vacacionales, y ahora adquieren propiedades o negocios para establecer su núcleo de operaciones familiar e incluso laboral o profesional, en un país que les ofrece importantes comodidades de comunicaciones, seguridad, clima y calidad general de vida. Esta incorporación al mercado inmobiliario y societario español de un buen número de ciudadanos extranjeros ha traído consigo también la incorporación de nuevos usos y nuevas prácticas en el mundo jurídico procedentes de sus países de origen, que el notariado español –como no podría ser menos– está incorporando de una forma prudente pero paulatina al mundo de la contratación inmobiliaria y mercantil, utilizando para eso la cobertura de determinados preceptos ya existentes en nuestro marco legal y reglamentario.

Uno de los usos o prácticas que está proliferando de una forma creciente en determinadas zonas costeras españolas, especialmente en aquéllas de frecuente contratación inmobiliaria por parte de ciudadanos extranjeros, consiste en que bien éstos, o bien las entidades bancarias que les financian en su país de origen, soliciten enviar a una cuenta del Notario que va a autorizar sus escrituras públicas determinadas cantidades de dinero, que se destinarán al pago de parte o de la totalidad del precio de las compraventas o de otros negocios jurídicos en las que dichos ciudadanos extranjeros van a ser adquirentes o inversores. Tal envío de fondos tiene como objetivo fundamental acreditar ante la parte vendedora la seriedad en la oferta de compra y en la intención de adquirir por parte del remitente de los mismos.

Hay que decir que no se trata de un fenómeno nuevo ni desconocido en la actividad notarial de los países de la Unión Europea, sino realmente de una práctica importada de los Notariados del Norte de Europa, muy habitual en Alemania, Bélgica, Holanda, Francia y en los países escandinavos (Suecia, Dinamarca, Noruega). Realmente, lo que se está produciendo en los últimos años en ciertas partes de España (Islas Baleares, especialmente en Mallorca e Ibiza) es que determinados ciudadanos –que proyectan adquirir bienes inmuebles en España– pretenden incorporar a la praxis notarial española hábitos ya consolidados, permitidos y regulados en los Notariados de sus países de origen para los procesos de adquisición de bienes.

El procedimiento utilizado en la práctica para el envío de tales cantidades a la cuenta del Notario suele ser el siguiente:

— La agencia inmobiliaria intermediaria en una operación inmobiliaria (normalmente de compraventa), o bien el asesor legal o fiscal de la parte inversora, indican al inversor o comprador los datos personales y el número de cuenta bancaria instrumental del Notario donde van a documentar su escritura, datos que el Notario les ha facilitado con anterioridad. El comprador o compradores transfieren a dicha cuenta instrumental una cantidad de dinero que representa las arras, un porcentaje del precio (usualmente el 10%) o la paga y señal acordados en un previo contrato privado de reserva, arras o compraventa. En ocasiones, por algún motivo especial (aunque no es lo usual en la práctica), se realiza la transferencia del importe total del precio acordado, e incluso de los gastos e impuestos de la operación.

— El Notario, con carácter previo, ha indicado a los intermediarios o asesores inmobiliarios su número de cuenta bancaria instrumental o fiduciaria destinada a estos depósitos, estableciendo unas condiciones de admisión (procedencia de la persona que va a comprar, no admisión de su realización desde jurisdicciones de riesgo, condiciones escritas para su aceptación y entrega, destino de los fondos y coste de los honorarios notariales por el depósito).

— En el momento de la firma de la escritura de compraventa, el Notario, siguiendo las instrucciones del depositante, emite contra su cuenta instrumental uno o varios cheques o transferencias con destino a la parte vendedora, a los intermediarios, al pago de impuestos o gastos, o a los asesores de las partes.

— En el caso de no llevarse a efecto la compraventa por cualquier causa, el Notario pone a disposición de las partes la cantidad depositada para que decidan qué hacer con ella. Si hay acuerdo entre ambas, procede según le indiquen. Si no lo hay, la depositará ante la autoridad judicial. Si el depósito ha sido unilateral, procede a devolver los fondos al remitente de los mismos siguiendo sus instrucciones. Todo lo acordado por las partes en contrato o acuerdo privado que sea ajeno al conocimiento del Notario no vincula a éste. Lo acordado por las partes ante el Notario en acta notarial le vincula de forma plena. Si hay discordancia entre lo acordado en el contrato privado y en el acta notarial, frente al Notario prevalecerá lo estipulado en ésta en todo caso, por aplicación de la doctrina establecida en el **artículo 1230 del Código Civil** (*"los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra tercero"*), siendo el Notario un tercero en este caso.

— En determinadas ocasiones, el transferente de los fondos es una entidad financiera extranjera, que ha concedido un préstamo en

su país a la parte compradora, y que los transfiere al Notario con el fin de que los entregue para el pago del precio de la compraventa en el momento en que se firme ésta, normalmente seguida de la constitución de una garantía hipotecaria a favor de la entidad remitente de los fondos, la cual requiere comunicación de dichas operaciones posteriormente al Notario, una vez consumadas.

— Todas esas transferencias de fondos deben documentarse oportunamente bien en acta notarial bien en la propia escritura de compraventa. El problema se presenta a menudo cuando la remisión de los fondos a la cuenta instrumental del Notario se realiza anticipadamente por personas residentes en el extranjero que sólo se desplazarán a la Notaría en un momento posterior, el día de la firma de la escritura de compraventa. Ante esta situación, surgen varias posibilidades:

* O no documentar el depósito en acta notarial, y hacerlo sólo en la escritura de compraventa, solución que considero que no es la más aconsejable, por la desprotección tanto para el transferente de los fondos como para el Notario receptor de los mismos en la que queda durante un tiempo un envío de cantidades que pueden ser importantes, aparte de los incumplimientos en los que se puede incurrir desde el punto de vista tributario (el Notario tiene durante un lapso temporal en su cuenta instrumental ciertas cantidades sin justificarlas documentalmente) y en cuanto a la normativa de prevención del blanqueo de capitales.

* O documentar el acta sin la presencia del remitente de los fondos, bien con la comparecencia de su intermediario inmobiliario, asesor legal o fiscal, o mandatario (con poder suficiente, o con mandato verbal sujeto a ratificación en el momento de la firma de la compraventa), o bien realizándola el Notario por sí sólo con la fórmula del “por mí y ante mí”, y sujeta también a la ratificación por el remitente de los fondos en el momento de la firma de la escritura que documente el negocio final.

Dadas las importantes implicaciones jurídicas, económicas y de responsabilidad que esta novedosa práctica supone para el notariado español, es preciso realizar un estudio lo más completo posible de esta materia, al que quiero colaborar mediante este trabajo inicial que pretende sentar o aclarar los aspectos jurídicos y económicos básicos de la cuestión, susceptible de ser completado y desarrollado posteriormente con diferentes aportaciones de otros compañeros.

Entrando en el examen del tema, es preciso tener muy en cuenta tres consideraciones previas:

1) Que la razón fundamental que explica esta solicitud de recepción de fondos realizada al Notario español radica en la mayor confianza que genera a los usuarios del tráfico inmobiliario la custodia notarial de su dinero a todos los efectos, tanto si el contrato llega en su día a consumarse como si no, frente a otras alternativas que los particulares interesados aprecian como menos seguras y confiables, tales como remitir los fondos directamente a la parte vendedora, o a su propio abogado o asesor, o a la agencia inmobiliaria intermediaria en la operación. Por ello, se trata en el fondo de una importante demostración de confianza en la función notarial, que el Notariado español no debe en mi opinión minusvalorar ni rechazar, a pesar de los riesgos y responsabilidades que conlleva, los cuales deben ser objeto de estudio detallado y de una cierta unificación práctica de criterios y procedimientos.

2) Que, de conformidad con la vigente Legislación Notarial, y a diferencia de otras actuaciones del Notario español, ésta no es una actividad reglada y sujeta a la obligación del Notario de prestar su ministerio (**artículo 3 del Reglamento Notarial**), sino discrecional, ya que el Notario español tiene la facultad de aceptar voluntariamente cualquier depósito de bienes o de fondos (**artículo 216 del Reglamento Notarial**). Según doctrina establecida por la **DGRN** en **Resolución de 16 de junio de 2003 (Servicio Notarial)**, reiterando el criterio de las anteriores de **5 de diciembre de 1961** y **26 de abril de 1994**, el carácter voluntario de la aceptación del depósito determina su régimen jurídico, que quedará regulado básicamente por la normativa civil, quedando fuera del ámbito funcionarial y de la regla general de obligatoriedad de prestación de la función notarial. Su naturaleza será la de un verdadero contrato de depósito, que se regulará por las estipulaciones previstas por los contratantes y por las normas del contrato de depósito establecidas en los **artículos 1758 a 1784 del Código Civil**. Siguiendo esa doctrina, el papel del Centro Directivo queda circunscrito al control del cumplimiento de los requisitos reglamentarios o al control de la posible responsabilidad disciplinaria del Notario como consecuencia indirecta de su responsabilidad civil. En parecidos términos se había manifestado el **Tribunal Supremo** en **Sentencia de 6 de febrero de 1964**, diciendo que el contrato de depósito era ajeno a toda relación de subordinación jerárquica del funcionario autorizante respecto a su Administración superior, constituyendo un problema ex-

clusivamente de derecho común. Todo ello deberá tenerse muy en cuenta a la hora de estudiar las repercusiones de esta figura en el seguro de responsabilidad civil del Notario.

3) Y que, si el Notario lo acepta, tiene la obligación de que dicho encargo y todas sus particularidades, cláusulas y condicionantes quede documentado bien en acta notarial (**artículo 217 del Reglamento Notarial**) o bien en la forma documental que considere apropiada (luego examinaremos esta cuestión), ya que el Notario español no puede realizar ningún tipo de actuación como tal –y la que es objeto del presente trabajo lo es, ya que recibe los fondos con destino al pago total o parcial del precio de una compraventa no como funcionario pero sí por ser Notario– sin que su actuación quede reflejada documentalmente (**artículos 17.1 de la Ley del Notariado y 144 del Reglamento Notarial**).

El examen de esta novedosa figura jurídica, aunque somero por la especial naturaleza del presente trabajo, debe referirse necesariamente a cuatro aspectos: los técnico-jurídicos, los arancelarios, los económico-financieros y los relativos a su trascendencia desde el punto de vista del seguro de responsabilidad civil.

De lege ferenda, dadas las particularidades de la presente acta de depósito, que documenta una verdadera relación contractual en la que el Notario es parte, tal vez sería aconsejable promover una regulación reglamentaria separada de las mismas respecto de la contenida en los artículos **216 y 217 del Reglamento Notarial** relativa a las demás actas de depósito, al estilo de lo que se hizo con el artículo **209 bis del Reglamento Notarial,** regulador de las actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato.

## B) ASPECTOS DOCUMENTALES: LA PRAXIS NOTARIAL

Existen dos formas fundamentales de reflejar documentalmente por parte del Notario español la recepción de una cantidad en depósito con destino al pago del precio de un determinado negocio jurídico: bien reflejarlo en la propia escritura que documenta el negocio (normalmente una escritura de compraventa) o bien reflejarlo con carácter previo en un instrumento separado (normalmente un acta notarial que refleja el depósito y las condiciones para su entrega o devolución al depositante). Ambas formas son perfectamente admisibles de conformidad con la vigente legislación notarial, aunque tal vez sería oportuno o conveniente, sin pretender condicionar la libertad de cada Notario para elegir la forma documental más apropiada

–según su criterio– para el negocio cuya formalización le ha sido encomendada, unificar en cierto modo la praxis notarial, dadas las importantes implicaciones de este tipo de operaciones en muchos otros ámbitos como el arancelario, el económico-financiero o el de responsabilidad civil.

En mi opinión, sometida por supuesto a cualquier otra mejor fundada, el documento separado (acta notarial de depósito) presenta indudables ventajas prácticas respecto de la posibilidad de su reflejo en el propio instrumento que documenta el negocio final. Y tales ventajas son:

— Su propia cobertura y regulación reglamentaria en el **artículo 216 del Reglamento Notarial**, que dice literalmente que *"Los notarios pueden recibir en depósito… las cantidades que se les confíen, bien como prenda de contratos, bien para su custodia"*, añadiendo que *"La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante…"*. Y también en el **artículo 217 del Reglamento Notarial**, que dice literalmente que *"Cuando los notarios aceptaren los depósitos en metálico…. Se extenderá un acta que habrán de firmar el depositante o persona a su ruego… 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".* De todo lo cual resulta que se trata de un instrumento público reglamentado y perfectamente admisible a voluntad del Notario, para el que nuestra legislación notarial parece imponer la forma de acta.

— Una mayor claridad y precisión en la encomienda recibida, en las condiciones para la entrega del dinero o su devolución y en el origen de los fondos depositados, ya que todo ello queda perfectamente delimitado con la intervención habitual de una sola de las partes contratantes (la que envía el dinero), que da al Notario concretas instrucciones sobre cómo proceder.

— Permite también que no sólo sea un depósito unilateral, sino documentado con la intervención de ambas partes contratantes en el negocio final para acordar y fijar con precisión al Notario autorizante las condiciones de entrega, total o parcial, a una parte o a otra de las cantidades depositadas.

— Una conveniente y esclarecedora separación de las instrucciones del depósito respecto del clausulado propio del negocio final, que puede ser muy complejo y que supone conceptualmente la intervención de personas o entidades ajenas a la cantidad depositada,

que en principio nada tienen que ver con las especificaciones que al Notario haya dado la parte pagadora. Y permite también mantener una cierta confidencialidad respecto de las condiciones puestas al Notario para la entrega de los fondos respecto de la otra parte contratante en el negocio final.

— Posibilita establecer, con el consentimiento del Notario, un calendario de pagos con la cantidad depositada en los casos de compra de una vivienda en construcción o de ejecución de alguna reforma por la parte vendedora.

— Y aporta una indiscutible utilidad en los casos de falta de perfección o de consumación del negocio final, por desistimiento o incomparecencia de una de las partes o desacuerdo entre ambas, ya que permite documentar la recepción y, en su caso, la devolución del depósito, describiendo detalladamente el rastro seguido por los fondos (tanto origen como destino), con especial trascendencia en estos supuestos por lo que se refiere a la normativa de prevención del blanqueo de capitales, ya que dicha acta notarial dará fehaciencia de todo ello al no existir escritura que documente el negocio final (compraventa u otro tipo de inversión). En este caso resultaría materialmente imposible documentar el depósito en una escritura que finalmente no ha llegado nunca a firmarse.

Resulta pertinente plantear también aquí otros problemas prácticos que pueden plantear estos depósitos ante Notario, para tratar de unificar la praxis notarial:

1) El primero de ellos es el de la cantidad a depositar puesta en relación con la inversión total a realizar por el depositante en el negocio final. Cabría plantearse la posibilidad de regular la admisión por parte del Notario exclusivamente de un porcentaje sobre el precio total del negocio final (normalmente una compraventa), es decir, si sólo debería aceptarse en depósito notarial un 10%, un 15% o un 20% del total importe a pagar, o si debe ser admisible recibir la cantidad total, e incluso los gastos e impuestos de la operación. La libertad de admisión y la actuación discrecional y no funcionarial del Notario en estos casos puede inclinarnos por admitir esta segunda posibilidad. No obstante, otras consideraciones relativas a la responsabilidad civil del Notario depositario o a la materia aseguradora pueden aconsejar fijar un límite o un porcentaje máximo en la cantidad a admitir, o incluso una cuantía máxima en general. O distinguir cuando la cantidad la envía una entidad de crédito que financia la

adquisición del bien, permitiéndose su recepción total, de cuando la envía un particular, sujetándola a limitaciones cuantitativas.

2) Y el segundo es el de la posible discordancia de lo estipulado en el acta notarial de depósito con otras condiciones acordadas por las partes en pacto de arras o en contrato privado de compraventa, lo que puede dar lugar a problemas para el Notario depositante o incluso a la amenaza de una contienda judicial cuando las partes no se pongan de acuerdo en cuál de ellas es la responsable de la falta de consumación del negocio final. Como antes hemos comentado, si el depósito ha sido exclusivamente unilateral lo más conveniente es proceder a devolver los fondos al remitente de los mismos siguiendo sus instrucciones, ya que todo lo acordado por las partes en contrato o acuerdo privado ajeno al Notario no vincula a éste. Por su parte, lo acordado por las partes ante el Notario en acta notarial bilateral sí que le vincula de forma plena. Si hubiere alguna discordancia entre lo acordado en el contrato privado y en el acta notarial, frente al Notario prevalecerá lo estipulado en ésta en todo caso, por aplicación de la doctrina establecida en el **artículo 1230 del Código Civil**, siendo el Notario un tercero en este caso. Al carecer el Notario de facultades judiciales, y tener que proceder siempre conforme a instrucciones previamente recibidas, siempre le quedará la posibilidad de realizar una consignación judicial de los fondos depositados en los casos en los que falte acuerdo en las actas bilaterales, tenga serias dudas sobre la interpretación de las instrucciones recibidas, o haya sido advertido del inicio de un procedimiento judicial entre las partes interesadas.

### C) ASPECTOS ARANCELARIOS: LA RETRIBUCIÓN DEL DEPÓSITO

Otro tema de interés en la praxis notarial es el de la retribución del depósito. De conformidad con el **artículo 217 del Reglamento Notarial**, *"respecto a los depósitos en efectivo a que se refiere este artículo, el notario no podrá obtener para sí, el depositante o tercero rendimiento de las cantidades depositadas. A tal fin deberá abrir una cuenta específica no remunerada, sin que el notario pueda desempeñar funciones de gestión respecto de dicho efectivo, cheque o fondos"*. Una correcta interpretación de este precepto reglamentario supone las siguientes consideraciones:

— Lo que el Reglamento Notarial quiere decir no es que el Notario no pueda cobrar su actuación como tal mediante la facturación del documento por él autorizado, que sí puede hacerlo, sino que

no puede obtener para sí o para terceros intereses o rendimientos económicos producidos por las cantidades ante él depositadas, bien de forma individual o bien acumuladas a otros depósitos que se le hayan encomendado.

— Por esa razón se le impone reglamentariamente la utilización para tales depósitos dinerarios de una cuenta bancaria especial, llamada cuenta instrumental o fiduciaria, que tiene que ser no remunerada en forma alguna por parte de la entidad financiera.

— Tampoco se permite al Notario gestionar, manejar, movilizar o invertir dichos fondos para fines diferentes a su mera conservación para el objeto para el cual se le ha encomendado el depósito, que es el pago de una cantidad determinada en un negocio final a interés del depositante.

— Cuestión diferente es la retribución de la actuación notarial relativa a la custodia de los fondos depositados y a la redacción del documento que refleje el depósito y sus condiciones, normalmente un acta notarial. En cuanto a ello hay que aclarar que, en consonancia con lo antes indicado acerca de la aceptación voluntaria y el carácter meramente contractual y no funcionarial de la intervención del Notario en estos casos, entre las condiciones que libremente puede poner el Notario para hacerse cargo del depósito, conforme al **artículo 216 del Reglamento Notarial**, está la de fijar libremente sus honorarios. Nada regula respecto a este tipo de documentos el **Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, regulador del Arancel de los Notarios**, que sólo recoge, en su Número 6.1, las cantidades a percibir por el Notario en caso de depósito del testamento cerrado u ológrafo.

No obstante, en las **Normas interpretativas y complementarias del Arancel Notarial publicadas por el Consejo General del Notariado** se indica textualmente lo siguiente en la regulación de la minutación de las actas notariales (pág. 4): *"e) De depósito. Entre las condiciones que libremente puede imponer el notario para hacerse cargo del depósito, conforme al art. 216 del Reglamento Notarial, parece evidente que está la de fijar, también libremente, sus honorarios. Sin embargo, en evitación de los inconvenientes de la absoluta libertad, puede indicarse para caso de falta de convenio previo, en depósitos de cuantía, la aplicación del número 2 del Arancel, reducido al quince por ciento cuando sea de dinero en metálico".* En definitiva, el CGN se limitó a establecer un criterio orientativo para evitar la absoluta disparidad en los honorarios notariales en este tipo de intervenciones, criterio que es bastante utilizado en

la práctica de los lugares donde se dan a los Notarios este tipo de encomiendas.

### D) ASPECTOS ECONÓMICOS: LA CUENTA INSTRUMENTAL O FIDUCIARIA DEL NOTARIO

La cuenta bancaria abierta a nombre del Notario donde se reciben los fondos de los indicados depósitos, que es llamada en Alemania *Treuhandkonto* (cuenta de garantía o fiduciaria), debe cumplir los siguientes requisitos, algunos de los cuales ya hemos comentado anteriormente al estudiar lo regulado en el Reglamento Notarial:

— Se trata de una cuenta abierta a estos solos efectos, totalmente independiente de las demás cuentas de las cuales el Notario sea titular, incluso de las utilizadas para depositar las provisiones de fondos encomendadas a la notaría.

— Debe ser una cuenta corriente, no a plazo ni una cuenta de fondos o valores, y estar no remunerada en forma alguna por parte de la entidad financiera.

— El Notario no puede realizar inversiones con los fondos depositados, ni movilizarlos en forma alguna, y sólo puede acometer operaciones de recepción y pago de fondos, según las instrucciones recibidas, mediante cheques bancarios o transferencias, quedando restringida respecto a esta cuenta la operativa bancaria habitual.

— La cuenta tiene que aperturarse, con pleno conocimiento y acuerdo con la entidad financiera, como una cuenta instrumental o fiduciaria destinada a recibir fondos de terceras personas con destino a operaciones que van a documentarse ante el Notario titular, y sujeta a los plenos controles que la normativa de blanqueo de capitales exige a tales entidades, sin que éstos queden atenuados por ser dicha cuenta de titularidad del Notario.

— El Notario debe acordar con la entidad financiera el rechazo de cualquier envío de fondos procedente de jurisdicciones de riesgo y la aportación de información sobre los remitentes de cantidades a la cuenta instrumental.

— Se ha planteado teóricamente, a efectos de un mayor control del uso de los fondos depositados, la posibilidad de que se trate de una cuenta abierta a nombre del Colegio Notarial respectivo, o bien del Consejo General del Notariado y no del Notario depositario de los fondos, el cual actuaría sólo como un mero autorizado para su disposición siguiendo las instrucciones de los depositarios. Sin embargo, consideramos que la apertura y la operativa de una cuenta con

tales características resultarían demasiado complejas y escasamente prácticas debido a cuestiones como la información requerida por la entidad financiera sobre datos del transferente (conocidos sólo por el Notario), la necesidad de agilidad en su manejo e inmediatez en la disposición de los fondos y en la expedición de cheques o transferencias, y el control de sus movimientos por personas ajenas a la notaría y vinculadas al Colegio Notarial o al CGN, que implicaría la necesidad de contratar y formar personal especializado al efecto.

— También se ha planteado la posibilidad de abrir una cuenta para cada depósito de fondos concreto, lo que plantea igualmente problemas prácticos de enjundia, ya que amplía enormemente el número de cuentas a controlar, dificulta la inmediatez de las operaciones y exige, por aplicación de la normativa bancaria, la aportación cada vez que se abra una cuenta de una ingente cantidad de documentación.

— No obstante, resultaría altamente conveniente que cada Notario proporcionase a la Junta Directiva de su Colegio Notarial una plena identificación de sus cuentas de garantía o de depósitos, indicando la entidad financiera, oficina, número de IBAN y titularidad de las mismas, para facilitar labores de información, control, supervisión e incluso el ejercicio de eventuales facultades sancionadoras en caso de mal uso de las mismas.

— Y no estaría de más que los Notarios usuarios de estas cuentas instrumentales estuvieran sujetos a la obligación de remitir a su Colegio Notarial un informe anual de su saldo y movimientos, o incluso de estar las cuentas de este tipo sujetas a una Auditoría obligatoria o aleatoria ordenada periódicamente por la respectiva Junta Directiva o, en su caso, por el CGN.

## E) EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El Pleno del Consejo General del Notariado celebrado el pasado 26 de mayo de 2018 acordó aprobar las condiciones y suscribir una póliza colectiva de seguro de responsabilidad civil, separada de la póliza obligatoria que cubre la actividad ordinaria del Notario, y destinada a ser suscrita por los Notarios que habitualmente realizan actividades de gestión documental o de depósito de fondos dinerarios. La póliza tiene como tomador individual a cada Notario que la suscriba, pero es una póliza colectiva que ofrece mejores condiciones de cobertura y económicas. Y fue adjudicada inicialmente, tras superar el oportuno concurso, a la aseguradora XL CATLIN. Todos los Notarios que realizan alguna de esas actividades que podríamos

denominar “paranotariales” están obligados a poner en conocimiento de su respectivo Colegio Notarial esa actuación, y éste controlará y recordará la suscripción del correspondiente seguro.

El citado acuerdo del CGN supone, aparte de una adecuada regulación de la cobertura de los riesgos económicos de estas actuaciones, un reconocimiento expreso de la admisibilidad de la intervención notarial en estas dos delicadas materias: la de la gestión de los documentos por él autorizados (que incluye pago de impuestos, registro, etc.) y la de depósito de cantidades destinadas a las operaciones a autorizar en las notarías. Queda claro que ambos tipos de actuaciones requieren un especial deber de diligencia, ya que el Notario maneja fondos dinerarios ajenos en cuantías importantes, por lo que resulta altamente conveniente que sus responsabilidades queden cubiertas con este seguro específico que se añade al obligatorio que ya cubría la actuación notarial ordinaria.

## F) ANEXO DOCUMENTAL: MODELOS DE ACTAS DE DEPÓSITO

Acompaño a este trabajo dos modelos de acta notarial, uno de acta otorgada unilateralmente por la parte remitente de los fondos a la cuenta instrumental del Notario, y otro de acta bilateral con acuerdo de ambas partes contratantes estableciendo las condiciones de entrega de los fondos a una o a otra, según se produzcan diferentes grados de cumplimiento del contrato base. Estos tipos de actas ofrecen muchas posibles variantes, y un clausulado que va desde los casos más simples y habituales, recogidos en los modelos aquí incorporados, hasta los más complejos, que pueden reflejar hasta un calendario de entregas o de pagos diferidos en las adquisiciones de propiedades en construcción o de ejecución, e incluso penalizaciones o repartos a una parte o a otra según las diferentes modalidades de cumplimiento de las obligaciones pactadas, o previendo posibles incumplimientos parciales en los contratos de ejecución compleja.

———ACTA DE DEPÓSITO UNILATERAL———

NÚMERO

En Palma de Mallorca, mi residencia, a *

Ante mí, **ÁLVARO DELGADO TRUYOLS**, Notario del Ilustre Colegio de las Islas Baleares,

———COMPARECE:———

**DON/DOÑA ***

**INTERVIENE:** En su propio nombre y derecho.

Le/la identifico por exhibición de su citado documento de identidad y tiene, a mi juicio, la capacidad legal necesaria y el interés legítimo para esta actuación notarial, por la que

———DISPONE:———

**PRIMERO.–** Que me requiere a mí, el Notario para que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 216 y 217 del vigente Reglamento Notarial, **RECIBA EN DEPÓSITO** la cantidad de *** EUROS**, cuya suma ha sido transferida desde su cuenta nº * en la entidad bancaria *, a la cuenta fiduciaria abierta a nombre del Notario autorizante de la presente acta en la entidad bancaria *, número IBAN ES*, quedando unido a esta matriz el justificante de la recepción de dicha transferencia.

Dicha suma, me manifiesta la parte requirente del acta, va a ser destinada a la compra del siguiente bien inmueble:

**URBANA: ***

DATOS REGISTRALES: *

REFERENCIA CATASTRAL: *

**SEGUNDO.**– Que también me requiere para que entregue dicha cantidad, mediante cheques bancarios nominativos o transferencias bancarias, el día de la firma ante mí de la escritura de compraventa de la finca citada, a la parte vendedora o a las demás personas o entidades vinculadas con la operación que ese día me indicará**.**

ACEPTO el requerimiento, que cumplimentaré reflejando mis actuaciones en diligencias a continuación de la presente. Y advirtiéndole de que en el caso de no formalizarse la operación, procederé a la devolución de la cantidad depositada con la sola detracción de mis honorarios notariales, de los que le he informado, a la cuenta bancaria desde los que me los remitió, lo que acepta expresamente.

**PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL**:

El/los compareciente/s queda/n informado/s y acepta/n la incorporación de sus datos personales a los ficheros automatizados existentes en la Notaría, que se conservarán en la misma con carácter confidencial, sin perjuicio de las remisiones que sean de obligado cumplimiento. Su finalidad es la adecuada formalización del presente instrumento público, su contabilización, facturación y seguimiento posterior, y las demás funciones propias de la actividad notarial.

La identidad y dirección del responsable es la siguiente: NOTARIO: El autorizante. DIRECCIÓN: *.

**OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN**:

Así lo otorga, previa su lectura, se ratifica y firma conmigo, el Notario, que de cuanto queda consignado en este instrumento público, extendido en su requerimiento inicial en * folios de papel exclusivo para documentos notariales, números *, doy fe.

**DILIGENCIA DE ENTREGA DEL DEPÓSITO**: El día * yo, el Notario, siguiendo instrucciones de la parte requirente del depósito, que firma conmigo la presente diligencia, procedo a hacer las siguientes entregas de cantidades procedentes de la cantidad depositada ante mí, mediante cheques bancarios nominativos con cargo a mi cuenta fiduciaria abierta en la entidad bancaria *, número IBAN ES*, protocolizando con la presente copia de los cheques emitidos:

1) A **DON/DOÑA ***, parte vendedora en la compraventa de la finca antes descrita, la cantidad de *, como pago del precio.

2) A la entidad *****, inmobiliaria intermediaria en la operación de compraventa de la finca antes descrita, la cantidad de *, como pago de sus honorarios profesionales.

3) A la entidad *****, gestoría que va a tramitar la operación de compraventa de la finca antes descrita, la cantidad de *, como provisión de fondos para la gestión.

Y, no teniendo nada más que hacer constar, doy por terminada la presente diligencia, que leo al requirente del acta y firma conmigo, el Notario, que de todo lo contenido en el presente instrumento público, extendido en * folios de papel exclusivo para documentos notariales, números *, doy fe.

**DILIGENCIA DE DEVOLUCIÓN DEL DEPÓSITO**: El día * yo, el Notario, siguiendo instrucciones de la parte requirente del depósito, que firma conmigo la presente diligencia, al no haberse formalizado la operación de compraventa por *, procedo a devolver la cantidad depositada mediante transferencia bancaria desde mi cuenta instrumental abierta en la entidad bancaria *, número IBAN ES* a la cuenta de la cual me fue enviada, deduciendo la cantidad de * euros que corresponden a los aranceles notariales de la presente acta, y protocolizando con la presente copia de la indicada transferencia y de mi factura de honorarios.

Y, no teniendo nada más que hacer constar, doy por terminada la presente diligencia, que leo al requirente del acta y firma conmigo, el Notario, que de todo lo contenido en el presente instrumento público, extendido en * folios de papel exclusivo para documentos notariales, números *, doy fe.

———ACTA DE DEPÓSITO BILATERAL———

NÚMERO

En Palma de Mallorca, mi residencia, a *

Ante mí, **ÁLVARO DELGADO TRUYOLS**, Notario del Ilustre Colegio de las Islas Baleares,

———COMPARECE:———

**DON/DOÑA * (parte vendedora)**
**Y DON/DOÑA * (parte compradora)**
**INTERVIENEN:** Todos en su propio nombre y derecho.

Les identifico por exhibición de sus citados documentos de identidad y tienen, a mi juicio, la capacidad legal necesaria y el interés legítimo para esta actuación notarial, por la que

———DISPONEN:———

**PRIMERO.–** Que ambas partes comparecientes me requieren a mí, el Notario para que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 216 y 217 del vigente Reglamento Notarial, **RECIBA EN DEPÓSITO** por parte de **DON/DOÑA *** la cantidad de *** EUROS**, cuya suma ha sido transferida desde su cuenta nº * en la entidad bancaria *, a la cuenta fiduciaria abierta a nombre del Notario autorizante de la presente acta en la entidad bancaria *, número IBAN ES*, quedando unido a esta matriz el justificante de la recepción de dicha transferencia.

Dicha suma, me manifiestan que va a ser destinada a la compra por parte de **DON/DOÑA *** del siguiente bien inmueble, que es propiedad de **DON/DOÑA ***:

**URBANA: ***

DATOS REGISTRALES: *

REFERENCIA CATASTRAL: *

**SEGUNDO.**– Que también me requieren para lo siguiente:

1) En el caso de que se firme ante mí la escritura de compraventa en un plazo que no podrá exceder del día * a las * horas, para que entregue dicha cantidad depositada, mediante cheques bancarios nominativos o transferencias bancarias, a la parte vendedora o a las demás personas o entidades vinculadas con la operación que ese día me indicarán**.**

2) En el caso de que no se lleve a cabo la firma de la indicada escritura de compraventa dentro del indicado plazo:

— Si es por incomparecencia o negativa de la parte vendedora, para que devuelva dicha cantidad depositada a la parte compradora, a la misma cuenta de procedencia de los fondos.

— Y si es por incomparecencia o negativa de la parte compradora, para que entregue la cantidad de *** EUROS** a la parte vendedora mediante cheque bancario nominativo, en concepto de cláusula penal libremente pactada entre ambas partes o indemnización por el incumplimiento, y devuelva el resto a la parte compradora, a la misma cuenta de procedencia de los fondos.

3) Y para que * (se pueden regular distintas modalidades de incumplimiento).

ACEPTO el requerimiento, que cumplimentaré reflejando mis actuaciones en diligencias a continuación de la presente. Y advirtiéndoles de que en el caso de graves discrepancias sobre el cumplimiento o incumplimiento que no me permitan determinar con claridad cómo tengo que proceder con la entrega de los fondos, pese a las instrucciones recibidas, los depositaré ante la autoridad judicial para que decida qué hacer con ellos, con la sola detracción de mis honorarios notariales, de los que les he informado a ambas partes y han aceptado expresamente.

**PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL**:

El/los compareciente/s queda/n informado/s y acepta/n la incorporación de sus datos personales a los ficheros automatizados existentes en la Notaría, que se conservarán en la misma con carácter confidencial, sin perjuicio de las remisiones que sean de obligado cumplimiento. Su finalidad es la adecuada formalización del presente instrumento público, su contabilización, facturación y seguimiento posterior, y las demás funciones propias de la actividad notarial. La identidad y dirección del responsable es la siguiente: NOTARIO: El autorizante. DIRECCIÓN: *.

**OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN**:

Así lo otorgan, previa su lectura, se ratifican y firman conmigo, el Notario, que de cuanto queda consignado en este instrumento público, extendido en su requerimiento inicial en * folios de papel exclusivo para documentos notariales, números *, doy fe.

**DILIGENCIA DE ENTREGA DEL DEPÓSITO**: El día * yo, el Notario, siguiendo instrucciones de la parte requirente del depósito, que firma conmigo la presente diligencia, procedo a hacer las siguientes entregas de cantidades procedentes de la cantidad depositada ante mí, mediante cheques bancarios nominativos con cargo a mi cuenta fiduciaria abierta en la entidad bancaria *, número IBAN ES*, protocolizando con la presente copia de los cheques emitidos:

1) A **DON/DOÑA ***, parte vendedora en la compraventa de la finca antes descrita, la cantidad de *, como pago del precio.

2) A la entidad *****, inmobiliaria intermediaria en la operación de compraventa de la finca antes descrita, la cantidad de *, como pago de sus honorarios profesionales.

3) A la entidad *****, gestoría que va a tramitar la operación de compraventa de la finca antes descrita, la cantidad de *, como provisión de fondos para la gestión.

Y, no teniendo nada más que hacer constar, doy por terminada la presente diligencia, que leo al requirente del acta y firma conmigo, el Notario, que de todo lo contenido en el presente instrumento público, extendido en * folios de papel exclusivo para documentos notariales, números *, doy fe.

**DILIGENCIA DE ENTREGA Y DEVOLUCIÓN DEL DEPÓSITO**: El día * yo, el Notario, siguiendo instrucciones de las partes requirentes del depósito, al no haberse formalizado la operación de compraventa en el plazo indicado por *, procedo a devolver la cantidad de *** EUROS** mediante transferencia bancaria desde mi cuenta instrumental abierta en la entidad bancaria *, número IBAN ES* a la cuenta de la cual me fue enviada, deduciendo la cantidad de * euros que corresponden a los aranceles notariales de la presente acta, y protocolizando con la presente copia de la indicada transferencia y de mi factura de honorarios. Y entrego la cantidad de *** EUROS**, mediante cheque bancario nominativo librado contra mi cuenta instrumental antes indicada, a la parte vendedora en concepto de cláusula penal pactada e indemnización por el incumplimiento en el plazo pactado, quien firma conmigo en prueba de conformidad.

Y, no teniendo nada más que hacer constar, doy por terminada la presente diligencia. Y yo, el Notario, de todo lo contenido en el presente instrumento público, extendido en * folios de papel exclusivo para documentos notariales, números *, doy fe.

# LA CUESTIONADA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS PARA DELIMITAR LOS USOS PERMITIDOS EN SUS ELEMENTOS PRIVATIVOS

**María del Mar Manzano Fernández**
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Córdoba

**Resumen:** La propiedad de una vivienda en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal ofrece ciertas particularidades en relación a la propiedad de una vivienda unifamiliar o individual. La Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo vienen sosteniendo que la descripción y la expresión del destino de un elemento del inmueble como local o vivienda no es vinculante para el propietario por mucho que goce de la publicidad registral, pues la delimitación del uso supone una restricción a las facultades del propietario, que está legitimado para determinar el desarrollo del uso que desee, siempre que esté permitido por la normativa urbanística y no haya sido prohibido expresamente por las normas que la reglamentan. El presente trabajo trata de fundamentar que la descripción registral sí es determinante y que no puede entenderse que todo lo no prohibido estatutariamente está permitido.

**Palabras clave:** PROPIEDAD HORIZONTAL, ESTATUTOS, LIMITACIÓN Y PROHIBICIÓN USOS, ELEMENTOS PRIVATIVOS.

**Abstract:** Owning a home in a building of condominiums provides certain peculiarities related to owning a single-family or individual home. The Registrar and Notary Directorate General and the Supreme Court hold that the description and the expression of the purpose of an area of the property such as business space or a home is not binding for the owner even in the case of public registries, given that restrictions on use imply a restriction on owner authority, which is legitimized to determine the desired use being carried out, as long as it is allowed by city-zoning regulations and has not been clearly prohibited by regulative rules. This paper aims to substantiate that a registered description is decisive and

it cannot be understood that everything that is not expressly prohibited in the statutes is allowed.

**Keywords:** CONDOMINIUM, STATUTES, LIMITATION AND PROHIBITION OF USE, PRIVATE AREAS

**SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN Y PUNTO DE PARTIDA

II. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD Y EL USO DE LOS BIENES
1. Los límites institucionales del uso por el propietario
2. Los límites sociales del uso: la llamada función social de la propiedad

III. LOS USOS EN DERECHO URBANÍSTICO

IV. EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y LA POSIBILIDAD LEGALMENTE PREVISTA DE ESTABLECER LIMITACIONES DE USO

V. LA ADECUADA EXPRESIÓN DE LAS LIMITACIONES DE USO ESTABLECIDAS ESTATUTARIAMENTE PARA ASEGURAR SU EFICACIA. ¿ES SUFICIENTE LA DESCRIPCIÓN DEL INMUEBLE?

VI. RÉGIMEN DE LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS MODIFICATIVOS DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. LA REGLA DE LA UNANIMIDAD

VII. LA NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO DEL PROPIETARIO AFECTADO

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

## I. INTRODUCCIÓN Y PUNTO DE PARTIDA

Como punto de partida para exponer las cuestiones que pretendo poner de manifiesto, tomaré una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado y una Sentencia del Tribunal Supre-

mo. En los dos casos se enjuicia una materia controvertida y que es fuente de conflictos en el desenvolvimiento de las comunidades de propietarios: las prohibiciones o limitaciones de uso de los elementos privativos en la propiedad horizontal y la necesidad o no de autorización unánime de la Junta de Propietarios para esta alteración, así como la viabilidad de regular estatutariamente ciertos usos y cómo hacerlo.

La Resolución de 27 de julio de 2018(1), por la que se suspende la inscripción de una modificación de estatutos de edificio en régimen de propiedad horizontal resume su doctrina en lo siguiente: "La junta de propietarios no es competente para restringir los usos de un local".

En el supuesto de hecho, la Junta de Propietarios adopta (en segunda convocatoria y con el 32% de los votos) el acuerdo de restringir los usos de los locales comerciales quedando prohibida "cualquier actividad del sector de la restauración, gimnasio o que empleen música y salón de juegos o recreativos y supermercados". Al parecer se logra la unanimidad posterior tácita, pero no consta el consentimiento expreso del propietario del local afectado.

El Registrador suspende la inscripción, pues considera que tiene que prestar su consentimiento individual el propietario del local afectado por las prohibiciones. En su fundamentación jurídica, esta Resolución concluye que la Junta General de Propietarios no tiene competencia para adoptar acuerdos que, directa o indirectamente, perjudiquen el derecho de alguno de los condueños al adecuado uso y disfrute de su propiedad o de los derechos que le sean atribuidos en el título constitutivo, para cuya adopción se necesita el consentimiento expreso del propietario afectado. Como se trata de un acuerdo que modifica el título constitutivo es necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad, lo que plantea si la unanimidad es el consentimiento de todos los propietarios, de los propietarios presentes o, como indica el representante de la comunidad y recoge la resolución, la unanimidad es correcta en este supuesto porque el propietario afectado ni se ha opuesto ni ha impugnado el acuerdo

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de diciembre de 2014(2) estimó el recurso interpuesto por el dueño de un local que aquel había transformado en vivienda sin autorización de la Junta de Propietarios. En resumen, la doctrina de la Sala es la siguiente:

(1) RDGRN de 27 julio de 2018 (RJ 2018\3165).
(2) RJ 2014\6502.

El derecho de propiedad privada es un derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución Española y que está concebido ampliamente en nuestro ordenamiento, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente, limitaciones que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. Dicho esto, señala:

1.– "En el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atiendan al interés general de la comunidad. *Prohibiciones estas que*, como indican las sentencias de 20 de octubre de 2008 y 30 de diciembre de 2010, citadas por la de 5 de octubre de 2013, referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble, que es lo sucedido en el caso del recurrente, *deben constar de manera expresa*. Por lo demás, a fin de tener eficacia frente a terceros, deben estar inscritas en el Registro de la Propiedad

2.– Existe pues, una plena libertad para establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad inmueble como consideren más adecuado, a no ser que ese uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria".

Sobre esta base, el presente trabajo trata de dar una visión sobre el problema que se plantea ante las prohibiciones o limitaciones de uso de los elementos privativos en la propiedad horizontal. El derecho administrativo, en su vertiente urbanística, puede alterar el normal funcionamiento del régimen civil de propiedad horizontal obligando a los propietarios presentes y futuros a tener que prever, adelantándose a los futuros usos del planeamiento, aquellos que deben de prohibirse en legítimo interés de la convivencia entre propietarios.

A la luz de los argumentos expuestos por la Dirección General y el Tribunal Supremo, la descripción y diferenciación de un elemento del inmueble como local o vivienda es irrelevante por mucho que goce de la publicidad registral, pues se superpone un derecho constitucional y abstracto de propiedad sobre la propia naturaleza de la propiedad horizontal. Siempre que las normas urbanísticas lo permitan, puede suceder que aquellas comunidades antiguas de edificios destinados exclusivamente a viviendas por sus Estatutos, pueden

ver convertirse aquellas en negocios de cualquier tipo, siempre que el uso pretendido esté permitido por la normativa urbanística y no haya sido prohibido expresamente por las normas que la reglamentan.

## II. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD Y EL USO DE LOS BIENES

El art. 348 del Código Civil nos dice que "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes". El origen inmediato del art. 348 está en el art. 544 del Código Civil francés, que, además, hablaba de gozar y disponer "de la manera más absoluta", expresión no recogida en nuestro art. 348. El art. 436 del C.C. italiano recoge igualmente la definición, pero añade como limitaciones las establecidas en "los Reglamentos".

Explica De Los Mozos (3) que, a pesar de que el concepto moderno de propiedad elaborado a partir de la Revolución francesa, es la

(3) De Los Mozos, J.L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs. 15 y 16.

El concepto moderno de propiedad –dice De Los Mozos, J.L.– no puede identificarse con el concepto romano de "dominium" o de "proprietas", pero toma del mismo un significado que ya se halla contenido en la formación de éste último en cuanto atribución o "potestas" indiscriminada sobre personas y cosas en favor de un sujeto de derechos como era el "pater familias".

Tampoco cabe duda que el concepto de propiedad elaborado por los Códigos modernos ha sido superado por la evolución jurídica, consecuencia no solo de una estructura social y económica distinta, sino de una estructura distinta de la misma naturaleza, acentuándose el intervencionismo estatal, hasta llegar a un sistema de economía mixta, e intentos de colectivización en mayor o menor grado.

Por eso hay que preguntarse si ese concepto de propiedad que acogen los Códigos civiles subsiste todavía y en qué medida comparte, total o parcialmente, con otros derechos su perdida hegemonía.

El concepto actual de propiedad requiere la contestación razonable a una serie de preguntas: ¿Cuáles son los poderes del propietario y cuáles sus deberes? ¿Cuáles son los bienes que pueden constituir objeto de propiedad privada? ¿Cuáles son las relaciones entre propiedad privada y empresa privada? ¿Cuáles son las relaciones entre propiedad y trabajo? ¿Cuáles son las relaciones entre propiedad y control de la gestión económica? ¿Cuál es el significado real de la función social asumida por la propiedad privada y cuál el sentido de la utilidad social exigida a la actividad empresarial? ¿Cuáles son la posición y la función que asume en los sistemas capitalistas la propiedad pública y cuál la diferencia entre la propiedad en mano pública y la propiedad pública? ¿Cuáles son la posición y la función de la propiedad socialista y de propiedad personal en los sistemas colectivistas? ¿Cuáles

expresión de un orden económico y social renovador y de liquidación del "ancien règime", ocurre que se pone el énfasis retórico más que en aquella función, sobre los caracteres de derecho ilimitado, absoluto, exclusivo y excluyente y sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, desviación que, aunque no se traduce del todo en su regulación jurídica, va a contribuir a su ulterior desprestigio.

En nuestro Código Civil, la propiedad aparece como un derecho subjetivo, que comprende dos connotaciones genéricas: gozar y disponer, bajo cuyas expresiones se incluyen todas las modalidades de goce o disposición que puedan darse, tanto positivas como negativas (v.gr. el no uso, aunque ello suponga no respetar el destino económico de la cosa).

En este último sentido, dice DE LOS MOZOS (4) que el Pandectismo llevará las cosas más lejos, pues va a tratar de construir la dogmática rigurosamente, conforme a las exigencias de la nueva sociedad civil. De aquí el concepto de propiedad que aparece recogido en el & 903 del B.G.B.: "El propietario de una cosa puede, en cuanto no se oponga a la ley y a los derechos de un tercero, proceder en ella a su libre arbitrio y sustraerla a la acción de los demás".

Había que evitar la sensación de que el propietario tenía que usar su cosa ateniéndose a unas reglas determinadas, o incluso que estuviera en absoluto obligado a hacer uso de ella. La propiedad aparece como un derecho de exclusión frente a los terceros, por lo que el antiguo "ius disponendi" se radicaliza: la propiedad no puede ser otra cosa que un derecho subjetivo absoluto, como auténtica personificación de la sociedad burguesa.

Este concepto de propiedad del B.G.B. se pone, además, en relación con la regulación de la propiedad inmobiliaria y con el crédito territorial que, a través del Registro fundiario, consigue una efectiva movilización de la propiedad. El concepto de propiedad de nuestro Código Civil, con el reconocimiento de las limitaciones, que se halla presente en la misma definición, sin caer en los adelantos de la técnica jurídica del B.G.B. no le impide una cierta armonía con la Ley

---

"son" las dificultades en el funcionamiento de la propiedad socialista y cuál el sentido de la expansión de la propiedad personal?

Lo que no cabe duda –termina DE LOS MOZOS– es que la propiedad privada es una prolongación de la libertad del individuo, aunque la otra cara del problema está en la responsabilidad y en la solidaridad. Cabe exigir, en este sentido, un desarrollo proporcionado y congruente de los poderes del ordenamiento y de los poderes de los particulares.

(4) DE LOS MOZOS, J.L., *El derecho de propiedad...*, cit., pág. 60.

Hipotecaria, para hacer efectivo un sistema de publicidad inmobiliaria registral que, a la larga, ha dado muchos frutos positivos (5).

Lo cierto es que, en la llamada concepción individualista, el derecho de propiedad aparece como un derecho subjetivo real –el paradigma de los derechos subjetivos–, tipificado por una serie de notas que resumimos, siguiendo a MONTÉS PENADÉS (6):

a) Carácter unitario. O si queremos, carácter unívoco. Es decir, hay un solo tipo de dominio. Lo cual no quiere decir, que no tenga diversos contenidos, según la variedad de las desmembraciones que sea capaz de soportar.

b) Carácter perpetuo. Es decir, el dominio tiende a durar tanto como su objeto. Es la duración física de la cosa la que determina la duración del derecho. Pero, además, en relación con el sujeto, a diferencia de los derechos reales limitados (usufructo, uso, etc.) que no duran más allá que la vida de su titular, el dominio, por la vía de la transmisión "mortis causa", sobrevive y va más allá que la vida de su titular.

c) Carácter exclusivo. Es decir, facultad de exclusión del propietario. Aquí la nota de "absolutividad" u "oponibilidad", característica de los derechos reales, tiene su máxima expresión. Puede ser un ejemplo, el derecho de cerramiento de las fincas (art. 388 del Código Civil); o el de prohibir que otros los utilicen. Solamente si la conducta del propietario manifiesta un "ejercicio antisocial del derecho" o un "abuso del derecho", podría el Juez rectificarla, conforme al art. 7.2 del CC.

d) Carácter ilimitado. En el sentido que las facultades del propietario son generales y abstractas, comprendiendo los posibles modos de goce y las diversas utilidades que pueden obtenerse del objeto del dominio. Sustantivamente, la propiedad no es una simple suma de facultades, sino un señorío abstracto sobre la cosa, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales limitados. Además, el poder del propietario no se detiene en los contornos físicos de la cosa, sino que se extiende hacia arriba y hacia abajo (Vid. art. 350 del Código Civil) (7). Procesalmente, el que alegue limitaciones a este

(5) DE LOS MOZOS, J.L., *El derecho de propiedad...*, cit., pág. 75.

(6) MONTÉS PENADÉS, V., *Comentario del Código Civil*. Comentario del art. 348 del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 952 y 953.

(7) Señala certeramente DÍEZ PICAZO, L. –*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, 4ª ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 65– que hoy resulta imposible aplicar el clásico principio de la extensión vertical del dominio, por

señorío, debe probarlas, porque la plena libertad del propietario, se presume.

## 1. LOS LÍMITES INSTITUCIONALES DEL USO POR EL PROPIETARIO

A pesar de lo apuntado sobre la concepción individualista del derecho de propiedad, es preciso afirmar que siempre se han establecido restricciones a un ejercicio absoluto e indiscriminado del mismo, especialmente cuando se trata del dominio sobre los bienes inmuebles, como consecuencia, principalmente, del régimen administrativo de la propiedad.

Lo cierto es que ese eventual ejercicio absoluto del derecho de propiedad aparece históricamente constreñido por dos grupos de restricciones: unas genéricas o institucionales, que marcan o delimitan el alcance del propio derecho, o si se quiere, más específicamente, de los clásicos "ius utendi, ius fruendi, ius disponendi"; otras, que vienen impuestas por la necesidad de hacer compatible el ejercicio del propio derecho con la satisfacción de determinados intereses, públicos o privados, haciendo posible también el ejercicio de los derechos ajenos.

Con diversa terminología, esta es la concepción general en la doctrina. ALBALADEJO (8) distingue entre límites y limitaciones. El límite es la frontera del derecho de propiedad, el régimen normal u ordinario de restricciones; por eso no requiere un acto especial de establecimiento. Por ejemplo, no debe tolerarse el abuso del derecho, ni los actos de emulación, aquellos que no tienen otra finalidad que perjudicar o molestar a otros (falsa chimenea, agotar el pozo medianero, producir ruidos, etc.).

Las limitaciones, en cambio, restringen, en casos especiales, el poder del dueño o contenido normal de la propiedad; han de establecerse y, como la propiedad se presume libre, han de ser probadas.

Es fuerza reconocer, no obstante, que la terminología no siempre es precisa en este sentido. En la mayoría de los casos, se trata de restricciones que vienen impuestas por la necesidad de facilitar el ejercicio de los derechos o incluso de satisfacer intereses generales,

---

los progresos técnicos operados en el campo de la construcción, la utilización del subsuelo y la construcción de grandes obras hidráulicas, que alteran profundamente la configuración del suelo.

(8) ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil*, Tomo III, Volumen 1º, J.M. Bosch. Editor, octava edición, Barcelona, 1994, págs. 248-249.

pero, indudablemente, al margen –como veremos– de la moderna e intrínseca función social que hoy delimita la propiedad privada(9).

En la materia que pretende ser objeto de este trabajo, las limitaciones establecidas estatutariamente en el régimen de propiedad horizontal en relación al uso asignado a los elementos privativos, se ha entendido incluidas en la segunda categoría, es decir, las disposiciones que impiden ejercer a los propietarios el derecho a destinar la finca a la finalidad que tengan por conveniente comportan una limitación o restricción al contenido normal de la propiedad que deben establecerse.

Compartiendo esta idea, las limitaciones al uso de un elemento privativo en el régimen de propiedad horizontal deben recogerse legal o estatutariamente. Como veremos, las normas que reglamentan este tipo de copropiedad regulan la forma y manera de estable-

(9) a) Entre los límites en interés público deben citarse: 1º) Los relativos a edificaciones y plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas, por razón de la defensa nacional (art. 589 C.C.). 2º) Los establecidos en interés de la seguridad de las personas: demolición de edificios ruinosos, corta de árboles, etc. (artículos 389 y 390 C.C.). 3º) Las servidumbres establecidas en interés de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento (art. 553 C.C. y Ley de Aguas). 4º) Los límites establecidos en interés del salvamento, del paso y de la vigilancia del litoral marítimo (Ley de Costas de 1988, art. 3, que grava las fincas colindantes con el mar o enclavadas en la zona marítimo-terrestre). 5º) En interés de la aviación, se establecen límites a la libertad del propietario de levantar construcciones, realizar plantaciones, montar instalaciones, etc. que puedan obstaculizar aquella (Ley de Navegación Aérea de 1960). 6º) En interés de las cosas socialmente útiles: el Código Penal (art.289) castiga al que las destruya, inutilice o dañe por cualquier medio. 7º) Genéricamente, pueden también incluirse en este grupo las llamadas servidumbres administrativas, relativas a las aguas, minas, montes, pecuarias, vías de comunicación (carreteras, ferrocarriles, vías telegráficas y telefónicas), obras públicas, marítimas, defensa nacional y militares, aéreas, etc.

b) Entre los límites en interés privado los más importantes son los impuestos por razón de la contigüidad o vecindad de los predios, regidos por el principio de reciprocidad, aunque otros responden al principio de autonomía de la voluntad en la vida negocial. Pueden citarse: 1º) Los impuestos por razón de luces y vistas entre los predios (artículos 580 y ss. C.C.). 2º) Los derivados del deslinde: citación de colindantes, atención a los títulos y posesión, etc. (artículos 384 a 387 C.C.). 3º) Los impuestos por razón del ejercicio del derecho de tránsito o acceso (artículos 564 y ss. C.C.). 4º) Los derivados del régimen de las aguas: acueducto, estribo de presa y parada y partidor (artículos 557, 554, 562 C.C.); desagüe de los edificios (art. 586 C.C.) y dar salida a las aguas de una finca enclavada (art. 588 C.C.). 5º) Las derivadas de la medianería (arts. 571 a 579 C.C.).

cerlas con el objeto de conciliar el interés individual con el general de la comunidad.

Sin embargo, no comparto la idea que este tipo de restricciones, constituyen "una *eliminación del contenido propio del derecho de propiedad*" tal y como afirma la Registradora en la nota de calificación que dio lugar a la Resolución de la Dirección General de Entidades Jurídicas de Cataluña de 6 de febrero de 2017. En la propiedad horizontal –continúa– pertenecen a la segunda categoría las disposiciones que impiden ejercer a los propietarios el derecho a destinar la finca a la finalidad que tengan por conveniente.

## 2. LOS LÍMITES SOCIALES DEL USO: LA LLAMADA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Muy interesante es el análisis de De Los Mozos (10) sobre los antecedentes que, en la evolución del derecho de propiedad, han desembocado en el concepto de "función social". La Revolución –explica– reconoció la propiedad como un derecho del hombre, indispensable para el ejercicio de la libertad. Junto a la libertad de los ciudadanos proclamó la "libertad de los fundos". La libertad se estima como un derecho natural, fundada en la propia organización social. Los derechos reales limitativos se conciben como la excepción frente a la plenitud del dominio. Y se excluye toda forma de regalía o dominio eminente del Estado; v.gr. la expropiación forzosa exige justa causa e indemnización. Con ello la propiedad se convierte en la forma más completa del derecho subjetivo, su paradigma.

No obstante –aclara De Los Mozos (11)–, en la evolución posterior, a la perspectiva del jurista sobre el concepto de propiedad, se une la del sociólogo, la del moralista, la del político... El cambio de las circunstancias económicas produce una verdadera degradación del concepto de propiedad. Se produce una paradoja: el desprestigio del concepto de propiedad va unido a su contemporánea difusión social, como antes era inimaginable. En el terreno estrictamente jurídico, el planteamiento relacional es el que se da entre la propiedad como derecho individual y su contribución a la comunidad, de una parte, y, de otra, las exigencias de la propia comunidad. Más que de crisis del individualismo jurídico o del pandectismo como su expresión dogmática, hoy hay que plantear la cuestión en la relación entre individuo y comunidad.

(10) De Los Mozos, *El derecho de propiedad...*, cit. pág. 86.
(11) De Los Mozos, cit., págs. 88-89.

La concepción individualista del derecho de propiedad, entra en crisis durante el transcurso del presente siglo, por efecto principalmente de la legislación especial, que hubo de atender –como señala MONTÉS PENADÉS (12)– a necesidades sociales apremiantes motivadas por tres razones principales: la Revolución industrial, las crisis periódicas de la economía y las situaciones bélicas.

Aparece un nuevo concepto de la propiedad como derecho subjetivo, en el que queda superada la idea de meras limitaciones, para encarar la noción de delimitación o contenido sustancial del dominio. Cuatro notas –según el citado autor– podrían perfilarlo:

a) Pluralismo. Es consecuencia de la multiplicidad de normas dictadas para corregir el individualismo de la idea liberal de propiedad, a través de la intervención del Estado, sobre todo en relación con determinados tipos de bienes. Se trata de que los bienes no solo satisfagan el interés del propietario, sino también el de la colectividad.

b) Conexión social. Con ello se afirma el carácter social del dominio. En este contexto hay que entender la llamada "función social de la propiedad". Dice DÍEZ PICAZO (13) que la cláusula de la función social de la propiedad se pone de moda por influjo de la doctrina de la Iglesia Católica, que lleva a entender que la propiedad no es sólo una situación de poder jurídico o derecho subjetivo, sino que es una situación jurídica compleja en la que, al lado de las facultades

(12) MONTÉS PENADÉS, V., *Comentario del Código Civil*, cit. pág. 953.

El principio de la "función social del Derecho", no dejará de tener voces discordantes. La teoría de DABIN, J., *El derecho subjetivo*, Traducida por OSSET, F.J., EDERSA, Madrid, 1955. (Vid. págs.274 y 276-77), –que define el uso de un derecho como toda forma de utilización del mismo, por actos materiales o jurídicos, y sin distinción entre la acción y la omisión– termina por no aceptar la idea de función social del derecho por cuanto señala: "... se puede decir que todo derecho tiene una función social. Pero incumbe a la regla de derecho delimitar o condicionar de esa manera el derecho subjetivo (...) con la reserva de las limitaciones sociales impuestas al derecho subjetivo, bien por la ley, bien por la costumbre jurídica, bien por cualquiera otra fuente competente, el derecho subjetivo no está dado, ni puede serlo más que con vistas al bien de su titular. Y por esto es mejor renunciar a la idea de función social: el derecho no se convierte en función social, bien en todo, bien en parte, por el hecho de que esté limitado o condicionado en interés social. Esa suavización no modifica ni la naturaleza ni la función del derecho, que sigue estando, en todo lo demás, al servicio de su titular exclusivamente."

(13) DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, cit., pág. 48.

de uso, goce y disfrute, pueden coexistir cargas y obligaciones impuestas por las leyes o reglamentos para permitir la satisfacción de los intereses públicos o de intereses genéricamente denominados como sociales.

c) Desconexión de la idea de libertad. Frente a la libertad del propietario para decidir el goce o uso, el destino económico del bien, la función social se convierte en el fundamento del derecho de propiedad: la protección del propietario estará subordinada a la satisfacción de la necesidad social y llegará hasta donde empiece ésta.

d) Actividad o ejercicio, como centro de la regulación. La función social, como criterio de solución de los conflictos entre el interés egoísta del propietario y el interés de la colectividad, no se plantea en términos estructurales, sino funcionales. Es decir, la propiedad no es una función social, ni tampoco es reconocida porque cumpla una función social.

## III. LOS USOS EN DERECHO URBANÍSTICO

Desde el punto de vista administrativo y urbanístico, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos pueden establecer limitaciones o prohibiciones en el uso de los bienes inmuebles, definiendo los usos susceptibles de llevarse a cabo en cada área urbana.

El concepto y contenido del uso en Derecho Urbanístico es de gran importancia en los Planes de Ordenación. La reglamentación del uso de los terrenos y construcciones en los Planes implica un conjunto de limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad, según su clasificación y calificación urbanística.

El concepto de uso en Derecho Urbanístico y su alcance jurídico, tienen un sentido teleológico de destino final del suelo obtenido como consecuencia de los distintos sistemas de actuación. Se suele distinguir entre usos globales, pormenorizados, compatibles y prohibidos. En particular, se consideran distintas clases de usos: uso residencial, uso industrial, uso terciario (hospedaje, comercio, oficinas, recreativo), uso educativo o de servicios de interés público o social, parques y jardines etc.

Es decir, en materia urbanística, al concepto de uso como derecho –y también como obligación– al efectivo destino urbanístico del suelo, hay que superponer el concepto de uso derivado de las relaciones jurídicas que recaen sobre el suelo mismo y las edificaciones.

Las normas urbanísticas clasifican y califican el suelo. La Ley del Suelo, aprobada por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, clasifica el suelo en urbano, no urbanizable, rural o rústico. Por

su parte, el Plan General, o, en su caso, el Planeamiento de Desarrollo, debe establecer los usos permitidos según el tipo de suelo y las posibilidades de edificación. Esta segunda ordenación que realizan los Planes organiza el territorio por zonas, y asigna una o varias categorías a cada zona: atribuye usos, edificabilidad y condiciones de ordenación.

Entre los usos más frecuentes se encuentra el residencial, que puede ser uso de vivienda –unifamiliar o plurifamiliar– y uso de alojamiento. Este último incluye edificios o locales destinados a grupos de personas que los habitan permanentemente y también los alojamientos turísticos, que albergan temporalmente a personas.

Los propietarios de suelo urbanizable, como los de suelo no urbanizable: tienen derecho a usar, disfrutar y disponer de los terrenos de su propiedad conforme a su naturaleza, si bien deberán destinarlos a usos que no resulten incompatibles con el planeamiento urbanístico.

Si, como hemos visto, el uso o destino viene limitado en primera instancia por las normas urbanísticas, el segundo freno lo encontramos en las restricciones al derecho de dominio –legales o estatutarias– cuando de un elemento privativo en un inmueble dividido horizontalmente se trata y cuyo alcance debe precisarse.

## IV. EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y LA POSIBILIDAD LEGALMENTE PREVISTA DE ESTABLECER LIMITACIONES DE USO

La propiedad horizontal es una forma de propiedad que tiene por objeto los pisos o locales de un edificio o partes del mismo susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública y que lleva inherente un derecho de copropiedad junto con los demás propietarios, sobre el resto de los elementos del edificio necesarios para el adecuado uso y disfrute de aquellos. Sobre el elemento privativo, por tanto, el titular tiene un derecho de dominio con las facultades típicas que lo integran y, entre ellas –en principio–, como hemos visto más arriba, la de determinar el uso o destino que prefiera darle. Sin embargo, la coexistencia de ambas titularidades reclama una reglamentación específica que se contiene no solamente en la Ley de Propiedad Horizontal y supletoriamente en los preceptos sobre la comunidad de bienes en el Código Civil, sino también en las normas propias de cada comunidad.

El nacimiento de este régimen tiene lugar a través del otorgamiento del título constitutivo, que es el negocio jurídico por el que se crea este sistema de titularidad y aprovechamiento del inmueble: división del inmueble en elementos privativos (sobre los que recae un derecho exclusivo de propiedad), conectados por la titularidad común (a través de una copropiedad por cuotas) de todos ellos sobre los elementos necesarios para su adecuado uso y disfrute. En el título podrán incluirse también unos estatutos que son las reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley.

En consecuencia, el art. 5 de la LPH señala en su párrafo tercero que "el título (constitutivo) 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".

López Colmenarejo (14) clasifica y agrupa el contenido de los Estatutos:

1º) Reglas de constitución y ejercicio del derecho de propiedad
2º) Reglas en orden al uso y destino del edificio
3º) Reglas en orden al uso de los pisos o locales
4º) Reglas sobre instalaciones o servicios
5º) Reglas sobre gastos, administración y gobierno

En el tercer grupo –señala– se encuentran aquellas reglas que delimitan, concretan o excluyen el uso de los departamentos del edificio.

A diferencia de la regulación de los detalles de la convivencia, que constituyen el contenido propio de las normas de régimen interior, por su naturaleza reglamentaria y que tienen por finalidad regular en esta forma de copropiedad, las normas que limitan las actividades que pueden desarrollarse en tales elementos privativos, o que regulan su desarrollo, constituyen restricciones al contenido ordinario del derecho de propiedad, establecidas en interés privado, y nacidas del contenido de un régimen de organización compleja de la propiedad de origen mixto, legal y convencional que deben reco-

(14) López Colmenarejo, F., "La comunidad de bienes. Tema 4", en Instituciones de Derecho Privado, coord. por Delgado de Miguel, F., Tomo II, Derechos Reales, vol. 1º, Thomson Civitas, Madrid, 2002, pág. 609.

gerse en los Estatutos(15).Es el título constitutivo del régimen, a través de los Estatutos, el marco jurídico adecuado para establecer limitaciones o prohibiciones en la facultad de uso inherente al derecho de dominio sobre un elemento privativo.

Dado que se trata de una restricción al contenido normal de la propiedad, indica ARNÁIZ RAMOS(16) –que hace referencia a la prohibición de destinar los elementos privativos a usos turísticos–, resulta lógico que deban quedar incluidas en los estatutos, y no en normas de naturaleza reglamentaria que sí que podrían ordenar las actuaciones materiales que, por razón de tales usos turísticos, puedan desarrollarse por propietarios o usuarios sobre los elementos comunes. El TS(17) ha declarado, al establecer las diferencias entre los estatutos y las normas de régimen interior, que "estas últimas son reglas de tipo interno que regulan los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, pero que no norman derechos ni crean limitaciones a tales derechos, pues para esto se requiere el consenso de todos los propietarios creando las normas estatutarias correspondientes. A través de un reglamento no se puede privar el derecho de todo copropietario sobre el bien singular y el bien común y, en el caso concreto al que se refiere, no cabe prohibir que se destinen los pisos a despacho profesional, pues ello requiere norma estatutaria".

La previsión legal, por tanto, es clara. Las comunidades de propietarios pueden, reunidos en la Junta como órgano de gobierno, y con los requisitos de mayorías y plazos que establece la Ley, determinar los usos a los que pueden ser destinados los elementos privativos, siempre que no contravengan las normas de planeamiento, siendo principio doctrinal pacífico en materia de propiedad horizontal, que los derechos de propiedad exclusiva y singular que a cada propietario se otorga sobre un piso o local, deban interpretarse bajo el prisma de las limitaciones tendentes a lograr una convivencia normal y pacífica(18). "La propiedad horizontal, por su carácter de

(15) ARNÁIZ RAMOS, R., en el comentario al trabajo de FUENTES-LOJO RIUS, A., "Las normas comunitarias que regulen la actividad turística que se desarrolle en elementos privativos del inmueble ¿son normas de naturaleza estatutaria o son normas relativas al reglamento de régimen interior de la comunidad?", *Actualidad Civil*, Nº 7-8, Julio-Agosto 2018, Editorial Wolters-Kluwer, LA LEY 7839/2018.

(16) ARNÁIZ RAMOS, R., cit. nota anterior.

(17) SSTS de 6 de julio de 1978 y 14 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5609)

(18) Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 23 Nov. 1995 (RJ 1995\8898) No pueden ser consideradas ilegales, en principio,

situación de comunidad especial es en sí misma un límite ordinario de la propiedad, y de este mismo régimen derivan restricciones que deben venir recogidas en su título de constitución y, entre otras, aquellas que se refieren al destino, uso y aprovechamiento de los elementos privativos" (19). JERÓNIMO GONZÁLEZ, reconoce que a cada uno de los propietarios de un piso en régimen de propiedad horizontal corresponden las facultades de dueño único de la respectiva vivienda o habitación, si bien con las limitaciones impuestas por el estado de comunidad en que todas se encuentran (20) y que encuadra en cinco grupos: los pactos establecidos por los comuneros, las declaraciones legales, las reglas impuestas por las características del edificio, las que nacen del destino de las partes comunes y las que surgen recíprocamente por la extensión de las cosas propias y exclusivas de cada uno de los comuneros. Compartiendo esta doctrina, GISBERT (21) relaciona como cláusulas habituales las que impi-

---

las limitaciones estatutarias respecto al uso de locales y viviendas, pues constituyen uno de los contenidos posibles de los estatutos, conforme al artículo 5.3.1 de la LPH, y lo confirma su artículo 7. (STS 31 de octubre de 1987. RJ 1987/7492)

(19) Resolución de la Dirección General de Entidades Jurídicas de Cataluña de 6 de febrero de 2017 (DOGC 14 de febrero de 2017)

Son hechos relevantes que en el supuesto resuelto se eleva a público un acuerdo tomado por la Junta de Propietarios con el voto favorable del 24% de los propietarios asistentes (el 35%), votando en contra el resto (7 propietarios). El acuerdo establece que "ninguno de los departamentos del inmueble se podrá destinar a la actividad de apartamento o vivienda de uso turístico". La Registradora suspende la inscripción porque el acuerdo "no cuenta con el consentimiento de todos los propietarios, que es necesario porque contiene una limitación de uso de los elementos privativos con respecto a la actividad de apartamentos turísticos por lo cual se trata de un acto que afecta de forma individualizada a los derechos de los propietarios".

En la legislación catalana, la ley 2/2015 ha suprimido el anterior artículo 553-25.4 del Código Civil de Cataluña que exigía el consentimiento de todos los propietarios afectados por la modificación, pero la nueva regulación solo exige este quórum cuando se trate de acuerdos que disminuyan las facultades de uso y disfrute sobre los elementos comunes, siendo válidas las cláusulas estatutarias que limitan las actividades que se pueden desarrollar en los elementos privativos. Las Resoluciones que esgrime la Registradora fueron dictadas al amparo de la antigua legislación.

No se trata de valorar, por lo que interesa a este estudio, de si la Registradora aplicó o no bien la norma en el supuesto concreto, sino ver si es posible establecer estatutariamente limitaciones al derecho de dominio

(20) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. "Propiedad de pisos y habitaciones", en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1958, pág.331.

(21) GISBERT, F. "Las limitaciones referentes al uso en la propiedad horizontal", *Revista Pretor*, enero-febrero 1962, nº 7, págs. 14 y ss.

den destinar los pisos a finalidad distinta de la habitación, (con las excepciones naturales de que el propietario ejerza una profesión liberal pero que no se trate de ciertas especialidades médicas o veterinarias), las que limitan el número de actividades a desarrollar en los pisos, por dedicarlas a trabajos que signifiquen una afluencia considerable de personas, o prohibiciones concretas de ciertas actividades como colegios o academias, gimnasios, locales de baile etc.

No obstante lo dicho, debe existir un límite a la posibilidad de prohibir. No todo es posible. Claro está que no tienen cabida limitaciones basadas en principios discriminatorios, como aquellos que impidiesen la utilización del inmueble a personas de ciertas razas, o con según qué orientación sexual (22). Considera Álvarez Olalla (23), en cambio, válidas, aquellas prohibiciones que sean especificación de otras genéricas que puedan implicar algún tipo de molestia o peligro a la comunidad, como aquellas dirigidas a limitar el número de personas que pueden habitar un inmueble, la celebración de fiestas en condiciones que excedan de lo tolerable o la excesiva tenencia de animales. Como una prohibición nula entiende Rivero Hernández (24) la que niega la utilización de elementos privativos a parejas con hijos. Dicho así, desde luego, parece inadmisible. Desde mi punto de vista es al menos cuestionable si efectivamente adolecería de nulidad de pleno derecho el acuerdo cuando, como señala este autor, es tomado por la comunidad de propietarios de un complejo de viviendas para personas nórdicas de la tercera edad, que prohibían la enajenación a personas en tales circunstancias. La cuestión resulta complicado de delimitar pues, tanto como se protege el derecho a ejercer las facultades derivadas del dominio por el propietario que ingresa en una comunidad en la que existen restricciones de uso que pudieran considerarse arbitrarias, debería resultar también digno de protección el de aquellos otros que buscan un estilo de vida concreto, como aquella comunidad de personas de la tercera edad que establecieron el acuerdo de prohibir las parejas con hijos.

(22) Rivero Hernández, F., "Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada" en *Conjuntos Inmobiliarios y Multipropiedad. Ponencias y Proyectos de Ley sobre Conjuntos inmobiliarios*, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993, págs. 73.

(23) Álvarez Olalla, P., "Comentario al art. 7.2 de la LPH", en *Grandes Tratados. Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal.* Editorial Aranzadi, 2014, pág. 235.

(24) Rivero Hernández, F., "Estatuto jurídico...", cit. pág. 74, nota 43.

Deben, en definitiva, tratarse de previsiones que, como señaló GISBERT (25) se ajusten a los siguientes criterios:

1º) Han de constar en los propios Estatutos
2º) La prohibición debe constar en forma concreta y precisa, formulándose en sentido positivo o negativo
3º) No debe contravenir la moral, las buenas costumbres y el orden público
4º) Deben interpretarse restrictivamente
5º) Deben, para ser eficaces frente a terceros, inscribirse en el Registro de la Propiedad.

El Código Civil de Cataluña (26) como el CC (27) viene a establecer que el derecho de dominio atribuye el poder jurídico más amplio posible sobre un bien, con las limitaciones y restricciones establecidas por la ley de acuerdo con la función social del dominio. Como hemos señalado más arriba, los límites –en cuanto que establecidos en las leyes– constituyen el contenido normal del dominio; las limitaciones, por el contrario, en cuanto restricciones al derecho de propiedad, es necesario establecerlas, sea en interés público o en interés privado. Es esta la vía que permite deslindar el margen de actuación del propietario en una esfera concreta, como prohibir, por ejemplo, la existencia de despachos, clínicas o pensiones en los elementos privativos, y en determinados edificios destinados a despachos se prohíben las viviendas, o las que limitan la existencia de unos y otros según las plantas del edificio, o las que restringen establecimientos de restauración o de talleres (28).

La Ley autoriza este tipo de cláusulas que vinculan a todos los propietarios, los terceros de buena fe y los futuros adquirentes, siempre que consten inscritas en el Registro de la Propiedad. En la RDGRN de 18 de junio de 2010 (29), en referencia al cambio de uso de un elemento privativo de local a vivienda, la DG señaló que "los estatutos delimitan el contenido del derecho constituido por la

(25) GISBERT, F., "Las limitaciones referentes al uso en la propiedad horizontal", *cit*. págs. 14 y ss.

(26) Artículo 541-2. Función social. Las facultades que otorga el derecho de propiedad se ejercen, de acuerdo con su función social, dentro de los límites y con las restricciones establecidas por las leyes.

(27) Art.348, 1er párrafo: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".

(28) Resolución de la Dirección General de Entidades Jurídicas de Cataluña de 6 de febrero de 2017 (DOGC 14 de febrero de 2017).

(29) RJ 2010\4875

propiedad horizontal y la autonomía de cada uno de los propietarios de elementos privativos de manera que, si pudieran no aplicarse por voluntad unilateral de un propietario, podría producirse un perjuicio a los derechos de los demás, que han adquirido su piso o local en el entendimiento de la aplicación de los mismos".

Establecida estatutariamente la limitación o prohibición, para que despliegue efectos a terceros se precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad, atendiendo a los art. 8 de la Ley Hipotecaria y 51 RH(30). No siendo poco frecuente que una comunidad no tenga estatutos y, por tanto, tampoco publicidad registral de aquellos, podría estimarse suficiente que la limitación sea conocida por todos los propietarios.

## V. LA ADECUADA EXPRESIÓN DE LAS LIMITACIONES DE USO ESTABLECIDAS ESTATUTARIAMENTE PARA ASEGURAR SU EFICACIA. ¿ES SUFICIENTE LA DESCRIPCIÓN DEL INMUEBLE?

El título constitutivo puede contener limitaciones o prohibiciones de uso de los elementos privativos. Esta previsión tiene por finalidad evitar futuros conflictos ante la posibilidad de pretender el desarrollo de usos no permitidos. La inscripción registral asegura que estas normas puedan afectar a terceros.

La interpretación de la cláusula estatutaria ha de ser siempre restrictiva, como limitación al régimen normal del dominio que es. "La concepción del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, no sujeta a otras limitaciones que las expresamente previstas en las leyes y las que convencionalmente se establezcan..." (STS de

(30) "...Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número...", e indica en sus apartados 4 y 5: "Cuarto. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada. En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo, escrito en letra y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados. *Se incluirán además aquellas reglas contenidas en el título y en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad*. La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales. Quinto –Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen".

23 de febrero de 2006 (31)). Flores Rodríguez entiende que así debe interpretarse desde que la Ley 8/1999, de 6 de abril sustituyó la expresión "actividades no permitidas" por la de "actividades prohibidas" (art.7.2 LPH), lo que significó una clara ampliación del margen de libertad en el uso del inmueble (32). Esta idea ya se había recogido en la Exposición de Motivos de la LPH de 1960, al "atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización" y, posteriormente, en el RD Ley 2/1985, de 30 de abril, que permitía la transformación de las viviendas en locales de negocio siempre que concurriera, lógicamente, el consentimiento del arrendador y que este cambio no figurara expresamente prohibido en los Estatutos. Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1 de septiembre de 1991 señaló que la simple expresión del destino que tenga un piso o local "a vivienda, a negocio o a otro uso no implica, sin más, que se haya establecido prohibición para dedicarlo a cualquier otra actividad" (art. 45).

Esta interpretación restrictiva se concreta en dos premisas:

1ª) Que **la limitación debe, para ser eficaz, constar de manera expresa.** En caso contrario, debe permitirse el uso pretendido. Así lo han declarado repetidamente el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad privada exige, para que sean eficaces, *que consten de manera expresa*.

Para cumplir con la exigencia de la constancia expresa de la prohibición, se trataría, entonces, de utilizar la expresión "queda prohibido" o "se prohíbe destinar el local a ..."sin que pueda estimarse correcto en la actualidad introducir elencos amplios de actividades caracterizados por su efecto (ej. «quedan prohibidas las actividades que puedan causar molestias») (33), siendo precisa una enu-

(31) RJ 2006\910.

(32) Flores Rodríguez, J., "El problema del alcance no vinculante de las meras descripciones del uso y destino de la propiedad privativa contenidas en el Título constitutivo de la propiedad horizontal" *Revista de Derecho Patrimonial* nº 18, 2007, págs. 343 y ss.

Con la legislación anterior, que hacía referencia a "actividades permitidas", Pere Raluy, J., «El arrendamiento y la propiedad horizontal», Pretor, 1964, marzo-abril, pág. 174, ya había señalado entre las no permitidas había que entender las "expresamente prohibidas".

(33) González Carrasco, M.C., "Limitaciones a los derechos del propietario sobre un elemento privativo". *Derecho de la construcción y la vivienda*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

meración exhaustiva de aquellos usos no permitidos, puesto que ante la no prohibición expresa hay que entender autorizado el uso. Concluye el TS que en el título constitutivo se hace constar de ordinario el uso y destino del edificio, pero esta mera descripción no supone limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello deviene necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento, tanto para los fundadores de la Comunidad, como para los titulares posteriores, y a ninguno de ellos se le puede privar de la utilización de su derecho de propiedad como considere oportuno, siempre que el destino elegido no esté prohibido singularmente en aquellos documentos (34). La DGRN de 18 de junio de 2010 (35) estimó que, constando en los Estatutos que las viviendas y locales tendrían únicamente tal destino, no puede inscribirse tal alteración cuando solo ha concurrido la voluntad del propietario, siendo necesaria la autorización de la comunidad. En el artículo noveno de los Estatutos se hacía constar: "Los pisos se destinarán únicamente a viviendas o locales de la finalidad expresada en su denominación".

El pacto tácito, o voluntad contraria al desarrollo de ciertos usos no permite concluir tampoco que exista una prohibición para ejercer determinadas actividades (36).

En el mismo sentido, la STS de 24 de octubre de 2011 (37), que añade que ello no empece que el uso pueda ser dañoso, molesto, nocivo o peligroso, lo que ha de decidirse en otro ámbito normativo.

2ª) En consecuencia, **la mera descripción del elemento privativo en los estatutos no supone, en ningún caso, prohibición**. Por todas, la STS de 15 de junio de 2018 ha concluido que la limitación o alteración del uso no puede deducirse de la mera descripción del inmueble, cuando dice "local para oficina en la planta baja". Se pretendía destinar el local a la instalación de una cervecería, un cambio más que sustancial en el destino previsto estatutariamente que el TS considera procedente, porque la determinación

(34) STS 123/2006, de 23 de febrero. Rec. 1374/1999. La Ley 429/2006.

(35) RJ/2010/4875.

(36) La SAP de Barcelona de 13 de octubre de 2014 (AC 2014\2055) así lo señala, en el supuesto de hecho de una comunidad que tenía el acuerdo no escrito de prohibición de actividades de hospedería que, por no constar ni en el título constitutivo ni en los estatutos puede fundamentar la limitación al ejercicio de actividad alguna.

(37) RJ 2012\430.

del uso señalada previamente no puede restringir las facultades de uso y disfrute inherentes al derecho de propiedad.

Desde mi punto de vista, la descripción que los Estatutos, como norma comunitaria que a tenor de la LPH puede determinar los usos a desarrollar en los pisos y locales sí es determinante. Si la voluntad de las partes al constituir el título fue que el local en la planta baja se destinara a oficina, ello se debió a la clara intención de acotar un uso (genérico y que permite muchas variantes) en concreto y, el propietario que adquiere el local consultando el estado del inmueble en el Registro de la Propiedad conocía el uso al que podía destinarlo. Otro criterio haría irrelevante la descripción, que propia Ley Hipotecaria exige tal y como consta y no de otra manera ni con más precisiones. De restar importancia a la descripción debería permitirse simplemente numerar los elementos privativos sin necesidad de hacer referencia a su destino.

La propia Ley distingue entre piso y local cuando podría haberse referido genéricamente a elementos privativos, por lo que no puede entenderse superflua la descripción. Lógicamente, a todo comprador le influye, tanto las características físicas del inmueble como la ubicación geográfica del mismo, así como la orientación, la altura, y muy particularmente todo aquello que pueda causarle cualquier tipo de perturbación, por lo que si adquirió una vivienda confiado que en el piso inferior solo podrían instalarse oficinas, no puede verse sorprendido con una cervecería, por el simple hecho que lo autoricen las normas urbanísticas o no se hayan descrito exhaustivamente en los estatutos los usos prohibidos distintos de vivienda o local de oficinas. Entiendo que en Derecho Civil los pactos, los acuerdos, son el camino por el que deben de discurrir las actuaciones de las partes y no deben interpretarse en base al principio de lo que no está prohibido está permitido, algo más propio del derecho público que de las relaciones privadas y que altera principios tan arraigados en el Derecho Civil como *pacta sunt servanda* o la interpretación favorable a los contratos. Mantener esa posición es hacer irrelevante el derecho civil en esta materia y convertirlo un derecho patológico, algo contrario al normal desarrollo del Derecho Civil.

Tanto la LPH como la legislación hipotecaria obligan en el título constitutivo a la descripción del inmueble(38): art. 5 LPH “El título

(38) Por su parte, el art. 8 LH prescribe: “Se inscribirán como una sola finca y bajo un mismo número (...) 4º. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o por lo menos comenzada. En la inscripción se harán constar, *con las circunstancias prescritas por la Ley*, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales sus-

constitutivo de la propiedad por pisos o locales *describirá*, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquellos... *La descripción del inmueble* habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria...", que son las que recoge el art. 51 RH. La descripción –en virtud del principio de especialidad– debe ser exhaustiva, al efecto de que la publicidad registral produzca el resultado de la seguridad jurídica. Resulta indispensable determinar sin ningún género de duda, los elementos integrantes de la relación jurídico-material que van a ser objeto de la misma. Por esta razón la doctrina habla del principio de especialidad, que equivale a claridad o transparencia (en relación al derecho que se constituye, modifica o extingue, a la causa jurídica del derecho y, por último, sus titulares). En un principio, el TS entendió vinculante y suficiente el destino dado a los elementos privativos en el título para entender prohibidos usos que no tuvieran cabida en aquel. Así, en la ya citada STS de 23 de noviembre de 1995, figurando el destino de los pisos a vivienda y el de los locales a industrias o negocios, se estimó suficiente para no poder establecer un negocio de hostelería.

Sobre la eficacia, a efectos de limitaciones de uso, de la descripción del elemento privativo en el título, ni la doctrina de la DGRN (39) ni la Jurisprudencia del TS (40) ha sido uniforme, manteniendo en un principio que la expresión del destino del elemento privativo vinculaba al propietario en relación al uso del mismo. El art. 7.3 de la LPH en su redacción de 1960 hacía referencia a "actividades permitidas" en los Estatutos, entendiéndose por tanto que la expresión del destino del elemento privativo impedía la realización de una actividad distinta que no hubiera sido autorizada por acuerdo unánime de la Junta de Propietarios. Al mismo tiempo, sin embargo, otros fallos adoptaban el criterio contrario, restando eficacia a la descripción como criterio vinculante a la hora de determinar el uso permitido.

---

ceptibles de aprovechamiento independiente, (...). Se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el título y en los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad. 5º. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen".

(39) En la RDGRN de 25 de septiembre de 1991 ((RJ 1991\6236).BOE de 14 de octubre de 1995), los estatutos recogían el destino del desván a trastero y se entendió vinculante.

(40) SSTS de 28 de abril de 1978 (RJ 1978, 1461) y 23 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8898), en la que figurando el destino de los pisos a vivienda y el de los locales a industrias o negocios, se estimó suficiente para no poder establecer un negocio de hostelería.

En particular, la distinción estatutaria entre "locales comerciales" y "viviendas", no precisa la autorización unánime de la Junta para cambiar el uso de un local a vivienda, de tal forma que "los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria" (41). Cuando se trata de cambio de vivienda a local, la doctrina administrativa de la DG ha cambiado su criterio (42), pues había manifestado que incluso la licencia municipal concedida en orden a realizar las obras pertinentes para alterar el uso (de trastero a local), había que entenderla subordinada a la aprobación de la Junta. Igualmente, el TS había declarado que el cambio de trastero a vivienda "supone una total innovación en el régimen del inmueble por decisión de un solo propietario de local, destinado a trastero y mantenido con esa denominación, con la trascendencia de que esto ha de repercutir en el régimen que a los demás afecta y con los que no se ha contado" (43). En la de 21 de octubre de 2014 (44) supeditó igualmente el cambio de uso a la autorización de la Junta, cuando en los estatutos constaba que "*los pisos se destinarán únicamente a viviendas o locales según la finalidad expresada en su denominación"*. Aquí no se refleja la prohibición expresa, sino que se indica que se permite el uso por el que se denomina cada elemento privativo: local o vivienda. Para este concreto cambio de uso, de local a vivienda y viceversa, entiende ahora que, aún señalado estatutariamente e inscrito en el Registro que un elemento privativo es vivienda o es local puede

(41) STS de 3 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6502) que cita con idéntico fundamento las de 24 de octubre de 2011 (RJ 2012\431), 20 de octubre de 2008, 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1794) y 5 de octubre de 2013. En el mismo sentido STS 25/06/2013 (RJ 2013/4636).

(42) RDGRN de 25 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6236) "En la descripción de los diversos elementos privativos, el correspondiente al número 13 figura como una «planta de desvanes destinada a trasteros», y aunque normalmente tales desvanes por su situación inmediata al tejado suelen tener la consideración de elementos comunes del edificio, o bien de anejo inseparable de un piso o local, nada impide y así ha sucedido en este caso, el que pueda configurarse como un elemento privativo independiente al tener todo él una salida directa a la escalera, mas, en cualquier caso, *la alteración de su destino supone un cambio importante en la medida que afecta a todos los copropietarios del inmueble y requerirá la aprobación de la Junta de Condueños al suponer una modificación del título constitutivo*".

(43) TS 15 de marzo de 2000 (RJ 2000\1836).

(44) Resolución de 21 octubre de 2014 (RJ 2014\6098).

el propietario, sin necesidad de contar con el resto y sin ni siquiera comunicarlo a la Junta, cambiar de vivienda a local o viceversa.

Por tanto, se permite el desarrollo de un uso:

1º) Que esté permitido conforme al Plan General de Ordenación Urbana y al Planeamiento de desarrollo.

2º) Que no suponga una actividad molesta, insalubre, nociva o peligrosa (45).

3º) Que no esté prohibido de manera expresa en los Estatutos contenidos en el Título Constitutivo de la propiedad horizontal del inmueble en que esté sito el elemento privativo.

Como criterios de actuación en materia de cambio de destino de local a vivienda, la STS de 25 de junio de 2013 (46) establece las siguientes pautas:

— Que el principio general es la libertad de actividad, con excepción de prohibiciones concretas en los Estatutos

— Que cuando exista limitación en el título, la interpretación debe ser siempre restrictiva, precisamente por ser una excepción a la regla de plena disposición de la propiedad

— Que la concesión o rechazo de licencia por la autoridad administrativa no vincula a la comunidad de propietarios

— Que destinar el piso o local a una actividad no le permite obras que afecten a los servicios o elementos comunes

(45) El Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado mediante el Decreto 2414/1961, fue derogado por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera. Esta derogación sólo surtía efecto en aquellas Comunidades Autónomas que tuvieran aprobada una regulación sobre el tema, y en tanto no se regulase por las demás. En Andalucía, la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental, supuso la adopción de una normativa completa en relación con el control ambiental de aquellas actuaciones que previsiblemente pueden tener unas repercusiones negativas sobre el medio ambiente. Posteriormente, el Decreto 297/1995, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Calificación Ambiental recoge y adapta la tradición implantada desde 1961 por el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. La Disposición Final Tercera de la Ley 7/1994 declara la aplicación supletoria del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas hasta tanto se aprueben las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de la misma.

(46) STS de 25 de junio de 2013 (RJ 2013\4636).

— Que la junta de propietarios siempre tendrá la posibilidad de prohibir el uso si se dan las circunstancias expuestas y que contiene el art. 7.2 LPH

Desde mi punto de vista es un error aislar la prohibición de la propia naturaleza de la LPH, cuya finalidad primordial es la convivencia en un espacio físico que no es posible sin normas que la reglamenten. Por eso, el art. 7.2 de la LPH prohíbe la realización de actividades prohibidas en los estatutos o que resulten dañosas para la finca. Interpretar, en el sentido más literal del precepto, que todo lo que no está prohibido estatutariamente está permitido, y que por tanto los usos no prohibidos están permitidos a salvo que sean dañosos para la finca o contravengan las disposiciones generales a las que se que refiere (actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas) es tanto como aislar el precepto del resto de las normas reguladoras de la propiedad horizontal y perder de vista que no nos encontramos ante una propiedad considerada aisladamente, sino dentro de un régimen singular y específico cual es el de la propiedad de casas por pisos.

La LPH prohíbe las actividades a que hace referencia el art. 7.2 al ocupante del piso o local en él o en el resto del inmueble, es decir, en los elementos comunes. Si en el elemento privativo puede desarrollar todo uso que no esté expresamente prohibido, ¿por qué no también en los elementos comunes? En relación a estos elementos, el art. 8 de la LPH exige respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un *uso adecuado* de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos. Ninguna referencia a usos permitidos estatutariamente, sino que se exige un uso adecuado. Entiendo, por tanto, que igualmente cabe mantener que los usos de los pisos y locales deben ser igualmente adecuados a los mismos sin que ello suponga restricción alguna en el derecho de propiedad.

Tal y como hemos visto más arriba, siempre queda la posibilidad de acudir a la normativa sobre actividades molestas, insalubres... En relación a las primeras, la molestia es en muchos casos subjetiva y difícil de probar. Baste hacer referencia a una materia tan de actualidad como el arrendamiento turístico de pisos y apartamentos. Como señala Cabezuelo Arenas (47), es una actividad potencialmente

(47) Vid. Cabezuelo Arenas, A.L., "Edificios sometidos a propiedad hori-

molesta, por más que nuestros Tribunales se resistan a la hora de otorgarle *a priori* este calificativo. Por contra, y en relación a otras actividades, más fácil de calificar como dañosas, por ejemplo, o insalubres, resulta obvio que no se pueden desarrollar, ni siguiera siendo una propiedad individual no sometida a la LPH, por lo que tanto en un sentido como en otro nada nuevo añaden al régimen de propiedad horizontal, ni al régimen ordinario del derecho de propiedad. El verdadero límite esta en los adecuados uso y utilización del elemento privativo tal y como se contempla estatutariamente y publica el Registro de la Propiedad.

## VI. RÉGIMEN DE LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS MODIFICATIVOS DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. LA REGLA DE LA UNANIMIDAD

El art. 5.3 de la LPH reglamenta que 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. La norma deja claro que el título puede recoger reglas de uso y destino del edificio y de sus diferentes elementos privativos, pisos o locales. Para modificar el título habrán de observarse los mismos requisitos que para la constitución (últ. Pfo. Art. 5).

---

zontal y arriendo turístico de pisos. Tres vías de prevención y/o defensa de la Comunidad frente a una actividad potencialmente molesta", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.5/2018, págs. 19 a 51.

Recientemente ha aparecido en los medios de comunicación la noticia de que el Gobierno propone facilitar el veto de las comunidades de vecinos a los pisos turísticos. Se argumenta que el establecimiento de la prohibición en el título constitutivo requiere unanimidad, lo que no es posible desde el momento en que se requiere el consentimiento del propietario que pudiera resultar afectado, por lo que la oposición de ese propietario impediría la adopción del acuerdo (olvidando que se puede alcanzar la unanimidad presunta). Se da un plazo a las comunidades para que hagan sus observaciones a dos propuestas: la primera, acotar el alquiler de temporada en la LAU; la segunda, crear un registro estatal único de todas las viviendas de uso turístico en España como instrumento de control para las comunidades conectado con el Ministerio del Interior y con el de Hacienda. Todo ello con la finalidad de contar con un "mapa de viviendas de uso turístico".

Se promete un cambio en la ley de propiedad horizontal, "que permita a las comunidades de vecinos decidir sobre lo que se hace en sus propiedades ", cuando esta opción ya existe sin necesidad de modificar ley alguna.

Por su parte, el artículo 17 hace referencia a las reglas a las que se someten los acuerdos de la Junta de propietarios. El apartado 6 señala: "Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen una aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su vez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación". Para la adopción de acuerdos que comporten modificación del título constitutivo es necesaria unanimidad. La falta de unanimidad dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho (48).

La falta de unanimidad causada por la oposición sin fundamento de uno de los copropietarios, por el simple móvil de causar molestias, incordiar y hostigar a los demás, y dado que nada impide que la cuestión se decida en el juicio declarativo correspondiente con intervención del propietario disidente puede constituir un supuesto de abuso del derecho (49).

En relación a la unanimidad, pueden plantearse las siguientes dudas:

— Propietarios morosos. No cuentan para la unanimidad, debiendo reflejarse en el acta. Puesto que el propietario moroso puede asistir a la Junta pero no tiene derecho de voto, "el acta de la Junta reflejará los propietarios privados del derecho de voto, cuya persona y cuota de participación en la comunidad no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en esta Ley" (art. 15.2 LPH).

— Propietarios no asistentes debidamente citados (art. 9.h) art. 17.8 LPH: "Se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción". Señala García García que se trata de suavizar los efectos de la unanimidad, hablándose de cuasiunanimidad, debiendo poner el precepto en relación con el

(48) STS de 13 de marzo de 2003 (RJ 2003\2579) que recuerda en idéntico sentido las de 24 septiembre 1991, 22 de mayo 1992, 26 de junio de 1993, 19 de noviembre de 1996, 5 de mayo 2000 y 7 de marzo de 2002.

(49) Argumento ex STS 13 de marzo de 2003.

art. 9.1.h de la LPH. A efectos registrales ello implica que no se exige la notificación fehaciente a los ausentes, sino que basta certificación del Secretario con el visto bueno del Presidente, acreditativa de que se hicieron las citaciones a los ausentes, y de que han transcurrido treinta días naturales sin haber manifestado al secretario su discrepancia. El plazo de los treinta días es independiente y diferente del previsto para la impugnación del acuerdo, que no afecta a la inscripción ni al problema de la unanimidad del acuerdo. El ausente impugnante puede solicitar anotación de la demanda de nulidad del acuerdo. Se reitera García García en que para la ejecutividad del acuerdo, respecto de los ausentes, hay que estar al plazo de treinta días naturales del art. 17.1.4, sin perjuicio de que ulteriormente el ausente pueda impugnar el acuerdo por las causas a que se refiere el precepto, que operan de modo diferente, pues ya no se tratará de impugnar por falta de unanimidad, sino por otra de las causas de los apartados a), b) o c) del art. 17 (50).

Aclara Gómez de la Escalera (51) que, de este modo, la ley contempla dos formas de obtener la unanimidad. Una unanimidad *real o verdadera*, que se dará cuando todos los propietarios asisten a la Junta, personalmente o por representación, y votan a favor del acuerdo, y una unanimidad *legal o ficticia*, que se obtendrá con los votos favorables de todos los propietarios asistentes a la Junta a los que se añadirán posteriormente los votos presuntos, tácitos, ficticios o *ex lege* que la ley imputa a los propietarios ausentes por el hecho de haber guardado silencio y no haber manifestado su oposición dentro del plazo de los 30 días naturales. De esa manera el acuerdo tomado tendrá existencia legal y jurídica cuando transcurra el plazo de 30 días.

Esta posibilidad de llegar a la unanimidad, que está prevista por la propia LPH, no distingue entre los diferentes contenidos que puede tener el acuerdo. Se exige unanimidad para los "...acuerdos no regulados expresamente en este artículo, *que impliquen una aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad*",

(50) García García, J.M., Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil, Tomo II, Registradores de España-Civitas Thomson Reuthers, Navarra, 2014, págs. 3567 y ss.

(51) Gómez de la Escalera, C.R., "Legitimación del propietario ausente para impugnar los acuerdos adoptados por los asistentes a la junta, cuando no manifestó su oposición dentro del plazo de los 30 días", Diario La Ley, Nº 7186, Sección Doctrina, 1 de Junio de 2009. Editorial La Ley 12137/2009.

(art. 17.6 LPH) aclarando el art. 17.8 LPH que la denominada unanimidad presunta resulta aplicable a todos los acuerdos que requieran este quórum salvo:

a) "en los supuestos legalmente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a aquellos propietarios que no hubiesen votado favorablemente en la Junta a favor del acuerdo"

b) "en los casos en los que la modificación o reforma se haga para aprovechamiento privativo"

## VII. LA NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO DEL PROPIETARIO AFECTADO

En la legislación catalana anterior a la Ley 5/2015 de 13 de mayo, el art. 553-25.4 imponía el consentimiento del propietario afectado cuando los acuerdos disminuyeran las facultades de uso y disfrute de cualquier propietario, norma esta que no existe en Derecho común. Por eso, cuando este precepto estaba en vigor había que entender que era necesario el voto a favor en la Junta de todos los propietarios presentes, no pudiendo ni siquiera abstenerse el propietario que pudiera considerarse afectado por la restricción. Por ejemplo, si se quiere aprobar la prohibición de uso de hostelería de los locales situados en la planta baja, los propietarios de los locales debían votar a favor de la restricción. Hecho este bastante improbable, por cuanto nadie quiere limitarse posibilidades que en el futuro pueden interesarle, aún cuando pudieran suponer una incomodidad o perjuicio para el resto de la comunidad. Lo que la Resolución citada explica con acierto es que los propietarios de viviendas no presentes en la reunión que aprueba la restricción a los que se les ha notificado el acuerdo *y no se han opuesto en el plazo legal*, se cuentan como votos favorables. Si la restricción afecta a las viviendas y hay un voto contrario de un propietario de locales, este acuerdo no le afectaría. La Ley 5/2015 ha alterado este régimen y no exige el consentimiento para la limitación del uso (52).

(52) En la RDGEJ de Cataluña de 6 de febrero de 2017 se planteaba este supuesto. La Registradora había denegado la inscripción del acuerdo modificativo de los estatutos basándose en la legislación y doctrina jurisprudencial anterior a la reforma por Ley 2/2015, (publicada en el BOE el 20 de mayo de 2015 y en el DOGC el 24 de mayo de 2015) citando Resoluciones del mismo órgano de fecha 21 de abril de 2010, 14 de julio de 2015 y 15 de octubre de 2015. En la primera de ellas constaba el voto en contra del representante del propietario. En las de 14 de julio y 15 de octubre de 2015 constaba la oposición del propietario afectado.

La Ley catalana exigía (antes de 2015) en su art. 553.25.4 que "Los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente". Era preciso, por tanto, el consentimiento expreso del propietario afectado por la prohibición de uso para la válida adopción del acuerdo y, lógicamente, para su posterior inscripción, por lo que los fallos judiciales y administrativos, en cumplimiento de la norma, iban en esta dirección. La SAP de Barcelona de 22 de marzo de 2018 (53), que enjuicia un supuesto (los hechos tuvieron lugar en 2014) de prohibición de uso turístico, aún cuando se haya obtenido la preceptiva licencia municipal, señala, sin embargo, que a pesar de no constar el consentimiento del propietario afectado, puesto que el acuerdo figura inscrito en el Registro y su validez no se ha cuestionado en la fase de audiencia previa estima válido el acuerdo. Los Estatutos de una comunidad, señala, "fijan, por naturaleza, un marco general de convivencia, al amparo de los establecido en el CCCat en lo relativo al uso y aprovechamiento de los bienes privativos y de los bienes comunes, incluidas las que pudieran limitar las actividades que se pueden desarrollar en los elementos privativos. Evidentemente la comunidad es soberana, dentro del marco de sus competencias, para establecer las normas de convivencia que entienda oportunas, mas las limitaciones de las actividades de los comuneros deben justificarse atendiendo al interés general y siempre que esta regulación se refiera a actividades futuras". Así, no es oponible a los interesados si en el momento de adquisición de su vivienda la indicada limitación no constaba inscrita en el Registro de la Propiedad (54).

La Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales alteró sustancialmente este régimen. Tras la reforma, el art. 553.25.4 CCCat señala: "Los acuerdos que modifiquen la cuota de participación, los que *priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes* y los que determinen la extinción del régimen de la propiedad horizontal simple o compleja requieren el

Efectivamente, en caso de oposición el acuerdo no es inscribible. No discutimos eso. La LPH así lo señala en su art. 17.8. y el Código Civil Catalán en su art. 553.26.3.

(53) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 Mar. 2018, JUR 2018\103269.

(54) Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 Dic. 2017 (AC 2017\1701). En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de abril de 2018, (JUR 2018\124701).

consentimiento expreso de los propietarios afectados". Se suprime la necesidad de consentimiento expreso del propietario afectado en orden a la adopción válida de acuerdos que alteren las facultades de uso y disfrute de los elementos privativos, y se reserva este requisito solamente para los acuerdos que priven a cualquier propietario de uso y disfrute de los elementos comunes. En la LPH no existe norma alguna que requiera el consentimiento del propietario que puede considerarse afectado para la adopción de este tipo de acuerdos, aunque así viene requiriéndose por la jurisprudencia y la DGRN por entender que se trata de un acuerdo restrictivo de derechos.

En referencia a las mayorías requeridas, el CCCat prescribe en su Art. 553. 26.2. a) Es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para:

a) Modificar el título de constitución y los estatutos, salvo que exista una disposición legal en sentido contrario.

Art. 553.26.3. Los acuerdos de los apartados 1 y 2 se entienden adoptados:

a) Si se requiere la unanimidad, cuando han votado favorablemente todos los participantes en la votación y, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo, no se ha opuesto ningún otro propietario mediante un escrito enviado a la secretaría por cualquier medio fehaciente.

b) Si se requieren las cuatro quintas partes, cuando han votado favorablemente la mayoría simple de los propietarios y de las cuotas participantes en la votación y, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo, se alcanza la mayoría cualificada contando como voto favorable la posición de los propietarios ausentes que, en dicho plazo, no se han opuesto al acuerdo mediante un escrito enviado a la secretaría por cualquier medio fehaciente.

La norma no exige la unanimidad para este tipo de modificación estatutaria, sino las cuatro quintas partes, pero prevé de manera análoga a la legislación común la manera de llegar a la mayoría necesaria contando como votos favorables para la adopción del acuerdo los de los propietarios ausentes que no se hayan opuesto a aquel en el plazo de un mes, sin que pueda alegarse abuso de derecho en el establecimiento de la prohibición(55).

(55) "La prohibición acordada en la Junta de Propietarios es plenamente

En consecuencia, un acuerdo restrictivo o prohibitivo de usos en los elementos privativos será válido, por tanto, cuando se cumplan estos dos presupuestos:

1º) Si en la Junta de Propietarios se somete a votación y se consigue la mayoría que requiere la Ley: unanimidad de todos los propietarios que representen el total de las cuotas de participación en la LPH (art.17.6) y cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación en el CCCat. (Art. 553.26.2.a).

2º) Si no hay oposición del propietario afectado, puesto que a efectos de cómputo de las mayorías requeridas legalmente, se contarán como votos favorables para la adopción del acuerdo los de los propietarios ausentes debidamente citados que no se hayan opuesto (manifestado su discrepancia) a aquel en el plazo de 30 días naturales (art. 17.8 LPH) o un mes (Art. 553.26.3.b. CCCat)

A tenor de esta doctrina, la comunidad de propietarios no es competente para decidir el destino de sus elementos privativos, lo que considero muy criticable, máxime porque la necesidad de consentimiento expreso (no basta el consentimiento presunto previsto por el art. 17.8 LPH) no viene recogida en norma sustantiva alguna.

Considero de vital interés valorar los argumentos en los que el Centro Directivo fundamenta esta exigencia. Recordando los recogidos en la RDGRN de 17 de enero de 2018, la de 27 de julio de 2018, entiende:

---

conforme al artículo 553.11.2.e) del Código Civil de Cataluña que admite la validez de las cláusulas estatutarias que limiten las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos, en relación con el artículo 553.47 que impide a los propietarios de los pisos o locales que puedan realizar, en el elemento privativo o en el resto del inmueble, actividades que los estatutos prohíban, o que sean perjudiciales para la finca, lo cual significa que para prohibir en los estatutos una actividad la misma no tiene que ser necesariamente una actividad perjudicial para la finca, encontrándose en cualquier caso sometido el acuerdo de prohibición a los límites de la ley, y del abuso de derecho.

En general, el artículo 541.2 del Código Civil de Cataluña dispone que las facultades que otorga el derecho de propiedad se ejercen, de acuerdo con su función social, dentro de los límites y con las restricciones establecidas por las Leyes; y el artículo 545.3 aclara que las restricciones que resultan de la existencia de situaciones de comunidad son restricciones en interés privado, que afectan a la disponibilidad y al ejercicio del derecho, que constituyen límites ordinarios del derecho de propiedad" (Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 2017 (AC 2017\1302).

1º) que en la regulación legal subyace un principio general, que es que "la limitación de las competencias de la junta hace que no solo queden excluidos de las mismas los *actos que restrinjan o menoscaben el contenido esencial de la propiedad de un elemento privativo* sino también la realización de aquellos actos que tengan por objeto los elementos comunes que, directa o indirectamente, perjudiquen el derecho de alguno de los condueños al adecuado uso y disfrute de su propiedad o de los derechos que le sean atribuidos en el título constitutivo".

2º) Como ejemplos de que efectivamente este principio subyace, cita:

— Cuando la LPH establece en el art. 17.4 que "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".

Efectivamente, en este supuesto la innovación supone que una parte del edificio resulte inservible para un propietario. Por ejemplo, La Resolución de 27 de diciembre de 2010(56), se refiere a la desafección de un elemento común. Se requiere la comparecencia de todos los propietarios del edificio prestando su consentimiento, pues el derecho de los titulares queda afectado al reducirse el objeto material sobre el que se proyecta la cotitularidad, al sustraerse uno de los elementos que anteriormente la integraban. Sin embargo, en la posterior de 17 de enero de 2018 se deniega la inscripción del acuerdo por el que uno de los propietarios de los ocho locales del edificio había cedido gratuitamente a los titulares de seis de los locales el uso exclusivo que le correspondía sobre la azotea

Sin embargo, y excediendo de lo que la norma prescribe, la DGRN tiene declarado que la modificación del título constitutivo en relación al desarrollo de ciertos usos en los elementos privativos "al afectar al contenido esencial del derecho de dominio, *requiere el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes*, el cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), de modo que no podrá inscribirse la modificación si no se ha otorgado «uti singuli» por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr.

(56) RDGRN de 27 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1327).

artículo 20 de la Ley Hipotecaria), *sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta* (cfr. artículo 17, regla 8, de la Ley sobre propiedad horizontal), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales (57).

En Derecho común se viene exigiendo el consentimiento individual del propietario al que pudiera perjudicar el acuerdo cuando la modificación estatutaria es posterior a la adquisición de la titularidad. Resulta obvio que cuando un propietario ha adquirido un elemento privativo en un momento en que en el Registro no aparecían las normas de comunidad que le limitaban un uso determinado del mismo no puede ser privado de este uso contra su voluntad. Pero tampoco puede impedir, con su voto contrario, que la norma de comunidad aprobada acceda al Registro de la Propiedad de manera que, una vez inscrita, los futuros adquirentes no pueden alegar desconocimiento.

Si la adopción del acuerdo tiene lugar con posterioridad a la adquisición del elemento privativo, es válida la regla de la unanimidad, expresa o presunta, porque la LPH lo permite así. En el caso de prohibiciones aprobadas con posterioridad a una adquisición, ello no presenta especiales problemas de oponibilidad al propietario, puesto que al exigirse la unanimidad, habrá sido necesario que preste su consentimiento, aunque lo haya hecho mediante el silencio positivo (art. 17.1) (58). Cuando transmitan el inmueble, los adquirentes, que tendrán conocimiento de la limitación, ya no podrán iniciar el uso prohibido o tendrán que cesar ese uso. Se trata de un inconveniente insalvable con el que se encuentran las comunidades. Si la limitación de uso no se concreta al constituir la propiedad horizontal será después muy difícil de alcanzar una vez iniciada la venta de pisos y locales pero, a su vez, las necesidades futuras no pueden adelantarse de modo absoluto, pues son imprevisibles. Baste hacer referencia al actual problema existente en relación a los usos turísticos de los elementos privativos, hecho éste inimaginable hace más de una década.

Con este panorama, la RDGRN de 27 de julio de 2018 confirma la nota del Registrador, que denegó la inscripción de la modificación estatutaria aprobada por acuerdo unánime de los asistentes a la Junta. Se trataba de la prohibición de ejercicio en los locales comer-

(57) RDGRN de 18 septiembre de 2015 (RJ 2015\4811).

(58) Álvarez Olalla, P., "Comentario al art. 7.2 de la LPH", en *Grandes Tratados. Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal.* Editorial Aranzadi, 2014, págs. 229-230.

ciales de cualquier actividad del sector de la restauración, gimnasio o que empleen música para su actividad y actividades de salón de juegos o recreativos y supermercados. Entendiendo que dicha modificación afecta al local comercial sito en la finca y a los derechos de propiedad del titular del mismo que *cuando adquirió no constaba en los estatutos*, exige el consentimiento del propietario del único local del inmueble. La comunidad alega en el recurso que la LPH permite la modificación del título constitutivo y de los estatutos por unanimidad de los propietarios que representen la totalidad de las cuotas de participación y que no existe norma alguna que ampare la exigencia de consentimiento en escritura pública de un propietario afectado que además no ha hecho uso de su derecho de oposición ni de impugnación, por lo que se supera la función del Registrador y que la exigencia deja en manos de cualquier propietario la modificación estatutaria, que siempre afectará a alguno, aun cuando ni se oponga al acuerdo ni impugne judicialmente.

La Resolución distingue entre *actos colectivos y actos individuales*. Los primeros se imputan a la Junta como órgano comunitario (desafectación de elementos comunes, vinculación "ob rem" de trasteros a viviendas como anejos); los segundos afectan al contenido esencial del derecho de dominio y requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual hay que hacer constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad, por lo que no podría inscribirse la modificación si no se han otorgado por todos los que en el momento de la inscripción aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos *sin que baste la unanimidad presunta*, entendiendo que no se trata de una decisión de la Junta, sino de una decisión personal e individual de cada propietario, sujeta a las reglas de capacidad, legitimación y forma propia de las declaraciones de voluntad personales."En el primer caso las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo imponen la acreditación de que el titular registral de los elementos afectados ha prestado su consentimiento en la forma determinada por la ley, mientras que en el segundo es suficiente acreditar que se ha alcanzado el acuerdo colectivo exigido por la legislación reguladora de la propiedad horizontal" (59).

Siguiendo esta doctrina, la unanimidad requerida por la LPH no es suficiente, pues no se contempla como viable la adopción de aquella por la vía del art. 17.8 LPH, sino que además se exige que el propietario que pueda considerarse afectado manifieste su consentimiento

(59) RDGRN de 17 de enero de 2018 (RJ 2018\55).

expreso a la modificación. En una votación sobre prohibición de ciertos usos de elementos privativos –pongamos por caso que se trata de evitar que los locales destinados a oficinas según los Estatutos se conviertan en locales de hostelería–, deben prestar su consentimiento expreso todos los propietarios de locales. En una votación que persigue prohibir que se instalen negocios en las viviendas sería necesario el consentimiento expreso de todos los propietarios de viviendas, porque se trata de recabar este consentimiento de todos los propietarios que *potencialmente* pudieran en un futuro resultar perjudicados por el acuerdo.

Desde mi punto de vista, la regla de la unanimidad, expresa o presunta, es válida para la adopción de acuerdos modificativos del título constitutivo. Precisamente por encontrarnos en un régimen de comunidad, comunidad que de concepto es fuente de conflictos al coexistir diferentes titulares de elementos de distinta naturaleza, se trata de establecer normas que permitan la adecuada convivencia entre todos, por lo que en este régimen, todos los actos son colectivos, aun cuando lógicamente afecten a elementos individuales.

## BIBLIOGRAFÍA


Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, Tomo III, Volumen 1º, J.M. Bosch. Editor, octava edición, Barcelona, 1994.

Álvarez Olalla, P.: "Comentario al art. 7.2 de la LPH", en *Grandes Tratados. Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal.* Editorial Aranzadi, 2014, págs.219 a 270.

Arnáiz Ramos, R.: en el comentario al trabajo de Fuentes-Lojo Rius, A. "Las normas comunitarias que regulen la actividad turística que se desarrolle en elementos privativos del inmueble ¿son normas de naturaleza estatutaria o son normas relativas al reglamento de régimen interior de la comunidad?", *Actualidad Civil*, Nº 7-8, Julio-Agosto 2018, Editorial WoltersKluwer, LA LEY 7839/2018

Cabezuelo Arenas, A. L.: "Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos. Tres vías de prevención y/o defensa de la Comunidad frente a una actividad potencialmente molesta", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2018, págs. 19 a 51.

Dabin, J.: *El derecho subjetivo*, Traducida por Osset, F.J., EDERSA, Madrid, 1955.

De Los Mozos, J.L.: *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

Díez Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1995.

Flores Rodríguez, J.: "El problema del alcance no vinculante de las meras descripciones del uso y destino de la propiedad privativa contenidas en

el Título constitutivo de la propiedad horizontal" *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 18/2007, págs. 343 a 350.

García García, J.M.: Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil, Tomo II, Registradores de España-Civitas Thomson Reuthers, Navarra, 2014.

Gisbert, F.: "Las limitaciones referentes al uso en la propiedad horizontal", *Revista Pretor*, enero-febrero 1962, nº 7, págs. 5 a 41.

Gómez de la Escalera, C.R.: "Legitimación del propietario ausente para impugnar los acuerdos adoptados por los asistentes a la junta, cuando no manifestó su oposición dentro del plazo de los 30 días", Diario La Ley, Nº 7186, Sección Doctrina, 1 de Junio de 2009. Editorial La Ley 12137/2009.

González Carrasco, M.C.: "Limitaciones a los derechos del propietario sobre un elemento privativo". *Derecho de la construcción y la vivienda*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

González Martínez, J.: "Propiedad de pisos y habitaciones", en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1958.

López Colmenarejo, F.: "La comunidad de bienes. Tema 4", en Instituciones de Derecho Privado, coord. por Delgado de Miguel, F. Tomo II, Derechos Reales, vol. 1º, Thomson Civitas, Madrid, 2002.

Montés Penadés, V.: *Comentario del Código Civil*. Comentario del art. 348 del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Pere Raluy, J.: «El arrendamiento y la propiedad horizontal», *Pretor*, 1964, marzo-abril, págs. 171 a 198.

Rivero Hernández, F.: "Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada" en *Conjuntos Inmobiliarios y Multipropiedad. Ponencias y Proyectos de Ley sobre Conjuntos inmobiliarios*, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993.

## JURISPRUDENCIA CITADA Y CONSULTADA

TRIBUNAL SUPREMO Y AUDIENCIAS

STS de 28 de abril de 1978 (RJ 1978,1461)
STR de 14 de noviembre de 1985 (RJ 1985,5609)
STS 31 de octubre de 1987 (RJ 1987/7492)
STS de 23 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8898)
STS de 13 de marzo de 2003 (RJ 2003\2579)
STS de 23 de febrero de 2006 RJ 2006\910
STS 15 de marzo de 2000 (RJ 2000\1836)
STS de 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1794)
STS de 24 de octubre de 2011 (RJ 2012\431),
STS de 25 de junio de 2013(RJ 2013/4636)
STS de 3 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6502)
STS de 15 de junio de 2018 (RJ 2018\2453).

SAP de Barcelona de 13 de octubre de 2014 (AC 2014\2055)
SAP de Barcelona de 5 de julio de 2017 (AC 2017\1302).
SAP de Barcelona de 27 de diciembre de 2017 (AC 2017\1701).
SAP de Barcelona, de 22 de marzo de 2018 (JUR 2018\103269)
SAP de Barcelona, de 24 de abril de 2018 (JUR 2018\124701)

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

RDGRN de 25 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6236).
RDGRN de 27 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1327)
RDGRN de 18 de junio de 2010 (RJ 2010\4875)
RDGRN 21 octubre de 2014 (RJ 2014\6098)
RDGRN de 18 septiembre de 2015 (RJ 2015\4811).
RDGRN de 17 de enero de 2018 (RJ 2018\55)
RDGRN de 27 julio de 2018 (RJ 2018\3165)
Resolución de la Dirección General de Entidades Jurídicas de Cataluña de 6 de febrero de 2017 (DOGC 14 de febrero de 2017).

# PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO NOTARIAL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

**José Manuel Vara González**
Notario de Valdemoro (Madrid)

**Resumen:** La Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria confirió a los notarios competencias en materia de separación y divorcio de mutuo acuerdo. Más de tres años después de la entrada en vigor de la ley, la formalización de las rupturas en escritura pública se ha desarrollado en la práctica sin graves problemas, pero sigue habiendo dudas doctrinales que deberían ser resueltas mediante una integración de la legislación notarial. Este trabajo propone su incardinación en una reforma general del Reglamento Notarial, para recoger las nuevas competencias, reforzando el control de legalidad notarial.

**Palabras clave:** Divorcio. Divorcio notarial. Reglamento Notarial. Reforma del Reglamento Notarial.

**Abstract:** The Law 15/2015 of 2 of July, of Voluntary Jurisdiction conferred on notaries new powers in matters of divorce and legal separation by way of mutual agreement. More than three years after the entry into force of this Law, family breakdowns are being widely formalized in public deed without particular problems, but still raises theoretical questions that should be solved with an integration of notarial legislation. This paper proposes its integration in a general reform of Notarial Regulation, in order to implement the new skills, reinforcing notarial control of legality.

**Key words:** Divorce. Notarial divorce. Notarial Regulation. Reform of Notarial Regulation.

## ÍNDICE

I. MARCO NORMATIVO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA REFORMA REGLAMENTARIA.

II. PROPUESTA DE TEXTO ARTICULADO REGLAMENTARIO MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.
- II.1. Exigencia de escritura pública.
- II.2. Competencia territorial.
- II.3. Pendencia procedimental.
- II.4. En contra de la articulación reglamentaria de un procedimiento notarial de separación o divorcio.
- II.5. Legitimación para la rogación.
- II.6. Requisitos documentales de procedibilidad.
- II.7. El carácter esencial del convenio regulador.
- II.8. Contenido negocial potestativo.
- II.9. El carácter personal de la intervención. Excepcionalidad de la representación.
- II.10. La asistencia letrada.
- II.11. El control notarial de lesividad: la posible denegación de funciones.
- II.12. Otorgamiento y autorización.
- II.13. Intervención de hijos.
- II.14. Trámites posteriores a la autorización.
- II.15. La reconciliación ante Notario.

III. FINAL.

## I. MARCO NORMATIVO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA REFORMA REGLAMENTARIA

Es cuestión previa la determinación de la naturaleza jurídico-normativa de la propuesta que se formula en este trabajo. La cuestión es **si la elaboración de un reglamento o la modificación del preexistente, en desarrollo de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria en lo que afecta a la función notarial, se ampara esencialmente en la potestad reglamentaria del Gobierno** (*art. 97 CE y 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno)* **o por el contrario existe una habilitación legal que la res-**

**palde**; en este segundo caso, debe dilucidarse el alcance de dicha habilitación. La cuestión es esencial por varios motivos:

a.– Algunos de los aspectos de la función notarial que se pretenden regular a través del reglamento afectan a derechos fundamentales (ej. determinación del estado civil como expresión del libre desarrollo de la personalidad) o están claramente incursas en el principio de reserva de ley recogido en los arts. 36 y 103 CE. Ejemplos de esto último serían los derechos civiles relativos a la libertad contractual y a la propiedad, amparados en los arts. 33, 38, 149.1.6º y 8ª de la Constitución, o la regulación de los registros e instrumentos públicos, que deriva del art. 149.1.8ª de la Constitución.

**La extralimitación normativa es precisamente la palanca revocatoria de los preceptos del reglamento que puedan afectar a otros intereses corporativos**. Es importante tener presente las **gravísimas consecuencias que las anulaciones de las normas reglamentarias han producido** en los casos en que hay precedente. Los tribunales consideran que excede del ámbito del control jurisdiccional sustituir los preceptos anulados por otros nuevos, habida consideración a la exclusividad de la potestad reglamentaria del ejecutivo, con lo que toda sentencia anulatoria deja vacío de contenido el precepto anulado. Ello provoca la amputación de facto de la competencia notarial que allí estaba regulada –como sucedió por ejemplo con la anulación del art. 220 del RN de 2007, que regulaba las subastas notariales– lo que contribuye a una pavorosa inseguridad jurídica en el ejercicio de la función, no solo respecto a las actuaciones que posteriormente son requeridas por los particulares, sino incluso a las realizadas al amparo de la normativa anulada.

b.– Los aspectos de la función notarial que se pretenden desarrollar en el Reglamento afectan claramente a otras profesiones jurídicas: abogados, en cuanto a la asistencia letrada en separación o divorcio –en adelante “SEPoDIV”, jueces encargados del RC, en lo que afecta a la inscripción en dicho registro del cambio de estado civil; registradores, en cuanto a la inscripción en el de la propiedad de la atribución del uso de la vivienda o de las adjudicaciones derivadas de la liquidación del REM, etc. Por tanto, **es clara la legitimación de los colegios o asociaciones profesionales de representación de sus intereses colectivos (incluidos los notariales) para impugnar en la jurisdicción contencioso-administrativa el texto que resulte**.

Lo anterior requiere alguna explicación adicional. El art. 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 requería interés directo para apreciar legitimación procesal. Sin embargo, la ley vigente 29/98, en su articulo 19.1.a, desarrollando el art. 24 CE, exige tan sólo invocar y probar la titularidad de un derecho o "*interés legítimo*", entendido como "*aquél que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio, que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial*" (STS. 19 de mayo de 2000 y 29 de Junio de 2004), siendo dicho interés legítimo (artículo 24.1 CE) un concepto diferente y más amplio que el de «*interés directo*», referido éste más bien a un interés en sentido propio, cualificado o específico (STC 257/1989, de 22 de diciembre). La jurisprudencia insiste en que *"la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento*". La jurisprudencia es abundante, anterior y posterior a la ley 29/98: SSTS de 1 de octubre de 1990, 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999; y del Tribunal Constitucional STC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/1994 y ATC 327/1997". Específicamente, reconociendo legitimación para impugnar disposiciones generales a colegios o asociaciones profesionales: STS 24 de febrero de 2000, 22 de mayo de 2000, 31 de enero de 2001, 12 de marzo de 2001, 12 de febrero de 2002 y 4 de febrero de 2004. E involucrados directamente el Consejo General del Notariado y el Colegio Nacional de Registradores: STS 22 de mayo de 2000 y 2 de junio de 2001; y ambos como contrarios, STS 31 de enero de 2001, sobre la impugnación del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de modificación del RH, y 20 de mayo de 2008, sobre la impugnación por la corporación registral del RD 45/2007, de 19 de enero de reforma del Reglamento Notarial.

Conviene tener presente que de igual modo que se ha reconocido al Notariado legitimación procesal para impugnar disposiciones

reglamentarias extranotariales que le afectaban, asimismo se ha reconocido –y se reconocería sin duda con ocasión de la norma que ahora se ventila– a otros colectivos afectados por la norma notarial. En la citada sentencia de 20 de mayo de 2008 ((s. 2176/2008, rec. 63/2007, BOE núm. 145, de 16 de junio de 2008, páginas 27217 a 27219) sobre el RH, se contiene la siguiente argumentación, ilustrativa de la posición de la judicatura sobre el tema:

*"el título público, cuya redacción corresponde a los Notarios, y la inscripción son los elementos sobre los que descansa en nuestro sistema la eficacia frente a terceros de los negocios jurídicos, de forma tal que el binomio título inscripción se torna indisoluble porque el título tiene vocación de ser inscrito para desarrollar su eficacia hasta sus últimas consecuencias y la inscripción tiene como presupuesto necesario la preexistencia del título, de manera que todo lo que afecte a la registración del título afecta también a la función notarial en cuanto a su cometido de redactar los únicos títulos que, junto con los judiciales y administrativos, acceden al Registro de la Propiedad y despliegan con ello sus máximos efectos".*

Sobre las anteriores premisas, extrapoladas a la reforma del Reglamento Notarial, puede adelantarse la siguiente conclusión:

La **reforma del Reglamento Notarial en desarrollo de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria está amparada en una remisión o habilitación normativa**, **pero severamente limitada por esa misma habilitación.** Se encuentra en la Disposición Adicional 5ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en lo sucesivo LJV): *Modificaciones y desarrollos reglamentarios. El Gobierno llevará a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la presente Ley".*

La literalidad del precepto, aunque resuenan en él ecos de otras habilitaciones normativas de voluntad expansiva, es importante por varias razones:

— Muchas de las reformas históricas de la legislación notarial (incluso el Reglamento de 1.944), cuando han sido discutidas jurisdiccional o administrativamente, han pretendido ampararse con carácter general, además de en otras habilitaciones específicas, en el artículo 1.217 CC: *Los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial*. La referencia normativa ha sido y es hoy claramente insuficiente. Lo es debido al carácter preconstitucional de la norma, que no puede amparar desconoci-

miento o vulneración de principios hoy vigentes con rango de básicos, incluido el de reserva de ley. Pero es insuficiente sobre todo por **el principal problema normativo del Notariado español, la astenia de su anciana ley reguladora**, históricamente denunciada desde ámbitos notariales y extranotariales. Ejemplos: dictamen del Consejo de Estado de 12 de mayo de 1944 sobre el RN aprobado por Decreto de 2 de Junio de 1944; dictamen del CdeE 9 de febrero de 1984 sobre la reforma del RN por R.D. 1209/84 de 8 de Junio, éste calificando la LN de 1862 como "*mera inicial miniada de un texto reglamentario;* y STS– 3ª– de 28 de octubre de 1995, entre otras. Lo anterior puede explicar una muy justificada ansiedad regulatoria desde los sectores concernidos, dentro y fuera del Notariado, pero la prudencia debe imponerse al redactar esta reforma. La LJV es un paso, muy importante como precedente, para residenciar las competencias notariales en el escalón que les corresponde dentro de la pirámide normativa. Pero el proceso debe asentarse en sólidos fundamentos jurídicos: la LN debe ir plenificándose con el contenido que le corresponde, incluso gradualmente, pero no suplirse o rellenarse con normas de rango insuficiente, inestables e inconsistentes, aunque emotivamente puedan considerarse "hijas del Notariado". Esta reforma del Reglamento es importante, pero para el futuro de la fe pública no es lo más importante.

— La habilitación se refiere literalmente no solo a la modificación, sino también al desarrollo. Cada uno de estos términos exige un análisis separado.

La expresión "**modificación**" alude a los cambios reglamentarios que resulten indispensables por encontrarse el texto previgente en contradicción de la nueva normativa legal.

La cuestión no es baladí en lo que afecta a la presente reforma. La STS –3ª– de 20 de mayo de 2008) ha recogido muy expansivamente la jurisprudencia anterior que permite anular disposiciones reglamentarias contenidas en reformas posconstitucionales, aunque su contenido fuera literalmente idéntico a normas anteriores que simplemente se repetían en la nueva regulación por coherencia sistemática, corrección lingüística o racionalidad normativa. Debe por tanto ser norma de prudencia en la redacción de esta reforma **no modificar ni repetir preceptos del reglamento hoy vigente,** más que en la medida rigurosamente imprescindible para desarrollar las competencias atribuida al Notariado por la LJV. En prevención de posibles impugnaciones es también muy convenien-

te extender el criterio restrictivo a las repeticiones por remisión. O sea, **reducir las remisiones intrarreglamentarias** (un precepto se remite a otro del mismo reglamento) a las circunscritas a las novedades introducidas (un precepto nuevo se remite a otro precepto nuevo, como por ejemplo será quizá inevitable en materia de protocolización de testamentos no notariales), o a preceptos que ya hayan pasado el filtro del control de legalidad normativa (o sea, a las normas impugnadas por el Colegio de Registradores en el recurso de la STS de 20 de Mayo de 2008, cuya legalidad ratificó el TS por razones sustantivas y no solo por falta de legitimación de la corporación recurrente).

La ausencia de remisiones dará lugar quizá a que el texto reglamentario se vea resentido en su claridad sistemática, pero las normas remitidas serán en todo caso de aplicación por vía interpretativa, debiendo resolverse las dudas en el ámbito de la facultad de ordenación de la función notarial por la DGRN, por el Consejo y los Colegios, y por vía doctrinal.

La expresión "**desarrollo**" de la D.A. alude al establecimiento de normas reglamentarias nuevas que se consideren necesarias para la aplicación práctica de las previsiones legales. Se trata por tanto de rellenar huecos regulatorios. Este es el ámbito propio de la competencia reglamentaria del poder ejecutivo, cuyo contenido tiene cierto grado de inmunidad al control judicial. Lo cierto es que este ámbito se ha visto progresivamente reducido en los últimos años a golpe de jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, amparada en art. 106 CE, en relación con el art. 26 de la Ley 50/97 de 27 de Noviembre, del Gobierno, y en el art. 1 de la Ley 29/98 a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Son significativas las STC 112/2006 de 5 de abril y 37/1987 de 26 de marzo y las STS de 6 de febrero de 1998 y 8 de noviembre de 1995, sobre reserva de Ley.

En punto al alcance de la habilitación reglamentaria, de lo anterior y de la STS 20 Mayo 2008 pueden extraerse algunas conclusiones relativas al "desarrollo" de la LJV en el ámbito de la función notarial:

A.– La reforma reglamentaria que ahora se aborda tiene su habilitación normativa precisamente en la LJV. Por tanto, **afrontamos una norma de desarrollo de la LJV y no de otras leyes**: ni del CC, ni de la LN, salvo en la limitada medida en que éstos han sido modificados por aquélla. Quedaría huérfana de salvaguarda legal la intención de "aprovechar" la oportunidad para desarrollar aspectos de la función notarial que no hayan sido afectados por la LJV, la cual

–no debe olvidarse– a su vez es una norma complementaria y de desarrollo de una norma de procedimiento, como es la LEC de 2000, en cumplimiento de su Disposición Final XVIII.

La jurisdicción de lo contencioso ha tenido oportunidad de abordar el tema de la unidad orgánica de determinados cuerpos normativos, excluyendo claramente toda expansividad de la potestad reglamentaria. En STS 28 de octubre de 1995 y 7 de abril de 1997 se establece que los límites materiales del contenido de los reglamentos de desarrollo resultan de la Ley respectiva, de modo que cada grupo normativo está formado por su Ley y Reglamento respectivo, sin que pueda pretenderse por vía reglamentaria invadir campos o funciones propios de un grupo normativo diferente. En la misma línea, Dictámenes del CdeE de 22 de mayo de 1997 y 26 de mayo de 2005.

Siendo ese el principio básico en cuanto a habilitación reglamentaria, cabe matizarlo para la norma que nos ocupa en sentido de entenderlo también comprensivo de aquellos extremos en que la LJV ha regulado dentro del plano procedimental cuestiones competenciales. Es decir, en los aspectos en que la LJV ha atribuido o distribuido sustantivamente competencias entre operadores jurídicos, modificando las normas de rango legal que así lo requerían. En ese campo se encuentra las modificaciones introducidas por la LJV en el CC, Cco, LH, LSC Y LN.

Por aplicación del principio de reserva de ley como viene siendo entendida por la jurisprudencia, la presente reforma del **RN podrá desarrollar preceptos de otras normas de rango de Ley, y particularmente de la LN, en la medida en que esas mismas leyes hayan sido modificadas por la LJV y su contenido modificado prevea o exija su desarrollo reglamentario.** Exactamente es el caso de la SEPODIV ante Notario, pero es más dudoso en otros expedientes que contienen cierta regulación procedimental en la LJV pero que necesitarían ser desarrollados o coordinados con otras normas legales de incidencia notarial, señaladamente en cuanto al aspecto del control de legalidad notarial.

Dice el artículo 54,2 LN (en redacción dada por la Ley 15/2015): *3. La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley.*

Este artículo contiene por tanto una habilitación normativa derivada: la LJV (norma procedimental, desarrollo de la LEC), modifica la LN y ésta habilita a su vez para su propio desarrollo reglamentario. Pero éste no puede desbordar los límites de la cobertura, que es una norma procesal y no sustantiva.

B.– Cerrando aún más el ámbito de la reforma, **si la ley no lo ha previsto, el Reglamento Notarial no puede crear ex novo un procedimiento.** Desarrollamos la cuestión en el apartado específico de este trabajo al rechazar, como anticipamos, que se pueda crear reglamentariamente un "procedimiento" de SEPoDIV ante Notario. A nivel de principios hay que recordar que la "forma" de prestación de la función notarial está claramente sujeta al principio de reserva de ley, derivada del carácter funcionarial del estatuto jurídico del Notario, lo que impregna de administratividad los mecanismos de su actuación. La reserva de ley está explícita en la Constitución, en cuanto a los procedimientos administrativos de los arts. 105.c) y 149.1.18ª, y en cuanto a los judiciales de los arts. 117.4 y 5 y 149.1.6ª, lo que les hace refractarios por principio a toda la regulación reglamentaria, salvo habilitación normativa. Esta situación desconcierta con frecuencia a los autores del ámbito notarial, acostumbrados históricamente a estar regulados por una normativa de rango legal tan venerable como parca, petrificada frente a sucesivos reglamentos, en ocasiones ejemplares en lo técnico pero insuficientes en la jerarquía normativa. Ese fue el fundamento de la STS de 20 de Mayo de 2008 al anular todos los preceptos del reglamento de 2007 que contemplaban, en caso de denegación de funciones en ejercicio del control de legalidad, el recurso a la DGRN a efectos sustantivos y no disciplinarios. Se trata de un aspecto delicado en su tratamiento jurisprudencial, pues incide en la naturaleza bifronte de la función notarial– profesional y funcionarial– en cuyo caso la anulación ha priorizado la consideración del Notario como funcionario sujeto a principios básicos en materia de procedimiento administrativo.

La cuestión es básica en la reforma que se aborda porque la LJV atribuye competencia a los Notarios en materia de "*expedientes*" de Jurisdicción Voluntaria (es la expresión que encabeza el título VII LN reformado por la LJV). Los "*expedientes*" exigen por su naturaleza un "*procedimiento*", como se hace evidente en la propia LJV, cuyo titulo I, referido esencialmente a los sustanciados en sede judicial, habla de "*normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria*". Varias de las nuevas competencias notariales incluyen en el texto de la Ley –por tanto, con rango sobrado– previsiones procedimentales. Algunas, articuladas con pretensión de exhaustividad (subastas notariales del art. 72 LN, claramente en respuesta a la anulación de la regulación sobre la materia en el reglamento del 2007 por la sentencia de 20 de Mayo de 2008); otras, más o menos detalladas (formación de inventa-

rio sucesorio del art. 67, reclamación de deudas dinerarias del 70, robo o extravío del título valor del 78…) ; otras más, por remisión a preceptos reglamentarios ya existentes y solo necesitados de actualización.

Sin embargo, en materia de SEPODIV y, con matices, en celebración de matrimonio ante Notario, no hay procedimiento alguno regulado en la ley, sino solo la previsión de una escritura pública.

Adelantamos aquí conclusiones posteriores para afirmar que si la LJV ni siquiera ha previsto la existencia de un procedimiento para algún concreto expediente, es prudente que el Reglamento no lo configure, **sino que las fases o trámites del procedimiento queden subsumidos en los generales del instrumento público del vigente RN**, sin más modificaciones que las expresamente amparadas en la ley (ejemplo: remisión de la escritura de divorcio al Registro Civil).

C.– **Las normas notariales no pueden ser menos garantistas que las administrativas o las jurisdiccionales procesales**, salvo que aquéllas estén amparadas en una disposición de rango legal. La conclusión es grave en cuanto afecta a la función notarial en el ejercicio exclusivo de la fe pública extrajudicial, y su extrapolación plana podría afectar a la propia esencia de dicha función. Ese principio se encuentra sin embargo en el F.J. 26ª de la sentencia de 20 de Mayo de 2008 como fundamento para anular el precepto del RN de 2007 que en materia de actas permitía considerar hecha la notificación aunque se negara a recibir la cédula la persona con quien se entienda la diligencia, y en el FJ 29º en para anular todo el art. 210 en cuanto a las actas de notoriedad complementarias del título público de adquisición de los arts. 205 LH y 298 RH, pese a que estaban contempladas en anteriores redacciones del RN (en contra de esa tesis, sin embargo, se pronunció contra la mayoría del tribunal el voto particular de Luis María Diez Picazo Giménez y de Agustín Puente Prieto)

El F.J. 26º de la STS de 20 de mayo de 2008 es claro:

*"las peculiaridades de la función notarial pueden justificar que la regulación de carácter procedimental se contemple en una Ley específica del ámbito notarial, a la que se alude en el art. 1217 del Código Civil, con el objeto de recoger aquellas particularidades propias de la función y efectuar una regulación adaptada a las mismas, pero lo que no cabe es prescindir de tal reserva de ley y regular los aspectos procedimentales directamente y sin habilitación legal en*

*una norma de carácter reglamentario. Quien acude al Notario solicitando el ejercicio de su ministerio público no puede ser de peor condición que quien lo hace ante otra oficina pública y verse privado de la garantía que la reserva de ley establecida en la Constitución le otorga, en el sentido de que la actuación del funcionario público, en este caso el Notario, se ajustará a las normas de procedimiento establecidas por el legislador, como voluntad del mismo y no de la manifestada en otro ámbito de decisión a través del ejercicio de la potestad reglamentaria. Por tanto, el Reglamento Notarial no es la norma adecuada para regular aspectos de procedimiento a los que ha de sujetarse el Notario en el ejercicio de su función pública, para los que no cuente con la necesaria habilitación legal y, en todo caso, no puede establecer disposiciones contrarias a la ley, notarial o, en defecto de esta, general, dictada en cumplimiento de la reserva de ley establecida al efecto".*

En la reforma reglamentaria que se ventila ahora, será fácil caer en la tentación de aligerar trámites, plazos y posibilidad de recursos en los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria. La "*alternatividad*" proclamada por la ley pretende articular una especie de "*mercado de servicios jurídicos*" a disposición de los usuarios clientes justiciables, permitiéndoles elegir vías de consecución de sus fines. La superior eficacia de la función notarial no puede conseguirse ni consolidarse en esta materia a base de disposiciones reglamentarias que intenten facilitar el servicio, sin riesgo de verse expuestas a impugnaciones por los colectivos afectados.

Cabe extraer de aquí un criterio general en la redacción de la reforma reglamentaria. La supresión o aligeramiento de trámites, el acortamiento de plazos y la inexistencia de recursos por comparación con los equivalentes ante Letrados de Justicia o en vía propiamente jurisdiccional solo deben ser recogidas en el Reglamento Notarial cuando haya un precepto legal, en la LJV o en otra norma de ese rango, que explícitamente lo ampare, preferiblemente con cita de ese precepto.

Además de la remisión normativa de la DA 5ª, hay **otras remisiones particulares a lo largo del articulado de la LJV.** Se justifica el detalle en su detección que seguidamente se expone para advertir su carácter especialísimo, restrictivo, asistemático, descoordinado, y su colindancia con materias extranotariales, y por tanto, **su radical inconsistencia para fundamentar un contenido extralimitado o expansivo de la reforma del Reglamento**

**Notarial** que aquí se aborda. Las restantes remisiones de la LJV a los reglamentos, salvo omisión, son las siguientes:

a.– Disposición transitoria quinta. En cuanto a "*Matrimonios celebrados por las confesiones religiosas evangélicas, judías e islámicas y por las que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España."* Se declara la vigencia de la Ley 24/1992, de 10 noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, salvo el apartado 5, relativo a que el ministro de culto oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del matrimonio, estableciendo que esta certificación se remitirá por medios electrónicos, "*en la forma que reglamentariamente se determine".*

b.– Lo mismo, en cuanto al matrimonio religioso judío, con modificación del art. 7 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España

c.– Lo mismo, en cuanto al matrimonio islámico, con modificación del apartado 3 del artículo 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

d.– Lo mismo, en cuanto a la celebración del matrimonio en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con modificación del apartado 1 del artículo 58 bis LRC; la certificación se remitirá por medios electrónicos, *en la forma que reglamentariamente se determine.*

e.– Artículo 60 LN, introducido por la LJV, sobre presentación, adveración, apertura y protocolización *de los testamentos cerrados): 1. Cumplidos los anteriores trámites, el Notario extenderá acta de protocolización, de acuerdo con la presente Ley y su reglamento de ejecución.*

f.– Art. 72 LN . introducido por la LJV, sobre el expediente de subasta notarial: *3. Si no hubiera nada dispuesto, y la subasta fuera celebrada en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa, será competente, en defecto de designación por acuerdo de todos los interesados entre los Notarios con residencia en el ámbito de competencia de la autoridad judicial o administrativa, el que designe el titular del bien o derecho subastado o de la mayor parte del mismo, si fueran varios, de entre los competentes. Si los diversos titulares fueran propietarios por partes iguales, la elección del No-*

*tario corresponderá a aquel que lo fuera con anterioridad. Si no se pudiera determinar a quién le corresponde la designación del Notario, o si no se comunicara a la autoridad judicial o administrativa por quien corresponda en el plazo de cinco días desde el requerimiento para efectuarla, se procederá a designar conforme a lo establecido reglamentariamente entre los que resulten competentes.*

g.– Art. 79. 1 LN. introducido por la LJV, sobre "De los depósitos en materia mercantil y de la venta de los bienes depositados" : *En todos aquellos casos en que, por disposición legal o pacto, proceda el depósito de bienes muebles, valores o efectos mercantiles, podrá realizarse ante Notario mediante acta de depósito, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y en su reglamento de ejecución.*

Hay además remisiones al desarrollo reglamentario, expresamente referidas al Reglamento del Registro Mercantil:

g. Art. 139.3 TRLSC. introducido por la LJV: "*3. En el caso de que la sociedad no hubiera reducido el capital social dentro de los dos meses siguientes a la fecha de finalización del plazo para la enajenación, cualquier interesado podrá solicitar la reducción del capital al Secretario judicial o Registrador mercantil del lugar del domicilio social. Los administradores están obligados a solicitar la reducción judicial o registral del capital social cuando el acuerdo de la junta hubiera sido contrario a esa reducción o no pudiera ser logrado.*

*El expediente ante el Secretario judicial se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil."*

h.– Art. 139.3 4. TRLSC. introducido por la LJV: "*Las participaciones sociales o acciones de la sociedad dominante serán enajenadas a instancia de parte interesada por el Secretario judicial o Registrador mercantil de conformidad con el procedimiento previsto para aquéllos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y en el Reglamento del Registro Mercantil para éstos."*

i.– Art. 141. TRLSC. introducido por la LJV: "*2. Si las participaciones no fueran enajenadas en el plazo señalado, la sociedad deberá acordar inmediatamente su amortización y la reducción del capital. Si la sociedad omite estas medidas, cualquier interesado podrá solicitar su adopción por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social. Los administradores de la sociedad adquirente están obligados a solicitar la adopción de estas medidas,*

*cuando, por las circunstancias que fueran, no pueda lograrse el correspondiente acuerdo de amortización y de reducción del capital."*

*El expediente ante el Secretario judicial se acomodará a los trámites de jurisdicción voluntaria. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil.*

j.– Art. 265 TRLSC, introducido por la LJV relativo a Competencia para el nombramiento de auditor*."1. Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepten el cargo o no pueda cumplir sus funciones, los administradores y cualquier socio podrán solicitar del Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría. En las sociedades anónimas, la solicitud podrá ser realizada también por el comisario del sindicato de obligacionistas.*

*2. En las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio.*

*3. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil. (...)*

*4. La resolución del Registrador mercantil por la que se acuerde o rechace el nombramiento será recurrible de conformidad con las previsiones del Reglamento del Registro Mercantil. La resolución del Secretario judicial será recurrible ante el Juez de lo Mercantil".*

k.– Ar. 266 TRLSC, introducido por la LJV, relativo a revocación del auditor: "*1. Cuando concurra justa causa, los administradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor podrán pedir al Secretario judicial o Registrador mercantil la revocación del que hubieran nombrado ellos o del designado por la junta general y el nombramiento de otro."*

*2. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil.*

l. «Art. 377 TRLSC, introducido por la LJV, relativo a cobertura de vacantes en liquidadores: "*1.En caso de fallecimiento o de cese del liquidador único, de todos los liquidadores solidarios, de alguno*

*de los liquidadores que actúen conjuntamente, o de la mayoría de los liquidadores que actúen colegiadamente, sin que existan suplentes, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los liquidadores. Además, cualquiera de los liquidadores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto. 2. Cuando la junta convocada de acuerdo con el apartado anterior no proceda al nombramiento de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar su designación al Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social. 3. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil.*

m.– Art. 381 TRLSC, introducido por la LJV, relativo a nombramiento de Interventores*: "1.En caso de liquidación de sociedades anónimas, los accionistas que representen la vigésima parte del capital social podrán solicitar del Secretario judicial o del Registrador mercantil del domicilio social la designación de un interventor que fiscalice las operaciones de liquidación. Si la sociedad hubiera emitido y tuviera en circulación obligaciones, también podrá nombrar un interventor el sindicato de obligacionistas 2. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil."*

n.– Art. 422 TRLSC, introducido por la LJV, relativo a la convocatoria de asamblea de obligacionistas: *"1. La asamblea general de obligacionistas podrá ser convocada por los administradores de la sociedad o por el comisario. Éste, además, deberá convocarla siempre que lo soliciten obligacionistas que representen, por los menos, la vigésima parte de las obligaciones emitidas y no amortizadas. 2. El comisario podrá requerir la asistencia de los administradores de la sociedad y éstos asistir aunque no hubieren sido convocados. 3. Si el comisario no atiende oportunamente la solicitud de convocatoria de la asamblea efectuada por los obligacionistas a que se refiere el apartado 1, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia del comisario, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social. El Secretario judicial procederá a convocar la asamblea general de obligacionistas de conformidad con lo establecido en la legislación de jurisdicción voluntaria. El Registrador mercantil procederá a convocar la asamblea general en la forma contemplada en el Reglamento del Registro Mercantil."*

*ñ.*– Art. 6 de la ley Ley 211/1964, de 24 de diciembre, sobre regulación de la emisión de obligaciones por Sociedades no Anónimas

y otras personas jurídicas. "*Las Sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas y las Asociaciones y demás personas jurídicas que emitan obligaciones de cualquier clase, deberán constituir el Sindicato de Obligacionistas y designar un Comisario, que concurrirá al otorgamiento de la escritura de emisión en nombre de los futuros tenedores de los títulos. Si las Entidades emisoras no constituyen el Sindicato de Obligacionistas a que se refiere el párrafo anterior, podrán tomar la iniciativa y solicitar su constitución los propios obligacionistas que representen, como mínimo el treinta por ciento del total de la serie o emisión, previa deducción de las amortizaciones realizadas, mediante solicitud ante el Registrador mercantil del domicilio de la entidad emisora, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil. A la Asamblea en que se adopten estas decisiones deberá ser convocada la Entidad emisora y el Comisario designado en la escritura de emisión.*"

La **articulación formal de la reforma** del reglamento dependerá en buena medida de la tesis que se siga en cuanto a los aspectos anteriores. Si se admite que se trata de una reforma parcial del RN, de "desarrollo" de la LJV, lo razonable será un texto articulado unitario relativo a todas las nuevas competencias, que guarde cierta coherencia interna, bajo el epígrafe de "*De los instrumentos públicos en expedientes y actas especiales*". La denominación intenta respetar el epígrafe del Título VII de la LN, en su redacción por la LJV, pero sustituyendo, con mayor rigor jurídico, la expresión "*De la intervención de los Notarios en…"* por "*De los instrumentos públicos en…"* Con ello se elude la expresión "*intervención*" por su resonancia con la actuación respecto a las pólizas de comercio, de menor enjundia documental, y se hace implícita la referencia (instrumentos públicos) a escrituras y a actas, que son las dos variantes documentales de los expedientes de jurisdicción voluntaria asumidos.

Queda por decidir si el nuevo texto debe incrustarse en ya maltrecho articulado (quedan huecos en blanco a causa de la sentencia del 2008) del vigente RN, con la técnica de artículos bis, tris, quater, etc. En tal caso, parece que la ubicación sistemática de la reforma debería ser inmediatamente después de la Sección segunda del Título cuarto ("del instrumento público"), epigrafiada como "Sección Segunda Bis", es decir, detrás de la regulación general de las escrituras matrices (Sección 2, artículos 156 a 196) e inmediatamente antes de la sección tercera ("De las pólizas", artículo 197). Esta es la técnica que se siguió para introducir la regulación de las pólizas

de comercio en la reforma operada a través del RD 45/2007, de 19 de enero.

La alternativa a lo anterior seria dar a los nuevos preceptos la forma de un anexo al Reglamento Notarial, del tipo de los cinco anteriores sobre mutualidad notarial (derogado), registro de últimas voluntades, fe pública consular, régimen electoral, y el último, sobre reorganización de los colegios notariales. Esta última fórmula es más clara y práctica, y facilita la labor de aplicación, interpretación y estudio del Notario y otros juristas, del opositor o estudiante y de los tribunales. Sin embargo, al menos si se pretendiera dotar de unidad sistemática al anexo, parece que facilita una impugnación global de la reforma, fundamentada en una posible extralimitación normativa. Lo que resulta **en todo caso indeseable y peligroso es pretender una reforma del RN más amplia de lo imprescindible para regular las nuevas competencias**, ni mediante la modificación de otros artículos, ni mediante la reestructuración del conjunto o la renumeración o redistribución de todo el articulado.

## II. PROPUESTA DE TEXTO ARTICULADO REGLAMENTARIO MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

La redacción reglamentaria que se propone para regular el ejercicio de la función notarial en materia de separación y divorcio es la siguiente:

***La separación matrimonial y el divorcio ante Notario a que se refiere el artículo 54 de la Ley del Notariado, así como sus modificaciones, se formalizarán en escritura pública, observándose las siguientes reglas.***

***Será Notario hábil para autorizarla cualquiera de los que sean competentes conforme a este Reglamento para actuar en la población donde ambos cónyuges hubieran tenido su último domicilio común en España o donde uno de ellos lo tuviera al tiempo de requerir la actuación notarial. A tal efecto, dicho domicilio se acreditará preferentemente, y sin perjuicio de otros medios de prueba, mediante el Documento Nacional de Identidad de los cónyuges. Si no concurriera domicilio legal alguno será Notario hábil el correspondiente a la residencia habitual de alguno de los solicitantes, acreditada por cualquier medio fehaciente.***

***En todos los casos anteriores el Notario calificará de oficio su propia competencia. Requerido uno de los Notarios com-***

***petentes, quedará excluida la competencia de los demás. La inexistencia de otros requerimientos vigentes se hará constar en la escritura por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes.***

***Estará legitimado para requerir la autorización de la escritura cualquiera de los cónyuges, personalmente o por representante.***

***Deberán aportar los documentos auténticos que acrediten la identidad de ambos, el domicilio o la residencia que determina la competencia territorial, la existencia y subsistencia del matrimonio, la existencia o falta de hijos comunes y sus circunstancias de identidad, capacidad y, en su caso, independencia económica y personal. Estos documentos quedarán incorporados a la escritura.***

***Simultáneamente a formular el requerimiento, deberán aportar un convenio regulador de los efectos de su separación o divorcio, con el contenido que expresa el articulo 90 CC.***

***Si con ocasión de la autorización de la escritura de separación o divorcio los cónyuges liquidaran su régimen económico matrimonial, se observarán las normas de la legislación notarial correspondientes a los bienes comprendidos en el inventario, particularmente las relativas a bienes inmuebles.***

***Al otorgamiento de la escritura deberán comparecer personalmente y en régimen de unidad de acto los cónyuges y los hijos comunes que deban prestar consentimiento. Excepcionalmente, en caso de urgencia inaplazable e imposibilidad de desplazamiento suficientemente acreditadas, uno de los cónyuges o los hijos podrán estar representados en el acto mediante un poder especial, necesariamente a favor del Letrado elegido para prestar asistencia a alguno de los cónyuges, que deberá contener el texto íntegro del convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio.***

***Al otorgamiento de la escritura de separación o divorcio deberán también comparecer personalmente el Letrado común a ambos cónyuges o los letrados de cada uno de ellos, al efecto de prestar su asistencia. Se recogerá en la escritura la conformidad de los otorgantes sobre a cuál de los cónyuges asiste cada Letrado o la condición de Letrado común a ambos del único. Los letrados acreditarán su identidad y condición de ejercientes y deberán firmar la escritura en régimen de unidad de acto con los cónyuges.***

***Si el Notario considera que alguno de los acuerdos relativos a los efectos de la separación o divorcio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges o para los hijos que deban prestar consentimiento, lo hará saber a todos motivadamente. Si los cónyuges no accediesen a la modificación de los términos inicialmente pactados, el Notario denegará la autorización de la escritura y devolverá la documentación aportada, advirtiendo de la existencia de la vía judicial alternativa, y, a solicitud de los interesados, dejará constancia escrita de los motivos de su negativa.***

***La escritura recogerá la voluntad inequívoca de los cónyuges de separarse o divorciarse. Separadamente de lo anterior, contendrá el consentimiento de ambos a las estipulaciones del convenio regulador de los efectos, que deberá ser firmado por ellos en todas sus hojas o ratificada en el acto su firma anterior. La escritura podrá contener además la liquidación del régimen económico matrimonial y cualesquiera otras estipulaciones derivadas de la situación familiar que se formaliza, aunque impliquen complementos o modificaciones al convenio presentado.***

***El consentimiento de los hijos que legalmente deban prestarlo se formalizará en estipulación separada. Tal consentimiento se referirá genéricamente a las estipulaciones del acuerdo de sus padres que les afecten, sin que proceda especificarlas.***

***Autorizada la escritura, el Notario deberá remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos copia autorizada total de la misma a la Oficina General del Registro Civil, a efectos de la práctica inmediata de la correspondiente inscripción prevista en la ley. De no ser posible dicha modalidad de remisión, la enviará por correo certificado con acuse de recibo. Recibida de dicho registro la comunicación acreditativa de la inscripción de la separación o divorcio, lo hará constar por diligencia en la matriz, que se trasladará a todas las copias que con posterioridad se expidan. De solicitarse copia autorizada antes de la recepción de la comunicación, hará constar en la nota de expedición la falta de acreditación de la inscripción en el Registro Civil.***

***Los cónyuges separados legalmente podrán formalizar su reconciliación en escritura pública otorgada personalmente por ambos ante Notario competente territorialmente por su domicilio o residencia en tal momento. El Notario deberá re-***

***mitir la escritura al Registro Civil a efectos de su inscripción, en los términos regulados en el párrafo anterior y al Notario titular del protocolo en que obre la escritura de separación, para su constancia por nota en la matriz.***

Se desglosan a continuación la fundamentación jurídica y los comentarios de cada uno de los apartados que se proponen como texto de la nueva regulación reglamentaria, sin perjuicio de que tales apartados pudieran estructurarse en uno o en más de un artículo. Por respetar la técnica normativa vigente, cada artículo habría de carecer de título o encabezamiento.

### II.1. EXIGENCIA DE ESCRITURA PÚBLICA

***La separación matrimonial y el divorcio ante Notario a que se refiere el artículo 54 de la Ley del Notariado (1), así como sus modificaciones (2), se formalizarán en escritura pública (3), observándose las siguientes reglas.(4)***

(1).– Es obligada la referencia a ese concreto precepto de la LN, unitariamente y sin especificar a cuál de sus párrafos. La remisión delimita el ámbito de la competencia notarial (mutuo acuerdo, inexistencia de hijos dependientes, etc), evitando descender a detalle. Y, sobre todo, proclama el fundamento de la remisión legislativa que permite regular reglamentariamente todo lo que viene después, neutralizando intentos de impugnación genérica por causa de extralimitación normativa o vulneración del principio de reserva de ley. El valor de este apartado en cuanto a la delimitación del ámbito de competencia notarial hay que ponerlo en relación con el último, que habla de la reconciliación.

(2).– La expresión "*modificacione*s" recoge literalmente la idéntica del art. 90.3 CC, que proporciona clara habilitación legal a su desarrollo reglamentario, pero al no estar expresamente citada en el art. 54 LN a causa de su penuria expresiva, se prescinde de la referencia legal expresa y se traslada la mención a este otro sintagma.

La redacción es –con intención– lo suficientemente amplia como para autorizar que los cónyuges pacten en escritura pública las modificaciones de toda clase de separaciones y divorcios anteriores, con independencia de la vía procedimental anteriormente elegida. Es decir, podrán modificar notarialmente separaciones o divorcios notariales, los formalizados ante Letrado de la Administración de

Justicia, y los tramitados en vía jurisdiccional propiamente dicha, tanto los amistosos como los contenciosos. La modificación amistosa ante Notario de las rupturas contenciosas previas constituirá un campo de la actuación notarial probablemente superior en número y entidad que las SEPoDIVs propiamente dichas.

En este estudio se parte de la convicción de que la asistencia de Abogado solo es necesaria en el otorgamiento de la escritura de separación o divorcio y no en sus modificaciones, salvo que impliquen un nuevo cambio de estado civil (ejemplo, los cónyuges anteriormente separados se divorcian ante Notario). En este primer párrafo se contiene una remisión genérica a todas las reglas subsiguientes, sin discriminar en este aspecto a las "*modificaciones*"; sin embargo, en el párrafo correspondiente a la intervención del Letrado se deja claro que solo procede en las "*separaciones y divorcios"* y no en ningún otro documento notarial del Derecho de Familia.

(3).– De los distintos instrumentos públicos en que pueden materializarse las actuaciones notariales en materia de jurisdicción voluntaria, el vehículo documental adecuado para la formalización de la SEPoDIV es la escritura pública y no el acta ni ningún otro, en la medida en que incluye como contenido típico, esencial, y mínimo, la declaración de voluntad de los cónyuges de relajar o disolver su vínculo. Así se deduce del art. 17.1.2 LN: *Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento*."; y del art. 49.1 LN, específicamente en cuanto a los expedientes de jurisdicción voluntaria: *"1.º Cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública*". Coordina con el vigente 144.2 RN: "*Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases."*

La mención explícita en el Reglamento a la modalidad documental preceptiva es necesaria porque el control de equidad o lesividad del convenio regulador que se atribuye el Notario tiene como premisa el consentimiento libre e informado, prestado al acto jurídico que se documenta, lo que exige escritura pública. La admisión del acta introduciría perversa confusión acerca de si lo que documenta el Notario es la voluntad de los cónyuges de divorciarse o el hecho de haberse divorciado antes extranotarialmente, buscando en la fe pública solo un mecanismo testifical o de prueba y no de asesoramiento, control de legalidad y control de lesividad.

Lo anterior, sin perjuicio de que otros expedientes que se materializan en acta presupongan o impliquen especificas intenciones o manifestaciones de voluntad (ej, el acta matrimonial del art. 51 LN en cuanto a la voluntad de casarse).

La referencia es además pertinente porque en el derecho comparado iberoamericano hay referencias de actas de divorcio (notariales en Ecuador y Perú, siendo en México ante el encargado del Registro), y las hubo durante la tramitación de la ley cubana de 1994. Por otra parte, la inexplicable referencia en el art. 83.2 CC al acta de manifestaciones como documento alternativo para formalizar la reconciliación se analiza, para rechazarla, en los comentarios al último apartado.

(4).– La expresión "*formalización*" intenta evitar los términos "*tramitación"* y todos los sinónimos que aludan a la existencia de distintas fases de un procedimiento. En este trabajo defendemos que el RN debe regular la SEPoDIV ante Notario como escritura y no como procedimiento de jurisdicción voluntaria, por ser insuficiente la habilitación legal para regular un procedimiento *ex novo*. Por lo mismo, se ha preferido decir "*las siguientes reglas*" en lugar de "*los siguientes trámites*" o "*fases".*

### II.2. COMPETENCIA TERRITORIAL

***Será Notario hábil para autorizarla cualquiera de los que sean competentes conforme a este Reglamento (1) para actuar en la población donde ambos cónyuges hubieran tenido su último domicilio común (2) o donde uno de ellos lo tuviera al tiempo de requerir la actuación notarial (3). A tal efecto, dicho domicilio se acreditará preferentemente, y sin perjuicio de otros medios de prueba, mediante el Documento Nacional de Identidad de los cónyuges (4). Si no concurriera domicilio legal alguno será Notario hábil el correspondiente a la residencia habitual de alguno de los solicitantes, acreditada por cualquier medio fehaciente (5).***

(1).– Es claro que la remisión es a los arts. 116 y siguientes RN, y por tanto, que la competencia se determina con arreglo a la demarcación por distritos, pero se pretende en esta propuesta de reforma evitar citas normativas concretas a toda costa.

(2).– La LN no exige que el domicilio se halle en territorio nacional. Las SEPoDIV con elemento extranjero se rigen por su propia normativa de Derecho Internacional, extravagantes a los criterios

de competencia de la LN, por lo que se propone que sean objeto de mención separada, como se explica en el apartado final de este trabajo.

(3).– El cuanto al momento en que deba determinarse la conexión territorial, la LN solo lo especifica respecto del "*último domicilio común*": generalmente será el que lo fuera al tiempo del cese de la convivencia, pues aunque lo contemplaba la Ley de 7 de Julio de 1981, será excepcional la situación de cónyuges separados prolongadamente bajo el mismo techo. El criterio es razonable, pues si el convenio regulador contiene determinaciones en cuanto al uso o la adjudicación de esa última vivienda común, parece conveniente que la SEPoDIV se sustancie ante Notario competente en esa demarcación. En contraste, cuando el domicilio ya no es común, no aclara la ley si el que determina a competencia es el vigente al tiempo de solicitar la prestación de la función notarial o el que pueda demostrarse que lo fue en algún momento anterior, pero posterior a la separación de cuerpos. Debe recordarse que muchos convenios de SEPoDIV especifican la fecha del cese de la convivencia, en ocasiones muy anterior a la formalización del propio convenio, en contemplación a sus consecuencias en cuanto a abonos de gastos, deudas o cargas comunes, o devengos compensatorios o alimenticios entre los todavía cónyuges. En la redacción propuesta del RN se pretende facilitar la acreditación del domicilio que justifica la competencia del Notario: lo será el correspondiente al domicilio al tiempo de formalizar la ruptura.

(4).– Se reproduce idénticamente la literalidad del art. 209, bis, al final RN. Lo importante es lo que este apartado no dice: queda excluida la determinación de la competencia exclusivamente por referencia a manifestaciones de los cónyuges, como hubiera podido permitir el inciso del art. 157 RN que fue anulado por la sentencia de 2008. Deliberadamente, no se ha querido enumerar la lista de posibles medios de prueba del domicilio o la residencia, entre los que estaría con seguridad el certificado de empadronamiento. Tampoco se ha querido introducir el adjetivo "documental" para exigir tal carácter de la prueba que lleve al Notario al convencimiento de su competencia, sobre todo por no entrar en el asunto de la posible acta de notoriedad de acreditación del domicilio, cuya viabilidad, aunque parece clara para este caso, quedó damnificada por la anulación del párrafo 5.2 del art. 209 del RN de 2007 en la sentencia de 2008.

(5).– Este inciso intenta aclarar los criterios de competencia territorial del Notario que autoriza la escritura de SEPoDIV. Hay que des-

tacar que en materia de jurisdicción voluntaria, la nueva ley aplica para el ámbito judicial criterios de competencia territorial específicamente concretados para cada expediente al amparo de la remisión general del art. 2.2. LJV. Paralelamente, los expedientes ante notarios y registradores de la propiedad y mercantiles también se han regulado con criterios de adscripción territorial, vinculados esencialmente al domicilio de los afectados. Consabidas razones prácticas, de seguridad jurídica y de coordinación normativa lo avalan. Parece justificada la excepción en esta materia al principio de libre elección de Notario, formulada como principio general desde la reforma del año 84 y hoy todavía con precario rango normativo en el 126 RN. Sin embargo, en el proceso legislativo de la LJV y desde fuera del ámbito del Ministerio de Justicia, se introdujo una modificación a esa excepción en buena parte de los expedientes notariales regulados en dicha ley, ampliando la competencia a cualquier Notario de cualesquiera de los distritos colindantes con el del competente territorialmente. La ampliación de la competencia al distrito colindante ha quedado en los arts. 53.1, 55.1, 57.1, 61.1, 64.1, 66.1, 67.1, 72.3, 80.2 LN. Sin embargo, esta excepción no se extendió a las escrituras de SEPoDIV notarial, donde la competencia territorial vinculada al domicilio y a la residencia de los interesados, es única y excluyente en los términos del art. 54 LN.

La redacción propuesta respeta esta particularidad, pero con un matiz. Mientras que la redacción del ultimo inciso del párrafo primero del art. 54 los dos criterios (domicilio o residencia) parecen ser alternativos, en el texto que se propone **se configura la residencia como criterio subsidiario respecto del domicilio**, si bien éstos son totalmente alternativos entre sí (domicilio común o de cualquiera de los dos cónyuges). Esta solución pretende salir al paso de la práctica detectada desde los primeros meses de vigencia de la Ley, de invocar cualquier domicilio de alguno de los cónyuges, con escaso o ningún apoyo probatorio, como criterio determinante de la competencia del Notario. Esta práctica parece estar inducida no tanto por los particulares como desde el ámbito del asesoramiento letrado, en el que se pretende hacer valer la preferencia por el Notario “de confianza” o por proximidad geográfica a sus sedes, con preterición de los criterios legales. Esto puede dar lugar no solo a indeseables concentraciones de divorcios en ciertos despachos notariales, sino que representa una vulneración frontal del criterio de competencia territorial establecido como regla en beneficio de los particulares y interés de la seguridad jurídica. Conviene recordar que esta práctica

es muy difícilmente perseguible por vía disciplinaria, por plantear evidentes dificultades de prueba y estar involucradas cuestiones de defensa de la competencia.

Por eso se exige "acreditación fehaciente" de la residencia invocada por alguno de los cónyuges. Por lo expuesto antes, se esquiva la expresión "prueba documental" y no se exige la necesaria constancia en la propia escritura de la "fehaciencia" de la acreditación documental del domicilio, sino que se vincula al propio juicio de competencia que de oficio debe hacer el Notario, como se reseña más adelante.

### II.3. PENDENCIA PROCEDIMENTAL

***En todos los casos anteriores el Notario calificará de oficio su propia competencia.(1)***

***Requerido uno de los notarios competentes, quedará excluida la competencia de los demás.(2) La inexistencia de otros requerimientos vigentes se hará constar en la escritura por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes (3).***

(1).– El juicio negativo de competencia funcional o territorial por parte del Notario puede ser recurrido como denegación de funciones en alzada administrativa ante la D.G.R.N. No así, por el contrario, el juicio negativo de equidad del contenido del convenio regulador, que solo deja abierta la vía judicial para la formalización de la SEPoDIV.

(2).– La literalidad mimetiza el art. 209 bis. p 3. No es más que la aplicación a esta materia del principio procesal de litispendencia recogido en el art. 6 LJV que, para aclarar dudas acerca de su aplicabilidad al ámbito administrativo extrajurisdiccional, se declara expresamente aplicable a los expedientes notariales: art. 6 LJV.-1. *Cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados. El régimen jurídico contemplado en el presente apartado para los expedientes de jurisdicción voluntaria será aplicable también a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida concurrentemente con la del Secretario judicial.*

Por otra parte, la expresión de "uno de los Notarios competentes" pretende ser lo suficientemente expresiva como para expurgar del Reglamento la posibilidad de SEPoDIVs ante dos notarios, por ana-

logía con las pólizas desdobladas. La simultaneidad de las comparecencias exigida por el asesoramiento equilibrador es el principal, aunque no único, argumento para rechazar esa variante.

(2).– Por criterio sistemático, procedería consignar aquí la posible remisión de un parte a un registro administrativo del tipo del existente en materia de últimas voluntades testamentarias, regulado en el art. 209 bis en conexión con el Anexo II del RN. Aunque desde la doctrina notarial se ha defendido esa posibilidad, la opción más prudente **es excluir del proyecto de reforma reglamentaria toda referencia a un posible archivo, fichero o registro de requerimientos de escrituras de SEPoDIV notarial**.

Y ello, por los siguientes argumentos:

a.– La remisión es posible en materia de Actas de Notoriedad de declaraciones de Herederos Abintestato porque procedimentalmente tales actuaciones se materializan en un primer requerimiento, con número propio de protocolo, en que se aprecia el interés legítimo del solicitante, y se van incorporando por diligencias las sucesivas pruebas. La declaración de notoriedad se formaliza en otro documento, también con forma de acta, con número propio de protocolo, posterior en el tiempo, documental y sustantivamente independiente del primer requerimiento. Este procedimiento –u otro aplicable– no está previsto en la LN, ni en el CC para las SEPoDIV de mutuo acuerdo ante Notario. La articulación de tal previsión en la reforma del RN que se proyecta implicaría no solo regular la simple remisión del parte, sino incardinada en un "*procedimiento*" de separación o divorcio notariales. Es decir, sería necesario regular el momento procedimental en que proceder a la remisión, que tendría que ser necesariamente anterior a la autorización de la escritura. De preverlo para después, la ruptura matrimonial no podría ser eficaz hasta la comprobación ulterior de que no se había iniciado otro procedimiento ante otro Notario, lo que afectaría gravísimamente a la eficacia de la SEPODIV entre los propios cónyuges, efecto que en sede notarial se produce por la firma de la escritura, en contraste con al ámbito judicial, en que hay que esperar a la firmeza de la sentencia o del decreto (83.2 CC). Se notifique antes o después de la autorización de la escritura, seria indispensable regular el plazo en que, por "silencio negativo", habría de presumirse la inexistencia de requerimientos incompatibles. Habría además que determinar qué fases o tramites del procedimiento quedarían suspendidas a expensas de la dicha acreditación negativa, por ejemplo, si habría

de quedar pospuesta la autorización de la escritura, o la remisión de copia al Registro Civil ,o la entrega de copia a los otorgantes…

Todo lo anterior, cualquiera que sea la terminología que se utilice, **implica articular reglamentariamente un "procedimiento" notarial de separación o divorcio: para ello, y como argumentamos separadamente, no hay habilitación legal**.

b.– El plazo desde la remisión del parte al Decanato en que deberían suspenderse algunos efectos – los que sean– del "procedimiento" podría ser el de 30 días, por similitud o analogía con el art. 209 bis. Pero ello implica un retraso en la tramitación de la ruptura gravemente degradante de la eficacia del servicio notarial, en comparación con las alternativas que se ofrecen a los particulares. El retraso en la tramitación de un expediente notarial en aras de la seguridad jurídica se justifica cuando la competencia material la tiene el Notariado en exclusividad, pero no cuando existe otra vía más barata – la judicial– para conseguir idéntico efecto jurídico, aunque sea en plazo algo mayor. No debe olvidarse que en esta materia los intereses corporativos contrariados se encuentran no solo en cierto sector de la abogacía –-incómoda por el solapamiento de asesoramientos– sino también entre los jueces titulares de órganos especializados en familia (algo más de 200 en toda España, entre primera instancia y secciones de audiencias), sector cuyo peculiar estatuto dentro de la judicatura queda tanto más en entredicho cuanta mayor proporción de asuntos se formalicen satisfactoriamente fuera de sus juzgados.

c.– El riesgo de duplicidad de requerimientos es inferior en este sector que en las declaraciones de herederos. Mientras que en éstos puede haber distintos sectores familiares en total conflicto de intereses por crear un título sucesorio favorable, en SEPoDIV los cónyuges son solo dos y no más, y tienen, al menos coyunturalmente en cuanto a la voluntad de ruptura, intereses paralelos y no contrapuestos.

d.– Parece más fácil detectar la duplicidad de requerimientos antes que ambos puedan llegar a culminar. En la vía notarial, los cónyuges han de comparecer, personalmente, a la vez, y junto a su Letrado o letrados, delante del fedatario, de modo que la pregunta directa por parte del Notario a cada uno de los dos y a cada uno de los letrados sobre la inexistencia de otros requerimientos comprometería gravemente su responsabilidad, incluida la profesional de los abogados.

e.– Las consecuencias jurídicas de la duplicidad de requerimientos notariales no son tan graves como las que pueden afectar a la creación de títulos sucesorios contradictorios a través de las decla-

raciones de herederos. Si los cónyuges o sus letrados han acudido a dos o más notarios competentes territorialmente en busca quizá de la máxima rapidez, lo normal es que solo suscriban la primera escritura que esté preparada, y las restantes queden como requerimientos desistidos, siquiera tácitamente, por incomparecencia. Puesto que en este estudio defendemos la improcedencia de un procedimiento de SEPoDIV en sentido formal, no habría ningún expediente que archivar ni consecuencias jurídicas ya producidas que enervar; bastaría con devolver la documentación aportada. En el caso anómalo de llegar a otorgarse dos escrituras de divorcio, la eficacia del cambio de estado civil quedaría determinada por la prioridad en su constancia en el Registro civil, denegándose la inscripción de la segunda. Sin embargo, conviene recordar que el art. 6-1 LJV establece el criterio de la preferencia temporal en caso de duplicidad de requerimientos no solo para los casos de conflicto entre la rogación notarial y la tramitación ante Letrado de Justicia sino también entre dos –o más– rogaciones notariales.

f.– El riesgo de duplicidad de requerimientos no se neutraliza por completo, pues la existencia de un archivo a cargo del Notariado serviría para controlar exclusivamente las SEPoDIV ante Notario, pero no a los expedientes iniciados ante el Letrado de la Administración de Justicia, ni tampoco respecto a los propiamente jurisdiccionales de mutuo acuerdo. El riesgo no es solo que pueda haber dos escrituras del mismo divorcio, sino también un decreto de Letrado de Justicia y una escritura, o una sentencia y una escritura.

g.– Es delicada la naturaleza jurídica del mecanismo de archivo de la información de los requerimientos notariales de SEPoDIV. Debe recordarse la anulación del registro de revocación de poderes por la STS de 20 de Mayo de 2008, por considerarlo un registro de valor jurídico y no un simple *fichero* informático de los regulados en la legislación de protección de datos. El Registro de Últimas Voluntades. ya existe y sobre su base habría de articularse el de requerimientos de SEPoDIV, pero es dudoso que exista habilitación legal para la creación de un "*archivo*" nuevo y no digamos de un "*registro*" en sentido jurídico propio, afecto desde luego a la reserva de ley del art. 149,1.8 CE.

h.– Esta solución coordina con el supuesto de divorcios con elemento internacional, en los que hay más riesgo de requerimientos duplicados. Sin embargo, en el Informe sobre el tema de la D.G.R.N. de 7 de Junio de 2016 (Fundamento 2º C) se interpreta el Reglamento (CE) 2201/2003 en sentido de considerar suficiente requerir

a los cónyuges que manifiesten que no se hallan en situación de litispendencia, por falta de otros medios de comprobación.

Por lo demás, en cuanto a la obligación de consignar en la escritura las manifestaciones de las partes sobre inexistencia de otros requerimientos, con intención se habla en la redacción propuesta de "*comparecientes*", y no de "*otorgantes*", para proporcionar apoyo legal a que tal manifestación sea vertida también por los letrados, que comparecen pero no "*otorgan*" sino que "*asisten*".

### II.4. EN CONTRA DE LA ARTICULACIÓN REGLAMENTARIA DE UN PROCEDIMIENTO NOTARIAL DE SEPARACIÓN O DIVORCIO

Todo lo que se reseña en los apartados posteriores al presente son, en rigor jurídico, fases o trámites del procedimiento notarial de separación o divorcio. Se plantea en éste posiblemente la principal cuestión relacionada con la articulación reglamentaria de la SEPoDIV notariales. En concreto, si es pertinente la apertura de un "procedimiento" en sentido estricto, que debería iniciarse con un acta de requerimiento con número propio de protocolo, a la que se irían añadiendo diligencias acreditativas de cada una de las fases; de culminar satisfactoriamente ese procedimiento, terminaría con el otorgamiento de la escritura que motiva la apertura de aquel, igual que, por ejemplo, el procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca, con su doble reflejo documental de acta de ejecución y escrituras de compraventa a favor del rematante. En esta propuesta se rechaza la articulación reglamentaria de un procedimiento notarial, pese a postular tanto a favor y como en contra importantes argumentos.

Argumentos a favor de la regulación en el Reglamento Notarial de un procedimiento de superación o divorcio:

a.– Podría deducirse de la literalidad de varios preceptos legales que hablan de "expediente":

+ El encabezamiento del Título VII LN, introducido por la LJV es *"Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales*"; no habla de *"escritura*", por lo que se podría defender que toda escritura autorizada en el contexto de la jurisdicción voluntaria debe ir precedida de un expediente.

+ El apartado 1 del art. 49 de LN, también nuevo, dice que "1.º *Cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique*

*prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública."* Distingue por tanto claramente el expediente de la escritura, lo que confirmaría la interpretación anterior.

+ El apartado 3 del art. 54 LN que contempla la escritura de SEPoDIV dice "*3. La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley."* Aunque no hable de "autorización" omitiendo deplorablemente toda referencia al trámite esencial de la función notarial, el desglose de las tres fases indicadas, así como la mención explícita a "tramitación", podría interpretarse en favor de la necesaria existencia de un procedimiento.

b.– La coordinación con otros expedientes de jurisdicción voluntaria, tanto los que se sustancian en las sedes judiciales como incluso varios de los notariales, llevaría a considerar necesario en todo caso la pormenorización en el reglamento de las fases del procedimiento, máxime cuando la regulación sustantiva impone respecto de la SEPoDIV requisitos formales (ej. exigencia de un convenio regulador) claramente más rigurosos que para otros expedientes notariales en los que la LJV sí se ha contemplado expresamente un desglose de trámites, como, por ejemplo, las protocolización de los testamentos no notariales.

c.– La regulación de un procedimiento notarial coordinaría este ámbito con el previsto para los letrados de la Administración de Justicia (777.9 LEC) y con el propiamente jurisdiccional (777, apartados 2 a 8 LEC) en los que claramente sí hay regulación procedimental y de máximo rango.

d.– La ausencia de un procedimiento reglamentario puede generar el efecto perverso de la falta de garantías procedimentales y la posible indefensión del particular derivadas de quedar al arbitrio del Notario cuestiones formales de trascendencia sustantiva.

e.– El procedimiento –a riesgo de extralimitación normativa– permitiría sin duda articular algunos efectos sustantivos de las rupturas matrimoniales que han sido silenciadas en la regulación de la escritura SEPoDIV de en la LJV, quizá por su excesiva concisión o por abuso de la técnica de remisión. Por ejemplo, todo lo relacionado con medidas provisionales, compatibles con el mutuo acuerdo de los cónyuges, y específicamente las derivadas de la admisión a trámite de la demanda de SEPoDIV. En concreto, podría articularse que la admisión por el Notario del requerimiento para iniciar el procedimiento produjera el cese de la presunción de convivencia conyugal**,** la revocación de consentimientos y poderes, el cese de la posibilidad de vincular los bienes del otro en el ejercicio de la potes-

tad doméstica, o incluso permitir la anotación registral del inicio del procedimiento.

En la misma línea, el juicio negativo de equidad por parte del Notario podría articularse como mecanismo de cierre del expediente iniciado, del que podrían obtenerse copias para aportar a la vía judicial. La diligencia de cierre en caso de denegación de funciones proporcionaría una prueba a los cónyuges para acudir directamente a la vía judicial o revisar la decisión del Notario, en la instancia que procediera.

En este estudio consideramos de mayor peso los argumentos contrarios a la regulación reglamentaria de un procedimiento de SEPoDIV:

a.– La práctica de los despachos notariales en el tiempo de vigencia de esta nueva competencia indican que las escrituras de SEPoDIV se están autorizando con normalidad, en aplicación de las normas y principios generales del instrumento público, observándose todos los requisitos y generándose todos los efectos previstos en la ley habilitadora. El Notariado no parece sentir la necesidad de un procedimiento propio de SEPoDIV, más allá de la conveniencia de confirmar y unificar la práctica simplificada que hasta ahora se ha venido observando.

b.– Cualquier procedimiento que llegara a articularse, incluso muy simplificado, se traduciría en un retraso y un encarecimiento de todo el trámite de SEPoDIV notarial, neutralizando buena parte del atractivo comparativo del que puede llegar a gozar, y que justifica su existencia según el preámbulo de la Ley. El procedimiento habría de implicar la autorización de un acta previa para recoger el requerimiento inicial, lo que obligaría a una comparecencia adicional al menos de uno de los cónyuges o de sus letrados o representantes. Cualesquiera trámites ulteriores obligarían a respetar plazos de nuevo diseño, con el consiguiente retraso en todo el procedimiento. La escritura de SEPoDIV debería por su parte reseñar los trámites del acta previa, duplicando todo o parte de la documentación incorporada al acta inicial, con el consiguiente aumento de costes. La duplicidad documental podría incluso generar confusión entre los particulares acerca de cuál de los dos documentos contiene efectivamente su separación o divorcio.

c.– Los argumentos antes reseñados relativos a los textos legales no son de interpretación literal sino sistemática. Tanto la letra de la LJV (no hay en ella tramitación de SEPoDIV en sentido propio) como

su interpretación lógica, avalan que el RN no deba contener necesariamente una regulación detallada de un procedimiento notarial de SEPoDIV. Si esa hubiera sido la voluntad del legislador, de igual modo que ha enunciado o incluso detallado trámites respecto de otros expedientes de jurisdicción voluntaria (ejemplo: subastas), lo habría hecho de algún modo en cuanto a la SEPoDIV.

d.– Hay al menos un argumento literal de peso: el art. 83 CC, en su nueva redacción: *"La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica".* De haber pretendido el legislador anudar cualquier tipo de efecto legales a la rogación, al inicio, o a cualquier fase intermedia del supuesto "*procedimiento notarial de SEPODIVs*" habría tenido que especificarlo. Este precepto afirma rotundamente lo contrario: esta clase de medidas provisionales del 102 CC, que en el ámbito jurisdiccional se vinculan al inicio del procedimiento (admisión a trámite de la demanda), lo hacen en sede notarial precisamente a la autorización (el CC habla con imprecisión deplorable de "*otorgamiento*") de la escritura. En el juzgado se aplican a cónyuges que todavía no están separados ni divorciados; en la notaría se aplican a quienes se acaban de separar o divorciar en virtud de la autorización notarial.

e.– No hay laguna legal que deba ser suplida en el reglamento. El cuerpo de la legislación notarial (LN y el RN previgente) proporciona criterios de actuación suficientemente completos como para que la SEPoDIV en escritura pública pueda ser formalizada con pleno respeto a la esencia del instrumento público, y sin disfunciones respecto al contenido concreto relativo a las crisis matrimoniales.

f.– Los efectos del procedimiento que se han señalado, asimilables a las medidas provisionales judiciales, no se dan en la práctica o carecen de importancia suficiente. Si hay acuerdo total entre los cónyuges sobre su ruptura y la hay además acerca de formalizarla notarialmente en busca de eficacia, no es verosímil que pretendan regular medidas provisionales, ni que consideren necesario neutralizar el ejercicio de la potestad doméstica, o revocar poderes entre ellos. Estas medidas son más bien pertinentes para rupturas contenciosas e inevitablemente judicializadas.

g.– Las dudas más graves se plantean con relación a la posible vulneración del principio de reserva de ley en materia de procedimientos administrativos. La reglamentación de un procedimiento notarial de SEPoDIV puede ser carnaza de recurso contencioso-ad-

ministrativo para los colectivos recelosos de la nueva competencia notarial.

En efecto, y como se ha dicho antes, es muy dudoso que exista habilitación legal para que el reglamento "se invente" un procedimiento totalmente nuevo. La norma habilitante general se encuentra como hemos dicho en la Disposición Adicional 5ª de la LJV: *Modificaciones y desarrollos reglamentarios. El Gobierno llevará a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la presente Ley".* Pero la expresión "*aplicación de la presente ley*" en la esfera extrajudicial se refiere las modificaciones que la propia ley introduce en las normas de directa incidencia notarial, básicamente en el CC y en la LN, porque de conformidad con la técnica legislativa elegida, el contenido propio de la LJV es complementar la LEC del año 2000 en cumplimiento de su Disposición Final XVIII.

La habilitación legal habría que encontrarla más bien en la LN y no en CC, por ser aquella y no ésta la cabeza del complejo normativo (ley-reglamento) que se está desarrollando. Pero, aunque se buscara remisión legal en las novedades introducidas con rango de ley material por la 15/2015, la letra de los nuevos preceptos del Código Civil en poco ayuda a encontrar amparo para un nuevo procedimiento reglamentario de SEPoDIV notarial:

+ El art. 82 CC, habla de "*escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90."* No solo no impone trámites o fases extraescriturarios, sino más bien al contrario, impone que la regulación de los efectos de la ruptura se formalice en la escritura y no en otra sede documental.

+ Sigue diciendo el art. 82: *Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.* – Igual que lo anterior, se regulan cuestiones del otorgamiento de la escritura, y nada ajeno a ese único acto que parece concebir el legislador.

+ Art. 87 CC: ”*Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él*.” Se habla de “forma y contenido” y de “requisitos y circunstancias”, referidos todos ellos claramente a la escritura, sin que se contemplen en modo alguno procedimiento alguno ajeno al propio título modificativo del estado civil.

+ Art. 89 CC: “*Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.”* O sea, la ley hubiera podido anudar algún efecto material al requerimiento de la escritura, o con posterioridad, a la verificación por el Notario del cumplimiento de todos los trámites inherentes SEPoDIV o al cierre del expediente notarial; pero no lo ha hecho. No parece existir por tanto en la mente del legislador más trámite que el propio otorgamiento.

+ 90.2.3 CC: “*Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente*.” Los trámites aquí reseñados son las “*advertencias*”, que idóneamente deberán formularse con ocasión del otorgamiento que va a frustrarse, y “*dar por terminado el expediente*”. Pero en todos los preceptos concordantes no hay más trámite procedimental que la propia escritura. La expresión “*expediente*” se arrastra por ser la común para designar todas las actuaciones de jurisdicción voluntaria, según la tesis de Fernández de Buján, que claramente estuvo presente en la redacción de la ley. La expresión tiene sentido en el ámbito jurisdiccional, para resaltar que aquí no hay “*proceso*” en sentido estricto, sino solo “expediente”. Además, la literalidad del precepto más bien aboca a la interpretación de que “*terminar el expediente*” es sencillamente denegar la autorización de la escritura, expresión de la que quizá se quiso huir por no entrar en el proceloso campo de los fundamentos jurídicos de la sentencia de 20 de Mayo de 2008. Si el CC hubiera concebido algún trámite distinto del otorgamiento de la escritura, éste era el momento procedimental (la negativa a autorizar) para haberlo previsto, regulado

o mencionado, siquiera para poder acreditar la negativa notarial con vistas a su eventual revisión o impugnación.

En la LN solo cabe encontrar la remisión normativa legitimadora en el art. 54,3: "*3. La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley.*" Pero en esta ley –o sea, en el complejo normativo integrado por la LN y por el Reglamento Notarial previgente– están contemplados los conceptos y las fases documentales comunes a otros instrumentos públicos, necesarios para cumplimentar las exigencias formales y de tramitación de la SEPoDIV, sin necesidad de reglamentar un procedimiento nievo.

Así, el **requerimiento** para la autorización de la escritura no necesita de un acta separada, sino que se subsume en el históricamente primero de los principios notariales: LA ROGACIÓN (art. 3,.1 RN*: El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados),* instituto de rancia tradición normativa y doctrinal. La rogación moderna, –como enseña Rodríguez Adrados– "*se refiere al mero requerimiento de prestación de las funciones notariales, con exclusión de toda referencia sustantiva que no sea la somera identificación del asunto a instrumentarse*" y, al menos con carácter general en cuanto a la escritura, no necesita constancia alguna en el propio documento. No es necesario por tanto abrir un acta para recoger el requerimiento relativo a la escritura de SEPoDIV que se pretende instrumentar.

Tampoco necesitan respaldo procedimental alguno los juicios favorables por parte del Notario de su propia competencia funcional y territorial. Su regulación legal específica en esta materia es lo que justifica que en este estudio hayamos consignado expresamente como requisito de la actuación notarial la apreciación de oficio de su propia competencia.

Lo mismo cabe decir de la aportación por los interesados de la documentación que permite al Notario comprobar la concurrencia de los requisitos de la autorización. Algunos de esos documentos son comunes a la generalidad de los instrumentos públicos (identidad, domicilio…) .

La principal especialidad de esta materia –el juicio negativo de equidad– está expresamente regulada en el CC en los términos que se explican más adelante, disponiéndose en el CC para tal caso el cierre del expediente, sin reflejo documental imperativo.

Los trámites posteriores a la autorización de la escritura y en concreto, la remisión al Registro Civil de copia, es común a muchos otros instrumentos susceptibles de provocar asientos registrales, como por ejemplo el art. 223.3 CC sobre designación de tutores. Se trata del cumplimiento de una obligación legal que tiene fácil articulación instrumental a través de las notas en matriz y su traslado a las copias, reguladas en el art. 196,3 RN, en su redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

En conclusión, no se propone en este estudio la regulación en el Reglamento de un procedimiento notarial de SEPoDIV, pero sí el detalle en el mismo de las especialidades formales de este expediente respecto de las comunes a los restantes instrumentos públicos.

### II.5. LEGITIMACIÓN PARA LA ROGACIÓN

***Está legitimado para requerir la autorización de la escritura cualquiera de los cónyuges, personalmente o por representante.***

El significado del párrafo es claro. Al haberse prescindido del acta de requerimiento en la que, en su caso, hubiera podido articularse la solicitud de prestación de la función, parece conveniente hacer mención expresa a la exigencia de "*rogación"* para el inicio del expediente notarial de jurisdicción voluntaria que se concretará documentalmente en la autorización de la escritura de SEPoDIV.

La legitimación se circunscribe a cualquiera de los dos cónyuges, pero no a los hijos y tampoco a los letrados. La exigencia de aportar documentación auténtica y, sobre todo, el convenio regulador que se reseñan en los párrafos siguientes será en general requisito suficiente para disuadir requerimientos inconsistentes, frívolos o estratégicos, como lo sería por parte de un cónyuge amenazar al otro con solicitar el divorcio, demostrándole de alguna manera haber requerido los servicios de un Notario.

Como regla general, la rogación mencionada en este párrafo consistirá en el requerimiento informal, común para muchos instrumentos notariales, sin ninguna materialización escrita.

En la práctica diaria es frecuente que la rogación inicial la formulen los letrados de ambos, el Letrado común o el de uno de los cónyuges. Por eso se ha incluido la expresión "representante". No se pretende que los letrados que entregan la documentación en la Notaría o la hacen llegar telemáticamente acrediten documentalmente la representación de sus clientes; la mayor parte de las veces

la simple aportación del convenio o las fotocopias de los D.N.I. de los clientes será prueba bastante de que efectivamente al menos uno de los cónyuges tiene formulado al Letrado determinado encargo profesional, del que cabe deducir tal representación sin exigir acreditación alguna. La mención, sin embargo, faculta al Notario para exigir prudentemente tal acreditación, o solicitar incluso que el requerimiento lo formule personalmente alguno de los cónyuges, cuando hay dudas acerca de si la ruptura es realmente amistosa o si el Letrado se está arrogando una representación común que resulta dudosa. Por ejemplo, cuando se presentan convenios groseramente perjudiciales para uno de los cónyuges, de los cuales además ni siquiera aportan inicialmente documentos de identidad.

### II.6. REQUISITOS DOCUMENTALES DE PROCEDIBILIDAD

***Deberán aportar los documentos auténticos (1) que acrediten la identidad de ambos (2), el domicilio o la residencia que determina la competencia territorial (3), la existencia y subsistencia del matrimonio (4), la existencia o falta de hijos (5) comunes (6), y sus circunstancias de identidad, capacidad (7) y, en su caso, independencia económica y personal (8). Estos documentos quedarán incorporados a la escritura (9).***

La aportación de documentos se ha consignado en párrafo aparte para resaltar su independencia tanto conceptual como procedimental respecto de la rogación. Esta aportación, que en rigor se trata de pruebas de la concurrencia de los requisitos de la SEPoDIV amistosos, constituyen la materialización los trámites que habrían de cumplimentarse en el "procedimiento" –que proponemos sea eludido– a través de su incorporación al acta de requerimiento inicial, igual que, por ejemplo, en las declaraciones de herederos ab intestato.

Lo normal es que se aporten con ocasión de la rogación inicial, e incluso más, que la propia aportación tenga en si misma el valor procedimental de requerimiento.

(1).– La expresión "documento auténtico" se arrastra del art. 209 bis.4.a RN, por razones de coherencia normativa, si bien cabría considerar la mayor precisión de la expresión "*fehaciente*".

Parece inadecuado concretar más cada uno de los documentos que se citan a continuación hasta la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil y sobre todo, de su Reglamento. La expresión "autén-

tico" pretende amparar también las certificaciones telemáticas que previsiblemente sustituirán a los actuales traslados de los asientos de los libros registrales.

(2).– La exigencia de acreditación documental de la identidad es una remisión implícita e intencionadamente no expresa al art. 157 RN, afectado por la STS 20 de Mayo de 2008. Los "documentos de identidad" que menciona el 157 implican la acreditación de la edad en aplicación sistemática con el 158, que también está tácitamente remitido.

(3).– No se han querido mencionar los documentos que puedan acreditar el domicilio o la residencia para no limitar el margen de apreciación del Notario. En general bastará con los DNI o tarjetas de residencia de extranjeros, máxime si el domicilio que en ellos figura coincide con el invocado por ambos como último domicilio común del matrimonio, aunque convendría no perder de vista que la Policía, al confeccionar el D.N.I. solo exige certificado de empadronamiento cuando se pretende hacer constar en el que se renueva un domicilio distinto del que aparecía en el anterior DNI caducado. Por lo mismo, no se especifica qué documentos acreditan el vaporoso concepto de "residencia", si bien la exigencia de que tal documentación sea auténtica pretende acotar el oportunismo en la elección de Notario que se viene observando por parte de algunos despachos de abogados.

(4).– Se trata de una premisa básica, pues sin matrimonio no hay competencia notarial. La expresión "subsistencia" faculta al Notario para exigir una Certificación literal reciente del asiento del matrimonio inscrito en el Registro Civil (aunque sea del central, cuya obtención es por el momento injustificadamente complicada). Se trata de evitar que se aporten certificaciones muy antiguas (se pretende a veces que sea suficiente la incorporada a la escritura de capitulaciones matrimoniales pactada años antes con ocasión del matrimonio que ahora se disuelve) o certificaciones eclesiásticas del matrimonio religioso. Documentos de este jaez acreditan que el matrimonio se celebró, pero no que posteriormente no se haya anulado, que se haya admitido a trámite demanda de nulidad, separación o divorcio, o que efectivamente haya habido separación o divorcio previos, todo lo cual los interesados pueden tener razones para ocultar. El examen cuidadoso de la certificación, su fecha, y de las notas marginales o de las notas informatizadas que últimamente figuran al final de la propia certificación con tipografía distinta de las menciones anteriores, servirán para proporcionar suficientes elementos de juicio al Notario.

(5).– La existencia de hijos comunes, su número, su edad por referencia a la fecha del nacimiento, o el dato de la falta absoluta de hijos comunes se acreditan idóneamente por la exhibición del Libro de Familia completo, aunque se trate de un duplicado. El Notario deberá testimoniar las páginas correspondientes, incluyendo en todo caso la del matrimonio y la de todos los hijos, hasta la primera página en que haya un hueco en blanco para la inscripción de un ulterior hijo. Se deben incluir todas, incluso las de los hijos fallecidos y las de los ostensiblemente independientes, para poder comprometer la responsabilidad de los cónyuges a través de sus manifestaciones, consignadas en la escritura, relativa a que tales hijos son efectivamente independientes.

Por el momento no parece haber alternativa a la exhibición de Libro de familia para acreditar el número de hijos comunes. No deben ser aceptadas las alegaciones de los cónyuges o sus letrados relativas a perdida, destrucción o deterioro (faltan precisamente las páginas del nacimiento de los hijos) del Libro, porque si consta inscrito el matrimonio, se podría solicitar del registro civil donde se inscribiera un duplicado del mismo, trámite rápido y asequible. En la futura legislación del Registro Civil habría de desaparecer el Libro de familia, pero las inscripciones individuales de cada uno de los cónyuges deberán contener referencias a los datos de inscripción de todos los hijos, de modo que si coinciden las referencias de paternidad de ambos será factible concluir que tales hijos son comunes y que no hay más.

(6)– Sigue existiendo cierta indefinición doctrinal acerca de si el convenio regulador puede o debe mencionar **estipulaciones relativas a hijos no comunes**, esto es, de uno solo de los cónyuges. Las dudas afloran por la escasa precisión de la dicción legal, en contraste con el art. 272 CC de México, en el que claramente resulta que el divorcio notarial solo procede en ausencia de hijos procreados en común por ambos cónyuges. En esta propuesta se defiende, en la línea con la mayor parte de las aportaciones de la doctrina notarial, lo siguiente:

Si los hijos de uno de los cónyuges son mayores de edad e independientes económicamente, la constancia de estipulaciones relativas a ellos en el convenio regulador es contenido atípico del mismo, extravagante al art. 90 CC, de igual modo que lo sería si afectaran a hijos comunes independientes. Pueden recogerse como meros pactos entre personas capaces mayores de edad de contenido familiar o patrimonial; si contienen obligaciones exigibles dan lugar a la creación de un título ejecutivo entre los firmantes; no están sujetas a

ninguna clase de homologación judicial ni a asistencia letrada obligatoria; deben ser consentidas expresa y específicamente por todos los interesados; y no perjudican al contenido y los efectos "típicos" tanto de la escritura (o sea, SEPoDIV de los cónyuges,) como del convenio.

Si por el contrario hay hijos de uno sólo de los cónyuges que son menores de edad o incapacitados o que, siendo mayores y capaces, han venido conviviendo con los dos cónyuges hasta el momento de la ruptura, en el ámbito judicial hay dos tesis, ambas inequívocamente contrarias a la homologación judicial de tales pactos.

La tesis mayoritariamente seguida en los Juzgados de familia especializados es que el Juez (realmente, el Letrado de Justicia) intima al Letrado, generalmente común a los dos cónyuges, para que depure el convenio de tales pactos, debiendo presentar otro en que no figuren. El argumento consiste en que la ruptura no genera legalmente obligaciones familiares respecto de los convivientes, sino solo de los hijos, y tales pactos son negocios ajenos a la especialidad del Derecho de Familia, pues derivan de la convivencia, pero no del parentesco. El criterio es más estricto cuando afectan a menores de edad que cuando se pretende regular por ejemplo, la relación con los padres de uno de los cónyuges, por razón de la posible nulidad de actuaciones por omisión del informe del Ministerio Fiscal en la primera hipótesis. Ese riesgo condiciona al personal jurisdiscente lo necesario como para obligar a los abogados a rehacer su trabajo.

Por el contrario, la tesis que parece aplicarse en los juzgados de primera instancia generalistas consiste en homologar judicialmente el convenio entero, con alguna mención en la sentencia o el decreto relativa a que tal homologación no ampara los pactos relativos a los hijos menores no comunes.

En este estudio se defiende la primera de las tesis citadas, esto es, **si concurren hijos menores o incapacitados o no independientes económicamente, que no sean de los dos cónyuges que se divorcian, el convenio regulador que se incorpore a la escritura no debe contener pactos que les afecten**. Tras ofrecer la opción de formalizarlos en escritura separada de la de SEPODIV, si los interesados insisten en la consignación conjunta, deben ser remitidos a la vía judicial. Defendemos lo anterior en salvaguarda de la función notarial. Es elevado el riesgo de que a las escrituras de SEPoDIV que llegaran a contener pactos de ese tipo no se les llegue a reconocer valor como título ejecutivo si alguna de las partes pretende exigir su cumplimiento en el Juzgado. Si en tal momento los hijos afectados siguen siendo menores de edad, la intervención del

Ministerio Público es procesalmente necesaria incluso en el seno del procedimiento ejecutivo, por lo que no es descartable que pudiera el Fiscal instar o el Juez declarar de oficio (no rige en Derecho de familia el principio de congruencia) la nulidad de la escritura.

(7).– La referencia a las circunstancias de identidad de los hijos implica otra remisión implícita al art. 157 RN y se verificará generalmente con sus DNI o tarjetas de residencia. La edad resultará también de tales documentos, pero podrá ser corroborada con la fecha de nacimiento que figura en las páginas correspondientes del Libro de Familia. Los arts. 158 y 209.4 RN mencionan el libro de familia como medio para hacer constar la edad de los menores.

La capacidad de los mayores no independientes que deban comparecer quedará sujeta a la calificación notarial prevista con carácter general en el art. 167 RN. La referencia en este párrafo a "*documentos*" relativos a la "*capacidad*" está pensando en los casos dudosos, ya se detecten a la vista de la documentación presentada o en el acto del otorgamiento, incluso relacionados con incapacidades de hecho no declaradas judicialmente. En tales casos será necesario aportar certificación de nacimiento expedida por el Registro Civil, en la que deben constar por nota marginal las resoluciones afectantes a la capacidad. Como regla general, cualquier resolución modificativa de la capacidad de los hijos, aunque no determine una incapacitación absoluta, debe compeler al Notario a remitir a los cónyuges a la vía judicial

(8).– Con toda intención, la terminología aquí propuesta difiere de la del art. 82 CC, que recoge las notas de "*carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar*" para cualificar la falta de independencia personal de los hijos comunes que exige su intervención en la escritura. Esa expresión fue copiada durante el *iter* legislativo de la LJV del párrafo 2º del art. 93 CC, introducido en la reforma de 1990, y que está llamado a ser depurado de nuestro ordenamiento jurídico. Por eso se ha sustituido dicha expresión por la mucho más correcta, y respaldada por la jurisprudencia de las audiencias, de "**independencia económica y personal**".

La acreditación de la independencia personal se ha relativizado en cuanto a su control por el Notario, con el inciso "*en su caso*". Con ello se pretende establecer como regla de actuación notarial que no siempre será necesario acreditar documentalmente la independencia económica de los hijos, cuando de las circunstancias periféricas (elevada edad de tales hijos,..) resulte razonable dar por válidas las manifestaciones de sus progenitores. Sin embargo, en otros casos, la regla debe ser no acepar como suficientes las declaraciones de

los padres acerca de que sus hijos tienen independencia personal, y menos deducirlo del silencio del convenio sobre ellos. Más bien la tendencia debe ser favorable a su comparecencia en la escritura, pues la falta de su consentimiento en los casos en que hubieran debido prestarlo podría acarrear la declaración judicial de nulidad de todo el convenio como conjunto sistemático (aunque no del cambio de estado civil mutuamente consentido) y, lo que es más grave, de la propia escritura pública por falta de competencia funcional del Notario. Por eso se pretende dejar la puerta abierta a que en caso de duda ("*en su caso*"), y aunque el convenio los silencie, el Notario pueda requerir la acreditación documental de la independencia económica de tales hijos (por ejemplo, su domicilio en otro lugar o el hecho de haber fundado otra familia) o incluso –excepcionalmente– su comparecencia personal al solo efecto de ratificar su propia independencia, y por tanto, la irrelevancia respecto de ellos de la SEPoDIV de sus padres.

(9).– La expresión relativa a la incorporación de la documentación está mimetizada del art. 209 bis, 3, *in fine* RN. Tiene sentido para significar que, aunque la rogación y la tramitación previa puede hacerse sobre la base de copias inauténticas, e incluso de un convenio regulador carente de firmas, la documentación auténtica debe inexorablemente tenerse a la vista en el acto del otorgamiento.

El inciso constituye una llamada de atención al colectivo para que se extreme el rigor sobre la expresión en el cuerpo del instrumento de la naturaleza jurídico-documental de las pruebas que se incorporen. Si lo incorporado a la matriz de la escritura de SEPoDIV no son documentos auténticos, los traslados que se expidan de dicha matriz no tendrán el carácter de copia sino de copia de copia (art. 1.221 CC, párrafo ultimo), lo que podría afectar a su condición de título inscribible en los Registros Civil y de la Propiedad, y lesionar gravemente su fuerza ejecutiva.

### II.7. EL CARÁCTER ESENCIAL DEL CONVENIO REGULADOR

***Simultáneamente a formular el requerimiento, deberán aportar un convenio regulador de los efectos de su separación o divorcio, con el contenido que expresa el articulo 90 CC.***

La simultaneidad no resulta de la LJV ni del CC y tampoco es la regla en otras actuaciones notariales que se articulan en forma de expediente (señaladamente las actas de notoriedad y de declaración

de herederos). Sin embargo, se propone introducirlo como requisito de la admisibilidad de la rogación por varios motivos. Por un lado, garantiza que haya una voluntad clara de separarse o divorciarse por al menos uno de los cónyuges y una visualización de futuro de sus consecuencias, evitando en alguna medida requerimientos precipitados o inconsistentes. Generalmente el convenio será indiciario de la intervención de Letrado, con el correspondiente devengo de gastos, y con ello de cierta seriedad y persistencia en la voluntad de ruptura. Por otro lado, el control de legalidad notarial, en su vertiente de control de lesividad de este supuesto, gravita fundamentalmente sobre el contenido del convenio, por lo que es razonable, en aras de la máxima rapidez de la formalización, que el Notario tenga cuanto antes todos los elementos sobre los que ha de formar su juicio. La práctica demuestra que, de no tener amparo reglamentario para la denegación del requerimiento por falta de aportación del convenio, es tendencia de los letrados retrasar dicha aportación al mismo momento del otorgamiento, so pretexto de negociaciones entre los cónyuges o modificaciones de última hora.

La generalidad de la fórmula que se propone es compatible con que el convenio no termine siendo finalmente un documento independiente, sino que forme parte del cuerpo de la escritura, si la voluntad de los cónyuges es encargar al Notario su redacción y solo estar asistidos por Letrado en el acto de la firma a efectos del asesoramiento complementario que hace inevitable la ley.

### II.8. CONTENIDO NEGOCIAL POTESTATIVO

***Si con ocasión de la autorización de la escritura de separación o divorcio los cónyuges liquidaran su régimen económico matrimonial, se observarán las normas de la legislación notarial correspondientes a los bienes comprendidos en el inventario, particularmente las relativas a bienes inmuebles.***

Con la redacción propuesta se pretende dejar claro que la liquidación del régimen, convenida con ocasión de la ruptura, se puede formalizar en el mismo vehículo documental que las restantes consecuencias de la SEPoDIV. En el plano sustantivo la cuestión parece que está clara por la dicción del art. 90 CC al incluirlo como contenido del convenio regulador "e) *La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio*." En las rupturas amistosas, la posibilidad de acumular en el convenio presentado a homologación judicial los efectos personales y la liquidación del régimen matri-

monial está amparada en el art. 777 LEC y concordantes. Pero en caso de desacuerdo, aunque este se circunscriba exclusivamente a la liquidación del régimen (incluso el de separación de bienes) o de los bienes comunes, habiendo acuerdo en los efectos personales y demás económicos de la ruptura, los cónyuges quedan abocados a un farragoso y carísimo procedimiento judicial, regulado en los artículos 8O6 y siguientes LEC.

La práctica de algunos abogados de familia es tributaria de la situación anterior a la introducción en nuestro derecho del divorcio notarial, y –obligado es decirlo– de los baremos históricos de los colegios de abogados en cuanto a honorarios por las liquidaciones de regímenes matrimoniales. Por ello, sigue siendo frecuente que se requiera del Notario la autorización de dos escrituras, una de separación o divorcio, con la regulación de sus efectos personales (incluido, en su caso, atribución del uso de la vivienda familiar, prestación compensatoria e incluso compensación por el trabajo doméstico ex. 1438 CC) y otra, separadamente, de liquidación del REM, aunque el acuerdo sea completo desde el inicio sobre ambas cosas. El distinto tratamiento fiscal de los documentos judiciales y de los notariales añade aun mayor confusión al tema.

Por tanto, si la voluntad asesorada de los interesados es formalizar separadamente la liquidación del régimen matrimonial, ésta deberá ser respetada. Pero en todo caso el Notario deberá informar a las partes y a sus letrados de la posibilidad de formalizarse conjuntamente con la SEPoDIV y sus consecuencias personales, con ahorro de costes y sobre todo de trámites. Este criterio de actuación notarial encuentra respaldo suficiente en la redacción del Reglamento que se propone.

El resto del párrafo es una remisión a contenido del reglamento vigente en lo que afecta a los instrumentos que formalizan enajenación o adjudicación de bienes, y en cuanto a los inmuebles, específicamente a los arts. 170 y 172 a 175 RN, con precaución de no explicitar una remisión normativa concreta.

### II.9. EL CARÁCTER PERSONAL DE LA INTERVENCIÓN. EXCEPCIONALIDAD DE LA REPRESENTACIÓN

***Al otorgamiento de la escritura deberán comparecer personalmente y en régimen de unidad de acto los cónyuges y los hijos comunes que deban prestar consentimiento. Excepcionalmente, en caso de urgencia inaplazable e imposibilidad de desplazamiento suficientemente acreditadas, uno***

***de los cónyuges o los hijos podrán estar representados en el acto mediante un poder especial, necesariamente a favor del Letrado elegido para prestar asistencia a alguno de los cónyuges, que deberá contener el texto íntegro del convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio.***

El párrafo propuesto aborda una de las cuestiones que más dudas ha creado desde los inicios de la aplicación práctica del divorcio notarial. El criterio que se propone es establecer como **regla general la comparecencia personal y simultánea –en régimen de unidad de acto– de todos los firmantes y la admisión excepcional y restrictiva de algunas modalidades de representación** (la asistencia de los letrados se regula en el siguiente párrafo). No se ignora el contenido del Informe de la D.G.R.N. de 7 de Junio de 2016, contrario a admitir la representación, que se inscribe en la línea de pronunciamientos discutibles y doctrinalmente sesgados que viene proporcionando en los últimos años el centro directivo en materia de Derecho Internacional Privado (recuérdese la Instrucción de 5 Octubre de 2010 sobre vientres de alquiler y las once resoluciones hijas de la anterior, de 2011). La redacción del Reglamento que se propone NO contradice los razonamientos del centro directivo, pero aun de hacerlo, creemos que la norma que se debate proporciona cobertura normativa suficiente para el planteamiento que se expone a continuación, en salvaguarda de la función notarial y en interés social de este cauce extrajudicial para la configuración del estado civil.

La D.G. se muestra contraria a admitir la representación en el contexto de las rupturas con elemento extranjero, donde hay sin duda mayor estímulo para acudir a ella por parte del cónyuge o cónyuges que, teniendo algún elemento de conexión con España, no se encuentren residiendo de presente en nuestro país al tiempo de separarse o divorciarse. Sin duda, al espíritu restrictivo del Informe de la D.G. no ha sido ajeno el dato de que, siendo extraordinariamente generosos los criterios de conexión establecido en la normativa comunitaria (Reglamento (UE) Nº 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 Reglamento (UE) Nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003), una flexibilización de los requisitos de intervención de los interesados podría llevar quizá a una elección del foro español oportunista o manifiestamente fraudulenta, incentivada por las mayores facilidades comparativas de nuestro ordenamiento para formalizar las rupturas, o incluso por una exacerbada vis atractiva hacia el foro español por parte de sus asesores jurídicos aquí insta-

lados. Por lo demás, la propia D.G. reconoce explícitamente que su pronunciamiento contra la admisibilidad de la representación en las rupturas matrimoniales, en los términos generales en que lo formula (vd. Conclusión IV del Informe), es incongruente con el objeto de la consulta.

Por otra parte, son manifiestamente débiles los argumentos de la D.G., sobre todo con relación a su grave impacto en la práctica jurídica. El Informe de 2016 cita a favor de su tesis la literalidad del art. 82 CC en cuanto a que "*Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal*". Sin embargo, la interpretación más precisa de esa frase, acorde con los precedentes prelegislativos, apuntan a que el concreto inciso trascrito no estaba abordando el asunto de la representación voluntaria o el mandato subyacente–para excluirlos tan radicalmente como creen quienes han redactado el Informe de la DG–, sino el de la postulación procesal o intervención de abogado y procurador. O sea, el inciso solo se entiende bien si se lee entero:

*"Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio".*

En el primer anteproyecto de LJV del Ministerio de Justicia, la intervención de Letrado era potestativa al decir, que "*sin perjuicio de que puedan estar asistidos*..." Los informes del C.G.P.J. y del Consejo General de la Abogacía eran partidarios de la exclusión de la competencia notarial en materia de conflictos matrimoniales, pero, de prosperar la iniciativa legislativa del Gobierno, proponían la intervención preceptiva de Letrado. Aceptado este carácter por razón la capacidad de lobby de la abogacía a través de los equilibrios parlamentarios, las dudas afloraron – al parecer, en el seno de gabinete del ministro Gallardón– acerca de la naturaleza jurídica de esa intervención preceptiva del Letrado. Los informes elaborados en el entorno del catedrático Fernández de Buján aclaraban que en los países en que se había introducido el divorcio notarial había disparidad de criterios. En algunos ordenamientos es simple asesor: potestativa en Cuba –art. 2.1 D.L. 154/1994–, Nicaragua –art. 159 a 162 CC–, y Bolivia –art. 2.069 del C. de Familia–. En Perú no lo exigía la Ley –art. 5 Ley 29227/2008– pero el reglamento introdujo al abogado en función de patrocinio o asesoramiento, de menor rango que la representación legal, a través Decreto Supremo 008-2008 Jus. En Ecuador, el "patrocinio" del Letrado se introdujo por vía de reforma

de la Ley del Notariado en Ley 2006/62 de 28 de Noviembre. En Colombia –Ley 962/2005– y Brasil –Ley 11441/2007 de modificación del C. de Procedimiento Civil–, se exigen dos abogados o dos procuradores. En algunos países de divorcio administrativo (México, Portugal, Estonia, Rumania, algunos países escandinavos,), que se formalizan ante el encargado del registro civil, se admiten distintas modalidades de representación. Es decir, el inciso relativo a la intervención "personal" de los cónyuges en la ley española estaba circunscribiendo el ámbito de la actuación del abogado al de simple asesor y no de representante jurídico; o sea, lo que realmente dice este inciso es que los cónyuges están tan solo "asistidos" sin llegar a estar "representados procesalmente" por los abogados en el otorgamiento. Quizá por salvaguardar en parte la esencia metafedataria de la función notarial, el precepto quería especificar que su relación con los cónyuges que deciden divorciarse ante Notario se desenvuelve en el ámbito del consejo y no de la representación o postulación procesal. De ahí que el Notario no pueda pedir que se le acredite la relación entre los cónyuges y sus Letrados, ni en rigor jurídico aquellos están representados en ninguna medida por éstos, y que ni sea necesario ni pertinente el otorgamiento de un poder de representación procesal al efecto de "asistir" a los cónyuges en la autorización de la escritura.

Como único argumento adicional, justifican los autores del Informe su opinión contraria a la representación en SEPoDIV notarial en un vistoso argumento de "*identidad de razón*" (apartado IV, párrafo 4 primer inciso,). Pero no se sabe con qué encuentran esa "identidad de razón". No la hay desde luego con el matrimonio, en cuya regulación se admite históricamente la representación al menos como nunciatura, tanto antes como después de la LJV, posibilidad hoy recogida en el art. 55 CC. Tampoco hay identidad de razón con la separación o divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia, ni en cuanto al ámbito propiamente jurisdiccional. En lo que se refiere al primero, porque su intervención se ha introducido en la ley a la vez que la del Notario, por lo que afloran las mismas dudas interpretativas que excluyen toda "identidad de razón". Y en cuanto a los procedimientos ante Juez, del art. 777 LEC, porque en este ámbito viene admitiéndose la representación a través de poder especial con normalidad rutinaria a favor de procuradores, de letrados e incluso terceros particulares, no obstante el carácter personalísimo los pleitos matrimoniales (ejemplos; Autos AP Valencia de 2 Marzo 2001 –rec.6/2001– y 2-Mayo-2001, –rec.180/2001–).

La propuesta que aquí se hace en cuanto a la admisión de la representación se formula, sin embargo, con las especialidades y restricciones propias del acto y con respeto a la letra del art. 82 CC en cuanto a la necesaria intervención "personal":

a.– Se admite con carácter "*excepcional*", entre otras motivaciones, para enervar los riesgos advertidos por la D.G. en cuanto a los divorcios con elemento extranjero, ciertamente existentes también respecto a los internos.

b.– Solo uno de los dos cónyuges o los hijos puede estar representado; el otro cónyuge o bien los dos cónyuges si no están los hijos, deben comparecer personalmente. En ningún caso puede ser un acto puramente nunciatorio, en que los dos cónyuges o todos los intervinientes hayan conferido su representación al mismo o distintos letrados o representantes procesales, lo que adulteraría radicalmente la función de asesoramiento del Notario.

c.– La representación se debe conferir precisamente al Letrado que asume la función de asistencia, pues en otro caso se escindiría la función representativa de la del asesoramiento Letrado, que es requisito *ad sustantiam* de la SEPoDIV ante Notario. Ésta se considera la única fórmula de cohonestar la viabilidad de la representación en la SEPoDIV con el consejo equilibrador exigido reforzadamente al Notario por razón del control de equidad. El asesoramiento notarial se suple excepcionalmente en este caso a través del Letrado, pero no queda completamente eliminado.

d.– La naturaleza jurídica de la representación que se propone admitir es la de un nuncio, portavoz o mensajero, simple portador de voluntad: el representante no emite una voluntad en sustitución del representado para la configuración del negocio jurídico, sino que se limita a transmitir o vehicular una voluntad ya formada con anterioridad y determinada en todos sus extremos. Por eso, el convenio regulador debe estar incorporado al poder, sin admitir en este caso modificación alguna; las estipulaciones de la escritura deben concretarse a la declaración de voluntad de divorciarse y a la aprobación del convenio. El restante contenido de la escritura distinto de la disolución o relajación del vínculo sí pueden ser objeto de mandato representativo, conforme a las reglas generales para los actos patrimoniales.

e.– Y sobre todo, la excepción debe estar justificada conceptualmente en dos motivos cumulativos, para evitar que se eluda la presencia personal por razones puramente oportunistas o de conveniencia: debe concurrir urgencia inaplazable e imposibilidad de

desplazamiento. La urgencia implica cierto grado de discrecionalidad en la apreciación por el Notario, admisible en la medida en que la denegación de funciones no priva a los interesados de su derecho constitucional a determinar el estado civil por otras vías, no subsidiarias sino institucionalmente alternativas. La imposibilidad de desplazamiento se refiere a situaciones que objetivamente sobrepasan la voluntad del cónyuge, como por ejemplo el internamiento administrativo, el ingreso en prisión, el confinamiento sanitario, la sujeción a pena o a medida cautelar de alejamiento, etc. La expresión "*suficientemente acreditadas*" deja también cierto margen de discrecionalidad al Notario para apreciar la concurrencia cumulativa y simultánea de ambas, quizá recurrible disciplinariamente por denegación de funciones, pero pretende dejar claro que no basta con la alegación por los interesados de circunstancias subjetivas, como lo sería el coste o las molestias inherentes a un desplazamiento a larga distancia, para sustraerse del carácter naturalmente personalísimo del acto. Por eso se propone el adverbio "suficientemente", que excluye que la acreditación deba ser necesariamente "documental".

### II.10. LA ASISTENCIA LETRADA

***Al otorgamiento de la escritura de separación o divorcio deberán también comparecer personalmente el Letrado común a ambos cónyuges o los letrados de cada uno de ellos (1), al efecto de prestar su asistencia (2). Se recogerá en la escritura la conformidad de los otorgantes sobre a cuál de los cónyuges asiste cada Letrado o la condición de Letrado común a ambos del único (3). Los letrados acreditarán su identidad y condición de ejercientes (4) y deberán firmar la escritura en régimen de unidad de acto con los cónyuges (5).***

(1)– Siguen existiendo dudas, particularmente entre los abogados de familia con ejercicio en Cataluña, acerca de si basta con un Letrado o son necesarios dos. Subyace a la polémica el pretendido carácter preferente en dicha región del art. 233-5-2 CCCat: *2. Los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto…* en ciertas circunstancias. La disposición reglamentaria pretende zanjar esta polémica en favor de la posibilidad del Letrado único, con amparo en el art. 82.1.2 CC, como desarrollo de la competencia estatal exclusiva sobre "*relaciones jurídico-*

*civiles relativas a las formas de matrimonio*" (art. 149.1.8 CE), y del art. 54.2 LN, desarrollo de la competencia estatal exclusiva sobre "*ordenación de instrumentos públicos"* (art. 149,1.8 CE); ambos preceptos estatales se expresan en singular en cuanto a la asistencia letrada. Desde la perspectiva "*procesal*" de estas dos normas, también de competencia exclusiva estatal, cabe invocar además la analogía con art. 750.2 LEC que, en sus sucesivas reformas desde su introducción en el año 2000, sigue permitiendo la asistencia letrada única en las SEPODIVs de mutuo acuerdo tramitados en sede jurisdiccional.

(2).– Mención obligada en sus estrictos términos. No cabe en la vía reglamentaria decir más sin riesgo de impugnación por extralimitación normativa desde la abogacía, al invadirse quizá el campo la regulación de la asistencia letrada, sujeta sin duda al principio de reserva de Ley. Pero tampoco debe el Reglamento decir menos, al efecto de constreñir la intervención letrada en su fricción con la función notarial a sus estrictos términos legales: "*asistencia*" y no "a*sesoramiento*", ni "*dirección jurídica*" ni "*representación*".

La asistencia es "*al otorgamiento*", sin que el Notario deba entrar a calificar la relación jurídica subyacente entre Letrado y cliente, sus actuaciones anteriores o posteriores al otorgamiento, ni el contenido o el acierto jurídico de la asistencia.

**La asistencia letrada se presta a los cónyuges, pero no a los hijos**, respecto de quienes no lo exige la ley. Y asistencia al otorgamiento, precisamente de la escritura de separación o divorcio y **no a ningún otro documento de derecho de familia**: ni la reconciliación de los separados, ni a la liquidación del REM si se formalizara en escritura separada.

(3).– Debe destacarse lo que no dice este inciso, redactado con intención de que no pueda ser exigido en la práctica notarial. Así, el Notario no podrá pedir que le acrediten la relación contractual, de arrendamiento de servicios o cualquier otra, entre los cónyuges y sus letrados, ni pretender la existencia de un poder de representación procesal, para pleitos o de cualquier otra índole entre ellos. Puede ser premisa de un correcto asesoramiento indagar si el Letrado realmente es de los dos, o más bien ha sido contratado por uno de los cónyuges y el otro se limita a aceptarlo para cubrir el requisito legal. Estos casos, frecuentes en la práctica, encubren situaciones de falta de asistencia letrada por parte de uno de los dos, lo que debe implicar la automática activación del asesoramiento equilibrador del art. 147.4 RN, si bien tal extremo no puede aflorar en el instrumento. Por eso, la redacción propuesta se limita a requerir la

expresa concreción en la escritura de la bilateralidad de la asistencia (este Letrado asiste a este cónyuge…) para enervar acciones de nulidad de la SEPODIVs por incumplimiento de uno de los requisitos legales *ad sustantiam*. Se exige la conformidad de los cónyuges a esta concreción, pero en modo alguno la concurrencia de consentimiento en la escritura entre letrados y cónyuges sobre su relación contractual.

(4).– La norma se inscribe en el contexto del recelo que algunos letrados y la asociación mayoritaria de la abogacía de familia han expresado respecto a la regulación del divorcio notarial. La práctica viene ofreciendo casos en que el Letrado se ha mostrado disconforme con su identificación en la escritura de SEPODIV mediante el DNI, sobre todo por el contraste con la práctica de los juzgados, de la policía y de las prisiones, en que se admite exhibiendo solo el carnet profesional. La redacción que se propone pretende conciliar dicha práctica con las exigencias de todo instrumento público. Por eso, se pretende amparar que el Notario deba exigir la identificación mediante algún documento de identidad, sin que pueda admitir en ningún caso las simples manifestaciones, como pretendía la malograda redacción originaria del art. 157 RN en la reforma de 2007, ni acudir a mecanismos supletorios para otras hipótesis como sería su identificación por los propios cónyuges. No todos los carnets profesionales de los distintos colegios contienen fotografía y firma, por lo que la identificación por el D.N.I. resultará irremplazable en muchos casos, sin perjuicio de que el carnet profesional pueda servir además para acreditar su condición de ejerciente; supletoriamente, se puede acudir por propia iniciativa del Notario a comprobar esta condición a través de la página web del Consejo General de la Abogacía. Debe tenerse en cuenta que hay excepciones a la necesidad de ser ejerciente para poder asumir la dirección letrada de algunos asuntos de personas allegadas (17.5 del Estatuto de la Abogacía, RD 658/2001 de 22 de Junio)

(5).– Este inciso tiene una doble significación. Por un lado, pretende neutralizar intentos de romper la unidad de acto en cuanto a la asistencia de los letrados a sus clientes. Se ha detectado algún caso de divorcios mediáticos, en los que todo el trámite con la notaría lo gestionan abogados auxiliares o incluso otra clase de personal subalterno del despacho, que acompaña a los otorgantes en las fases previas al otorgamiento, incluida la lectura del convenio y sus modificaciones. La aparición del abogado titular del despacho –interesado, no obstante, en que su nombre figure en la escritura– se retrasa hasta el mismo instante del otorgamiento, aunque ello

obligue a todos los interesados a retrasar el acto en consideración a sus ocupaciones preferentes o a la llegada de los medios de comunicación. La "asistencia" exigida por la ley implica inmediatez personal desde luego en el acto formal de la firma, pero también al menos en el tiempo inmediatamente anterior a la lectura del texto definitivo, fase en que los cónyuges deben persistir en su voluntad de romper el vínculo, de que la tramitación sea notarial y consensuada, y de todas las consecuencias del mismo. Las pretensiones de adelantar la firma del Letrado o ratificarla con posterioridad a los cónyuges deben ser firmemente rechazadas, sirviendo esta redacción que se propone de suficiente amparo legal al Notario.

Por otro lado, la expresión "firmar" pretende salvaguardar la exigencia de la letra del CC y la LN en cuanto a la asistencia letrada, esquivando en sede reglamentaria el enjundioso tema de su naturaleza jurídica. Por eso parece prudente que su intervención se reconduzca en el reglamento a la materialidad física de su actuación (firmar), y no a su valor jurídico: en rigor sustantivo y documental los letrados no "otorgan" ni la SEPoDIV, ni siquiera la escritura.

### II.11. EL CONTROL NOTARIAL DE LESIVIDAD: LA POSIBLE DENEGACIÓN DE FUNCIONES

***Si el Notario considera (1) que alguno de los acuerdos (2) relativos a los efectos de la separación o divorcio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges o para los hijos que deban prestar consentimiento (3), lo hará saber a todos (4), motivadamente (5). Si los cónyuges no accediesen a la modificación de los términos inicialmente pactados (6), el Notario denegará la autorización de la escritura (7) y devolverá la documentación aportada (8), advirtiendo de la existencia de la vía judicial alternativa, y, a solicitud de los interesados, dejará constancia escrita de los motivos de su negativa.***

Párrafo de gran importancia, no sólo para articulación reglamentaría de esta competencia sino también para la naturaleza de la función notarial y su futuro. La expresión literal "*negar la autorización*", como criterio general de actuación notarial, fue traumáticamente amputada del art. 145 en la reforma reglamentaria de 2007, por la STS 20 de mayo de 2008, sobre la base de rechazar que el control de legalidad forme parte de la función notarial. En línea con otras reformas legales consolidadas, resucita ahora desde más fuertes

agarraderas legales, con voluntad de perpetuarse en el cuerpo orgánico de la legislación sectorial. Por eso, en este estudio se considera fundamental que la expresión figure en el texto en todo caso. Esto es, que otra norma legal más ampare explícitamente la facultad del Notario de denegar la autorización en ejercicio del control de legalidad.

La base legal de este apartado NO se encuentra en el art. 54 LN, que nada dice sobre el particular, en línea con la anorexia regulatoria que la ley orgánica de la fe pública padece desde 1862. Contra la redacción que se propone es posible por tanto la acusación de pecado de extralimitación normativa por infracción del principio de reserva de ley en materia de instrumentos públicos. El fundamento de la norma que se propone se encuentra en la nueva redacción del art. 90.2.3 CC, promulgada con rango de ley formal dentro de la Ley 15/2015, de JV y, en la habilitación normativa de la DA 5ª de dicha Ley. "*El Gobierno llevará a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la presente Ley".* Frente a lo anterior, no parece acertado invocar en defensa de la regulación reglamentaria de la denegación de funciones el p. 3 del art. 54:"*La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley*". En técnica jurídico-normativa, este precepto contiene una remisión legal (de un precepto legal a otro precepto legal, *ratione materiae*), pero no una habilitación normativa ni una deslegalización. Si no existiera otro precepto emanado del legislativo que permitiera al Notario denegar la autorización, el párrafo trascrito volvería a ser interpretado por sus detractores en necesaria coherencia con los preceptos –legales– que establecen el carácter obligado de la prestación de funciones del Notario en tanto que funcionario público (STS 23 de enero de 1990 y 26 de enero de 1996) y su imperativa regulación a través de normas con rango de ley (STS 20 de Mayo de 2008).

Sobre las anteriores premisas se ha redactado la propuesta del párrafo del Reglamento, intentando afinar al máximo cada detalle de su redacción gramatical, como se detalla a continuación.

(1).– Seria más expresivo "*si el Notario califica*", o "*si el Notario, en ejercicio de su control de legalidad…*". La prudencia aconseja prescindir de tales expresiones, siempre que el contenido semántico del párrafo y su contenido normativo gravite sobre la denegación de funciones potestativa para el Notario.

(2).– No se ha destacado lo suficiente por la doctrina el distinto alcance del control de equidad que la poco fina redacción de la LJV confiere a los jueces en relación a la paralela de los notarios o de los letrados de Justicia. Para el ámbito jurisdiccional, el art. 90.2 CC dice que *"los acuerdos de los cónyuges (…) serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges",* literalidad que permite que el Juez haga una valoración de conjunto de todos los acuerdos contenidos en el convenio, interpretándolo como unidad sistemática; cabe por tanto que alguno de los acuerdos aisladamente considerados sean perjudiciales para alguna de las partes (ejemplo, se confiere el uso indefinido de la vivienda común al progenitor no custodio de los hijos menores), pero que el conjunto no lo sea, (por ejemplo, reconociendo en favor del progenitor custodio pensiones lo suficientemente elevadas como para allegar otra vivienda distinta en interés de los hijos). Por el contrario, la letra del párrafo 3 del mismo apartado 2 parece que limita mucho más las facultades de control de equidad del Notario y del Letrado de Justicia: "*Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados*…. De modo que basta con que uno solo de los pactos resulte dañoso, para que la autoridad llamada a homologarlo deba rechazar el todo. Desde la práctica notarial se impone una interpretación correctora del precepto, cuya redacción responde a las modificaciones introducidas en el gabinete del por entonces ministro de Justicia al anteproyecto inicial. Sin embargo, en esta propuesta de reglamento se ha reproducido con toda intención la torpe redacción de la ley vigente, para ponerlo a salvo de impugnaciones por extralimitación normativa.

(3).– Idéntico criterio de trascripción de la ley (art. 90.3.3CC), e idéntica finalidad, presiden la redacción de este inciso, pese al profundo rechazo que nos inspira.

El control de equidad de los acuerdos de ruptura matrimonial procede de la Ley del divorcio 7 de Julio de 1981. Aunque se trató de una norma básicamente de elaboración parlamentaria por su profundo calado político, es lo cierto que algunos de los borradores de anteproyecto se sometieron –como muchas otras leyes de la época– al filtro de la Subdirección General de los Registros y del Notariado, a la sazón a cargo de letrados del centro directivo, antes de su fusión con el cuerpo de abogados del Estado. De testimonios de algunos de los protagonistas de aquella ley resulta que ese inciso

se introdujo a iniciativa de sectores democristianos antidivorcistas de la UCD, en un intento de articular un modelo de divorcio que ofreciera a las familias una segunda oportunidad de permanecer unidas. Con esa finalidad, el sistema gravitaba sobre una separación previa al divorcio, de duración considerable, en la que se pretendía por la Ley mantener la familia nucleada en torno a la vivienda y a la madre que se quedaba con los hijos, mantenidas a distancia a cargo del padre, que, por definición, abandonaba el hogar, de modo que resultara muy gravoso constituir una segunda familia y muy sencillo recomponer la que se había roto. Lo anterior se trufó con una concepción paternalista de la mujer casada, considerada incapaz de protegerse a sí misma y de proteger eficazmente a sus hijos. Para ello se sustrajo radicalmente el contenido de los convenios de ruptura del ámbito de autonomía de la voluntad de los particulares, atribuyendo siempre a los jueces –incluso mediante la creación de órganos especializados–, el control de tales pactos, no solo desde la legalidad sino también desde la equidad, entendida conforme a la cosmovisión antes citada. El criterio legal proporcionado a los jueces para su función cancerbera se materializó en la expresión: "*dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges"*. O sea, el Juez debería ordenar a los abogados que re-elaboraran todo convenio en el que se apreciara el más mínimo perjuicio para los hijos (interpretado a la luz del principio histórico del *favor filii,* sin intromisión por entonces del "*best interests of the child*"), o bien un perjuicio ligeramente superior al mínimo para uno de los cónyuges, es decir, para la esposa, de la que se dudaba legalmente que supiera defenderse o de la que se sospechaba que podría aceptar menos para ella a cambio de algo más para sus hijos. Lo impactante es que este inciso, exactamente así interpretado por la práctica de los tribunales (estaba vetado el acceso al recurso de casación) ha estado vigente hasta la reforma de 2005 e incluso después –ya sobre premisas ideológicas totalmente distintas–, pese a su contenido originario dudosamente compatible con el principio de igualdad entre sexos.

En el *iter* legislativo de la LJV se manejaron alternativas en cuanto a la desjudicialización del divorcio, optándose en el Proyecto de Ley del Ministerio de Justicia de 2 de septiembre de 2014 por conferir dicha facultad también a los notarios. Pero por entonces, la sombra de la sentencia de 20 de Mayo de 2008 y de sus apologetas instalados en el Ministerio era excesivamente alargada, motivo ése y no otro por el cual en el primer proyecto de la LJV se obligaba al Notario a autorizar la escritura con una cortés advertencia a los interesados

(no era preceptiva la intervención de Letrado), aunque su contenido fuera aberrantemente injusto o desequilibrado. Tras los dictámenes, particularmente los del CGPJ y del Consejo General de la Abogacía, recelosos ambos de la intervención notarial, el texto que finalmente se llevó a las Cortes contenía, por fin, la posibilidad de denegación de funciones en ejercicio de una modalidad cualificada del control notarial de legalidad: el control de equidad.

En otros foros hemos defendido que ese control ni siquiera puede calificarse con rigor de control de "equidad", prefiriendo la expresión "*control de lesividad*". Se trataba de remarcar que el ámbito de actuación del Notario es estrecho, y el de la autonomía de la voluntad de los particulares, muy ancho, de modo que el control se limita a la punta del iceberg de la injusticia clamorosa del convenio, desde parámetros objetivos relativos a los ingredientes institucionales básicos de cada uno de los conceptos jurídicos concernidos en las rupturas familiares. La finalidad de la redacción que se propone es salvaguardar para el Notario la posibilidad de denegación de funciones en control de legalidad, grabada a fuego en una norma de derecho positivo, aunque su ámbito sustantivo de aplicación pueda ser reducido.

En todo caso, creemos que **el Reglamento debe huir de la objetivación de los motivos de denegación,** en ninguna de las posibles variantes normativas. O sea, no parece deseable regular los motivos de denegación ni formulando criterios generales, ni menos descendiendo a ningún casuismo respecto a cada una de las instituciones afectadas. De ahí que se haya copiado literalmente en el Reglamento la misma expresión del art. 90.3 CC. Nada más.

(4).– "*A todos*" se refiere a los cónyuges, a los letrados y a los hijos. Se ha dejado la expresión en calculada ambigüedad por dos motivos. Uno, para permitir que las reservas del Notario se formulen a la vista del convenio que se le debe entregar simultáneamente al requerimiento, pero no necesariamente en el acto de la firma, sino en ocasiones, informalmente y con la máxima delicadeza, con anterioridad, sobre todo cuando se hacen saber a los letrados que han redactado el convenio. Hay ciertas negativas que deben ser tratadas con los profesionales, porque están conectadas con inercias que se vienen arrastrado del ámbito judicial y que solo se irán desterrando con el tiempo (una de la más típicas, la asignación indefinida del uso de la vivienda al cónyuge no titular, solo válida como donación). El rechazo del Notario a determinados convenios debe plantearse antes de la firma, tanto para permitir su reelaboración meditada y consensuada con los cónyuges, como para salvaguardar la posición

del Letrado en cuanto a un contenido que seguramente habrá explicado a sus clientes como legal. Dos, porque no tiene sentido exigir la reunión a presencia del Notario para notificar sorpresivamente la negativa a quienes pensaban que saldrían de la notaría divorciados, salvo que ésta se refiera a cuestiones menores susceptibles de ser rectificadas sobre la marcha. "*A todos*" implica por tanto que se puede comunicar a algunos, especialmente a los letrados, actuando a modo de representantes de sus clientes, y asegurándose desde luego de que terminará haciéndose saber a todos, individualmente si así fuese requerido.

(5).– La motivación de la denegación de funciones figura en el Código Deontológico Notarial. La expresión pretende salir al paso de negativas infundamentadas o basadas en un juicio subjetivo de equidad, (por ejemplo, que la pensión compensatoria se juzga excesivamente baja o breve), lo que, a nuestro juicio, sí podría fundamentar un recurso disciplinario ante la DGRN por denegación de funciones.

Conecta con el inciso final del párrafo, en que se permite a los interesados solicitar constancia escritura de las razones de la negativa, obligación de claro trasfondo deontológico, y que obligará al Notario a fundamentar adecuadamente la negativa verbal inicial desde el mismo momento de su formulación. Además de otras finalidades, cumple un papel importante respecto al trasfondo consensual del supuesto. Hay muchos divorcios que se formalizan como mutuo acuerdo por razones estratégicas, de eficacia o economía, pero son materialmente contenciosos, incluso muy conflictivos. El rechazo del Notario puede desenmascarar la conflictividad subyacente, induciendo a las partes a formalizar la ruptura de otra manera, pero con especial incidencia en un caso: cuando un único Letrado ha redactado el convenio, pero ese Letrado es más de la confianza de un cónyuge que del otro, la negativa puede inducir a éste a allegarse su propio Letrado, exactamente como prevé para el ámbito judicial el art. 750.2 LEC.

(6).– Se trata de articular un recurso de reposición informal contra la resolución inicialmente denegatoria del Notario. Para que este trámite no se vea expuesto a ser impugnado bajo pretexto de la creación de un procedimiento administrativo sin respaldo en la ley, se propone esta redacción, lo más informal y simplificada posible, enmarcándose dentro de los matices inherentes a la rogación de cualquier otro instrumento notarial. Su finalidad práctica es sincera: evitar en lo posible denegaciones de funciones, y ampliar el campo

de actuación de la SEPoDIVs notariales, en aras de una más efectiva libertad de elección por los particulares.

Quienes acceden a la modificación son desde luego los cónyuges y así se expresa, pero no hay duda de que en esta decisión estarán asistidos por sus letrados, a quienes no se cita en el precepto por exceder esta actuación del ámbito literal de la estricta "asistencia al otorgamiento".

(7).– Este inciso es irrenunciable. Sin embargo, cualquier defensa institucional de la posibilidad de denegación de funciones en ejercicio del control de legalidad notarial debe ponerse en relación con los otros supuestos regulados con anterioridad, de los que este precepto no es sino la confirmación y cuya enumeración aquí es pertinente. La denegación de funciones en ejercicio del control de legalidad es inherente a la esencia de la función notarial, y responde a una regla general que debe ser interpretada extensivamente y consagrada normativamente con el rango que le corresponde. **Otros casos de denegación notarial de funciones en normas promulgadas con anterioridad** son:

a.– Originariamente, art. 10.6 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que impide la autorización por el Notario de aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales. Hoy en vigor, los arts. 81.2 (relativo al deber de información) y 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, T.R. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: *Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.*

b.– Art. 4.4 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico: los notarios deben denegar la autorización de una escritura reguladora del régimen, mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 del propio precepto.

c.– Art. 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación: faculta al Notario para denegar la autorización de

escrituras públicas de declaración de obra nueva sin que se acredite la constitución de las garantías establecidas en el art. 19 de la Ley.

d.– Art. 25.5 de la Ley de Montes, 42/2003, de 21 de noviembre: impide a los notarios autorizar las escrituras de adquisición sin que previamente se acredite la notificación fehaciente a la Administración que impone dicho precepto.

e.– Art, 18 Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (concedidos por quienes NO sean entidades de crédito o sus agentes): "*1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley"*; 3" *La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria, o la inscripción de alguna de sus cláusulas, deberá efectuarse mediante escrito motivado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado conforme a la legislación específica.*

f.– Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Su art. 3 modifica el art. 129 de la Ley Hipotecaria: "*f) Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.*

*En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el art. 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales."*

g.– Por motivos fiscales: RDL 1/1993, Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, art. 54: "Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, (...) "; Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, art. 33: "*Los documentos que contengan actos*

*o contratos sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no se admitirán ni surtirán efecto en oficinas o registros públicos sin que conste la presentación del documento ante los órganos competentes para su liquidación, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria o autorización expresa de la Administración*". Los dos resuenan en el 215,3 RN: "*Los documentos privados sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, no podrán ser objeto de acta de protocolización si no consta en ellos la nota que corresponda de la Oficina liquidadora o entidad bancaria colaboradora."*

(8).– El inciso tiene su significado más allá de lo literal. Por supuesto que si la rogación no se materializa en la autorización del instrumento, no existe por concepto alguno, ni siquiera arancelario, un derecho de retención por el Notario de la documentación y antecedentes aportados por los requirentes partes. Incluso en el ámbito de la legislación de protección de datos, es incluso dudoso que se puedan conservar fotocopias que no estén tratadas informáticamente bajo el concepto jurídico de "fichero", con todas sus exigencias.

Este inciso quiere dejar claro que NO se configura en este reglamento nada que pueda conceptuarse como "*procedimiento notarial de separación o divorcio*". De existir tal procedimiento, la frustración del mismo una vez iniciado, siquiera provisional, daría lugar a su cierre, con archivo de las actuaciones y conservación en original o copia de la documentación aportada y ya protocolizada (vd. por ejemplo, suspensión del procedimiento extrajudicial hipotecario). En esta sede, sin embargo, el inciso deja claro que la única actuación derivada de la denegación de funciones, que el art. 90.3 CC llama "*dar por terminado el expediente*", es devolver la documentación y nada más que eso.

### II.12. OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN

***La escritura recogerá la voluntad inequívoca de los cónyuges de separarse o divorciarse (1). Separadamente de lo anterior, contendrá el consentimiento de ambos a las estipulaciones del convenio regulador de los efectos, (2) que deberá ser firmado por ellos en todas sus hojas (3) o ratificada en el acto su firma anterior (4). La escritura podrá contener además la liquidación del régimen económico matrimonial (5) y cualesquiera otras estipulaciones derivadas de la situación familiar que se formaliza, aunque impliquen complementos o modificaciones al convenio presentado (6).***

Este párrafo pretende regular el contenido dispositivo de la escritura de SEPODIV. Por tratarse de un documento perteneciente al género "*instrumento público notarial*", y dentro de él, a la especie "escritura pública", son de aplicación supletoria todas las normas del Capítulo II del Título IV del Reglamento en vigor. Pero, por las razones apuntadas en la parte inicial de este estudio, se ha prescindido intencionadamente de cualquier referencia horizontal –o remisión explícita– que pudiera poner en tela de juicio tal contenido desde la perspectiva de la jerarquía normativa. La regulación en modo alguno pretende ser exhaustiva, en contraste con otros expedientes de jurisdicción voluntaria, en los que con rango legal (subastas) o reglamentario (actas de notoriedad para declaración de herederos), se llega a un nivel mayor de detalle.

(1)– Que la voluntad de los cónyuges recogida por el Notario deba ser "*inequívoca"* y que deba expresarse de modo "*inequívoco"* en la escritura puede parecer ofensivo, pues daría a entender que a falta de esta norma los notarios tenderían a recoger declaraciones de voluntad susceptibles de interpretaciones vacilantes nada menos que en cuanto a la determinación del estado civil. La exigencia de "*adecuar la voluntad de los otorgantes al ordenamiento jurídico*" y hacerlo "*sin frases ni termino algunos ambiguos u oscuros*", priorizando la "*propiedad en el lenguaje*", son ya exigencias históricas de los arts. 147 y 148 RN. Si la expresión se ha llevado a esta propuesta de reglamento es para respetar la impertinente letra del art. 82 CC, que en su coordinación con el 90 proporciona cobertura legal a la cuestión medular de esta nueva competencia: la posibilidad de denegar la función en ejercicio del control de legalidad.

(2).– La naturaleza jurídico-documental del convenio regulador de la SEPoDIV es un aspecto maltratado en la LJV por la discutible técnica del legislador (estos artículos no fueron abordados en el informe la Comisión General de Codificación y se gestaron en el gabinete del ministro Gallardón). El precepto del CC que recoge primeramente tal extremo es el art. 82.1: "*1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo (…) mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90."* En la parte que afecta a la redacción de la escritura, la expresión "*convenio regulador" (…) "en escritura pública ante Notario*" está complementada en cuanto a su contenido, a partir de las

palabras "*en **el** que*", (no "*en **LA** que*") con un doble objeto: uno, la voluntad inequívoca de separarse, y, dos, las medidas que hayan de regular los efectos. Por tanto, la letra del artículo dice asombrosamente que donde se presta el consentimiento a la ruptura es en el convenio y no en la escritura, y por tanto, delante del Letrado que lo redacta y no del Notario que lo formaliza como autoridad pública. El nuevo artículo 87 CC extiende lo anterior a la institución del divorcio**:** *Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él*." Por la remisión al art., 82 hay base para entender que la expresión "la forma y el contenido" se refiere no a la escritura sino al convenio.

La redacción propuesta pretender reconducir la figura con respeto a principios de derecho documental, intentando salvaguardar la clara *voluntas legislatoris* mas allá de carencias gramaticales y desviaciones expresivas. Por eso, se deja claro que el convenio regulador, como lo viene siendo pacíficamente desde 1981 en el ámbito judicial, tiene sustantividad documental y negocial propia. La regla general será que haya sido redactado por el Letrado o los letrados de los cónyuges, sin excluir que en los casos más esquemáticos y claros, se tienda a una cierta estandarización "de formulario". El convenio ni puede ni debe contener la prestación del consentimiento de los cónyuges de separarse o divorciarse, lo que haría tránsito a un indeseable negocio privado de ruptura del vínculo, sino que debe darlo por supuesto y remitirse a su posterior formalización, judicial o notarial. Esta formalización (sentencia, decreto o escritura) opera como *conditio iuris* de todo el contenido y eficacia del convenio, y así debe figurar en el mismo.

La redacción trascrita ampara que el Notario deniegue la autorización cuando la redacción del convenio induzca a error sobre su valor como vehículo documental de la voluntad de los cónyuges de separarse o divorciarse, máxime cuanto el convenio tiene una fecha anterior a la de la escritura y ha comenzado a ejecutarse en la realidad extradocumental. De ese modo resucita al menos en este ámbito el párrafo del art. 145 RN que fue anulado por la sentencia de 20 de Mayo de 2008: *El Notario (…) en su función de control de legalidad deberá negar la autorización (…) cuanto a su juicio: 6.– Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no corresponde con su contenido (…)*

Por eso tiene sentido la exigencia de que la escritura deba contener dos estipulaciones en párrafos distintos de la parte dispositiva u "otorgan". En uno de ellos, los cónyuges declaran su voluntad de romper el vínculo, y en otro separado, ratifican el contenido del convenio regulador de sus efectos.

Lo anterior es compatible con lo que parte de la doctrina notarial ha visto defendiendo desde la publicación de la Ley. Es posible que el convenio forme parte del cuerpo de la escritura, cuando los cónyuges han acudido primero al Notario para requerir que redacte un convenio, y después al Letrado para ser asistidos en el acto de la firma. Esto puede deberse a distintas razones, pese al castigo arancelario que viene padeciendo esta competencia, y es socialmente deseable que progresivamente vaya extendiéndose en los usos sociales: la preferencia por el Notario puede deberse a la confianza preferente de los cónyuges en él como jurista, a cualquier tipo de vinculación personal compatible con el régimen de incompatibilidades, a la conexión de la escritura de SEPODIVs con otros documentos de incontrovertida autoría notarial, conexos e incluso de superior enjundia jurídica, etc, etc. Esta posibilidad, no viable en la esfera judicial, es vista con recelo por sectores de la abogacía, como así lo han expresado en algunos escritos institucionales, pero es claramente compatible con la regulación de la figura en la LJV y pretende serlo también con el desarrollo reglamentario que así se propone.

(3).– La firma en todas las hojas es exigencia reglamentaria común todo documento incorporado a un instrumento notarial que no tenga numeración de folios (art. 154 .2 RN).

(4).– Una vez alcanzado el consenso total de los cónyuges, entre la redacción del convenio y la firma de la escritura media siempre cierto lapso de tiempo, inherente a los trámites necesarios para conseguir los originales de la documentación auténtica que debe incorporarse, o derivadas de los propios ritmos del despacho notarial. En ocasiones el convenio ha sido firmado tiempo antes de que los cónyuges se decidan finalmente a formalizar su ruptura, quizá para regular efectos de la separación de hecho, o por otras razones. No pocas veces el contenido del convenio ha empezado a aplicarse en la práctica, y a la firma del mismo subyace una latente conflictividad entre cónyuges.

Por esas y otras posibles razones se ha contemplado en la redacción que se propone la eventualidad que el convenio lleve fecha anterior, incluso muy anterior, a la firma de la escritura, haya sido suscrito extranotarialmente, y su fuerza vinculante haya al menos

comenzado a desplegar sus efectos. El inciso pretende disciplinar la práctica en sentido de que el Notario no podrá exigir un nuevo convenio con ocasión de la firma de la escritura, ni tampoco rechazar la validez del previamente firmado, sin perjuicio de que los efectos sobre el estado civil se produzcan con ocasión de la firma de la escritura (art. 89 cc), ésta por supuesto en presencia del Notario, y no antes.

El reconocimiento como propia en presencia del Notario de firmas estampadas por los particulares con anterioridad tiene pleno amparo reglamentario. Es inherente a la elevación a escritura pública de documentos privados y está contemplada como variante tipológica del testimonio de legitimación de firmas en el art. 259 RN.

(5).– Nos remitimos a lo dicho anteriormente al comentar el párrafo que alude a los requisitos formales de la liquidación del REM y su remisión genérica a las normas reglamentarias vigentes. No está de más, sin embargo, su mención en este párrafo, para aclarar que aunque el inventario de bienes y la especificación de sus adjudicaciones deba figurar en la parte expositiva de la escritura, el consentimiento a dicha liquidación debe ser un contenido dispositivo obligatorio de la misma. Con ello se intentan aceptar todas las posibles variantes de articulación documental de la liquidación: uno, formando parte del propio convenio, como parece establecer como regla general el art. 90 CC; dos, como documento privado independiente del convenio propiamente dicho, redactado también por los letrados a modo de cuaderno particional hereditario, y firmado o ratificado por los cónyuges en presencia del Notario y complementado conforme a la naturaleza jurídica de los bienes incluidos; tres, como contenido de la propia escritura de SEPODIVs, al modo en que viene haciéndose en la práctica notarial vigente en toda liquidación extrajudicial de REM, idóneamente si incluye inmuebles.

(6).– El inciso pretende amparar que el asesoramiento notarial y el control de equidad puedan traducirse en una modificación del convenio presentado por las partes. Razonando de mayor a menor, si anteriormente se ha defendido la viabilidad de un convenio íntegramente redactado por el Notario, con mayor motivo se debe aceptar que pueda contribuir a modificar parcialmente el aportado por las partes. En la vida real, si el convenio se ha redactado por los letrados y se aporta a la notaría al requerir la autorización, con el texto consensuado pero sin firmar, será lo normal que si los cónyuges aceptan alterarlo o completarlo, sea el propio Letrado o letrados quienes modifiquen el texto del convenio en el sentido finalmente decidido. Pero puede haber situaciones en que el complemento o

modificación solo pueda reflejarse a través de cláusulas específicas en el cuerpo de la escritura: cabe que el Letrado carezca de medios materiales para reelaborar el convenio en la misma notaria con la prontitud exigida por las circunstancias; son posibles también todas las variantes de alteración sobrevenida de los letrados, tales como que originariamente hubiera uno común y que a la firma asistan uno por cada cónyuge, o al revés, primero dos y al final, uno; cabe que alguno de los cónyuges o ambos hayan cambiado de Letrado durante el proceso de negociaciones hasta la firma; cabe que acuda a la Notaria otro Letrado del mismo despacho, pero que no es el que ha redactado el convenio, etc., etc...

En todo caso, la asistencia del Letrado no admite modalizaciones o condicionantes, y en ningún caso cabe acceder a reflejarlas en la escritura. Aunque parte del convenio –o todo– lo haya redactado el Notario, la firma por el Abogado de la escritura pondrá en todo caso la escritura a salvo de eventuales acciones de nulidad por falta de intervención letrada.

### II.13. INTERVENCIÓN DE HIJOS

***El consentimiento (1) de los hijos que legalmente deban prestarlo (2) se formalizará en estipulación separada (3). Tal consentimiento se referirá genéricamente a las estipulaciones del acuerdo de sus padres que les afecten, sin que proceda especificarlas (4).***

(1).–La naturaleza jurídica de ese consentimiento es cuestión oscura en la redacción final de la LJV, lo que determina la máxima prudencia neutral con que se ha redactado esta propuesta de regulación reglamentaria. Una de las tesis sobre dicha naturaleza jurídica puede resumirse así:

*"Ese consentimiento no recae sobre el contenido del convenio regulador de SEPoDIV pactado por sus padres, ni siquiera en cuanto a las "medidas que les afecten", referidas esencialmente al contenido del deber de alimentos que los progenitores tienen respecto de ellos. El convenio sólo vincula a los cónyuges que se separan o divorcian. Los hijos que otorgan la escritura junto con sus padres no quedan vinculados por el contenido de las cláusulas que les afecten, sino que podrán hacer valer en todo momento sus derechos como acreedores alimenticios contra sus dos progenitores, caso de considerarse perjudicados por el cumplimiento o por el incumplimiento*

*del mismo por sus padres. El convenio elevado a escritura pública constituye título ejecutivo entre los padres, incluso en cuanto a las obligaciones asumidas entre ellos en favor de sus hijos comunes, pero en ningún caso de los padres contra los hijos, ni fundamenta en sí mismo excepción procesal alguna de los padres contra las demandas alimenticias de sus hijos legalmente fundamentadas. Esta interpretación es la que mejor salva la validez jurídica del convenio frente a la posible vulneración de normas imperativas en que se podría incurrir en otro caso., particularmente la relativa a la prohibición de renunciar o transigir sobre alimentos futuros (151 y 1814 CC).*

*El consentimiento de los hijos no es en absoluto irrelevante: implica su aceptación a que el divorcio de sus padres se formalice en vía notarial y no judicial, con la consecuencia de darse por informados de los pactos alcanzados por sus progenitores al efecto del mejor ejercicio de sus derechos como acreedores de alimentos y de reconocer su falta de independencia económica. Su consentimiento es además, conditio iuris de la eficacia de la escritura de SEPODIV."*

(2).– La expresión "*los hijos que legalmente deban prestarlo*" es una remisión al concepto de falta independencia económica y personal de los hijos que figura en ley, pese a la valoración muy negativa nos merece su concreta redacción ("*carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar*", cfr art. 82.1.2 CC). A efectos de práctica notarial, esta reseña está complementada con la mención a los hijos en el párrafo relativo a la documentación que deber presentarse para acreditar su "independencia económica y personal", fijando el Reglamento en su aplicación conjunta un prudente criterio de presunción a favor de la necesaria comparecencia como otorgantes de los hijos mayores de edad, con independencia de las concretas previsiones del convenio. Por tratarse ésta de una cuestión de naturaleza sustantiva y sobre la que sigue habiendo dudas doctrinales, es arriesgado que el reglamento intente tomar postura, concretando supuestos de hijos que deben comparecer y excluyéndolos en otras hipótesis.

(3).– El asesoramiento letrado no se extiende a los hijos que deban prestar consentimiento. Todo el articulo y en especial este inciso se han redactado de modo que no ampare la interpretación contraria, y es una de las razones por las que se propone su regulación en el Reglamento en este párrafo independiente. En todo caso, puesto que la naturaleza jurídica del consentimiento, y desde luego el objeto del mismo, es distinto respecto del prestado por los padres

otorgantes, procede su consignación en la escritura en estipulación propia.

(4).– Norma de prudencia, que pretende esquivar a efectos de práctica notarial toda concreción del contenido del convenio al que están los hijos prestando consentimiento. Por supuesto, no consienten la separación o el divorcio de sus padres, ni en rigor ningún aspecto de la liquidación del REM, por mucho que sus efectos reflejos les puedan afectar, señaladamente en lo que se refiere a la asignación del uso de la vivienda en relación al progenitor con van a convivir tras la ruptura. Más allá de eso, es desacertado intentar identificar los pactos que "*les afecten*" con los que les mencionen, por ser posibles los pactos que les afectan sin mencionarles (ejemplo, pensión compensatoria elevada para un cónyuge, pero solo por un plazo fijo, fijado en relación al previsible tiempo restante de convivencia del acreedor con los hijos). Por eso la expresión reglamentaria respeta escrupulosamente la literalidad de la ley y salvaguarda la posible nulidad del convenio por falta de consentimiento de los hijos afectados por algún contenido concreto del mismo.

### II.14. TRÁMITES POSTERIORES A LA AUTORIZACIÓN

***Autorizada la escritura, el Notario deberá remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos copia autorizada total de la misma a la Oficina General del Registro Civil, a efectos de la práctica inmediata de la correspondiente inscripción prevista en la ley.(1) De no ser posible dicha modalidad de remisión, la enviará por correo certificado con acuse de recibo. (2) Recibida de dicho registro la comunicación acreditativa de la inscripción de la separación o divorcio, lo hará constar por diligencia en la matriz, que se trasladará a todas las copias que con posterioridad se expidan (3). De solicitarse copia autorizada antes de la recepción de la comunicación, hará constar en la nota de expedición la falta de acreditación de la inscripción en el Registro Civil.(4)***

(1).– El párrafo corre riesgo de ser impugnado por extralimitación normativa, con referencia al principio de reserva de ley que afecta a la ordenación de los registros. Sin embargo, la habilitación normativa de la DA 5ª se ha respetado aquí en sus justos límites, y de ningún modo se trata de disciplinar la actuación de los encargados del Registro Civil desde una norma notarial. Además, la obligación del Notario de remitir por las vías telemáticas corporativas

copia de los documentos susceptibles de inscripción a los registros correspondientes está ya establecida con carácter general por el art. 196.3 RN. Por todo lo anterior, el párrafo propuesto replica con comedida contención las obligaciones que el art. 61 de la LRC en limbo impone a tales encargados, sin ignorar que en dicho precepto se hace desde la perspectiva general de las remisiones enviadas a los registros civiles desde los juzgados, y solo de manera derivada o complementaria a las remitidas desde las notarías:

*Art. 61 LRC: El Secretario judicial del Juzgado o Tribunal que hubiera dictado la resolución judicial firme de separación, nulidad o divorcio deberá remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos testimonio de la misma a la Oficina General del Registro Civil, la cual practicará de forma inmediata la correspondiente inscripción. Las resoluciones judiciales que resuelvan sobre la nulidad, separación y divorcio podrán ser objeto de anotación hasta que adquieran firmeza.*

*La misma obligación tendrá el Notario que hubiera autorizado la escritura pública formalizando un convenio regulador de separación o divorcio.*

(2).– El inciso relativo a la imposibilidad de remisión electrónica prevista en el art. 61 LRC se ha redactado en términos generales, no solo con en relación a los sucesivos aplazamientos de la entrada en vigor de la LRC, sino a otras hipótesis de imposibilidad de remisión telemática por motivos técnicos o de otra índole. Con independencia de que futuras normativas impongan variantes de remisión telemática, este párrafo intenta dejar a salvo la responsabilidad notarial por falta de constancia registral del cambio del estado civil, aun a riesgo de quedar desfasado por próximas reformas legales.

(3).– Por lo mismo, no se especifica a través de qué medio puede el Notario recibir la comunicación acreditativa de la inscripción. Debe resaltarse que la principal disfunción apreciada en los primeros meses de aplicación de la LJV en cuanto a SEPoDIVs notariales se refiere precisamente los retrasos de los registros civiles, tanto los de poblaciones pequeñas como de algunas grandes ciudades –graves en el caso del Registro Civil Central–, en inscribir y en remitir a las notarías los justificantes de dicha inscripción.

Este párrafo en su conjunto da por supuesto que cualquiera de los cónyuges, además de los hijos firmantes, –y quizá los no firmantes– y los letrados, pueden solicitar copia autorizada total de la escritura. Se echa en falta en materia de SEPoDIV, máxime teniendo en cuenta que la escritura puede constituir título ejecutivo, una expresión tan clara como la del art. 83.2 LN en materia de conciliación: *"Cualquie-*

*ra de las partes podrá solicitar del Notario copia autorizada dotada de carácter ejecutivo en tanto no conste en la matriz nota relativa a la modificación de su contenido o su ejecución*." Esta idea no se ha querido incluir en el texto articulado propuesto por las dudas acerca del alcance de la habilitación normativa, y porque en nuestra opinión la escritura de separación o divorcio siempre es título ejecutivo entre excónyuges (si contiene obligaciones exigibles) y nunca lo es de los padres contra sus hijos.

(4).– El último inciso pretende recoger en este artículo, en aras de la claridad sistemática, las especialidades en materia de expedición de copias, siendo por tanto modalizaciones de la sección 5ª de este mismo capítulo del Reglamento (art. 221 y siguientes RN). La expedición de copia autorizada de un instrumento falto de la acreditación de un último requisito formal es compatible con la regulación de dichos artículos, pero presenta en este tema una importante especialidad. En cuanto a los documentos relativos a actos inmobiliarios, la obligación del Notario solo alcanza a justificar la presentación telemática y la recepción de dicha comunicación, sin entrar en las ulteriores incidencias del procedimiento de registración; el encargo relativo a una tramitación registral integral desde la Notaría no está configurado por el momento, con carácter obligatorio para todo tipo de instrumentos. Por el contrario, en cuanto a la SEPODIV, la eficacia de la escritura como título modificativo del estado civil está condicionada no ya a su remisión al Registro Civil, ni siquiera a la inscripción, sino a la constancia de dicha inscripción en la propia matriz de la escritura antes de la expedición de las copias autorizadas para cada uno de los cónyuges. Lo anterior implica la obligación del encargado del Registro Civil de notificar a la autoridad que le ha remitido el documento de divorcio (sentencia, decreto o escritura), el hecho de la inscripción, y, preferiblemente, a través de certificación del asiento, lo que significa, en sede de ruptura matrimoniales, certificación literal del folio del matrimonio con nota marginal acreditativa de la inscripción del divorcio. Este trámite se ha venido observando con irregularidad notoria en cuanto a los divorcios judiciales y quizá por inercia, también lo está siendo en los notariales: en ocasiones los registros civiles envían certificación del folio firmada, otras sin firmar, otras un simple oficio con redacciones variopintas suscrito exclusivamente por el Letrado de Justicia, otras, nada por retraso o negligencia, y alguna, al menos en los meses posteriores a la entrada en vigor de la reforma, nada, por disconformidad rebelde con la nueva ley. El tema es del máximo interés para asegurar la calidad del servicio notarial, pero su sede normativa debe ser el Regla-

mento del Registro Civil. Por eso este párrafo solo puede presuponer que el Registro Civil habrá de remitir a la notaría, en cumplimiento de un deber legal, algún tipo de comunicación relativa a haber inscrito la SEPODIV, no se sabe en qué plazo ni cómo, y que el Notario lo reflejará en la matriz y en las copias que se expidan.

La solicitud de copia autorizada antes de haberse acreditado la inscripción se está presentando en la práctica, y responde a finalidades legítimas relacionadas con la inmediata formalización de actos o contratos para los que es indispensable acreditar el estado civil. En ocasiones, dicha copia se pretende incorporar al expediente de un nuevo matrimonio, todavía en trámites, para lo cual parece inidónea. Por el contrario, dicha copia proporcionará un título hábil de legitimación en cuanto a la liquidación del REM pendiente de inscribir en el RP, (art. 95.1 CC) o para enervar la aplicación del 1.320 CC en la inmediata venta de una vivienda privativa. La limitación de sus efectos en el tráfico aconseja, no obstante, la constancia expresa en la copia de la falta de acreditación en la matriz de la inscripción del divorcio.

### II.15. LA RECONCILIACIÓN ANTE NOTARIO

***Los cónyuges separados legalmente (1) podrán formalizar su reconciliación en escritura pública (2) otorgada personalmente por ambos (3) ante Notario competente territorialmente por su domicilio o residencia en tal momento (4). El Notario deberá remitir la escritura al Registro Civil a efectos de su inscripción, en los términos regulados en el párrafo anterior (5) y al Notario titular del protocolo en que obre la escritura de separación, para su constancia por nota en la matriz. (6)***

Este apartado pretender recoger el único supuesto que no ha quedado contemplado en los anteriores en cuanto al ámbito material de competencia del Notario en materia de crisis familiares, y se ha configurado así tanto por razones sistemáticas como gramaticales. En el primer párrafo de toda la propuesta se especifica el ámbito nuclear de la competencia: separaciones y divorcios (no nulidades) ante Notario. En ese mismo párrafo, en un inciso breve pero suficientemente expresivo por su ubicación sistemática al principio de toda la regulación, se han incluido como ámbito objetivo las "*modificaciones*" de todo lo anterior, con amplitud semántica deliberada, como se ha intentado explicar: se pretende dar cabida a cualquier

competencia en materia de crisis familiares de mutuo acuerdo que impliquen cambio de estado civil, o cualquier modificación de las anteriores, hayan sido estas notariales o judiciales.

Por eso se recoge separadamente lo que podría calificarse como supuesto "inverso" a los anteriores, no la ruptura o relajación del vínculo, sino la rehabilitación del mismo: la reconciliación. La habilitación normativa está clara en el art. 84 CC redactado por la LJV: *Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizase en escritura pública o acta de manifestaciones.* Respecto a la letra de ese artículo, este inciso introduce los siguientes matices:

(1).– Desde luego, solo los cónyuges separados pueden reconciliarse, mientras que los ya divorciados, (o sea, desde el otorgamiento de la escritura de divorcio) aunque el cambio de estado civil no esté inscrito, solo pueden volver a casarse entre sí. Por el contrario, la reconciliación es posible en todo momento entre separados, con independencia de que solo haya habido prestación de consentimiento, escritura, decreto o sentencia no inscritos, o ya esté inscrita en el Registro Civil la separación. La expresión "*cónyuges separados legalmente*" implica lo anterior, pero además, deja abierta la puerta a una reconciliación ante Notario de cónyuges separados judicialmente, contra la aparente literalidad del art. 84 CC. Ese artículo fue redactado en la LJV pensando quizá en el estrecho ámbito de aplicación de la separación tras la reforma del CC por la Ley de divorcio exprés de 2005. O sea, si los cónyuges en crisis pueden repudiarse mutuamente, accediendo directamente al divorcio sin necesidad de causa ni de plazo (el legal de 3 meses no tiene valor sustantivo), las pocas separaciones que se formalizan encubren, bien crisis coyunturales que no excluyen la vuelta a la normalidad familiar, bien fraudes en busca de los beneficios sociales de las familias monoparentales. Por eso, el legislador ha considerado como ámbito normal de la reconciliación el que se produzca en el seno –o poco después– del propio proceso de separación. En ese contexto tiene sentido procesal que la "anulación" de una separación ante el Juez deba necesariamente formalizarse también ante el Juez, y precisamente ante el mismo juzgado que la declaró, pues allí se debe anexar al expediente inicial la diligencia de comparecencia de los cónyuges como acreditación de la anulación de los efectos de la separación formalizada, hubiera sido ésta amistosa o contenciosa. Sin embargo, nada de eso tiene sentido sustantivo ni procesal en los casos en

que entre la separación y la reconciliación media un largo periodo de tiempo y el expediente judicial correspondiente al proceso inicial lleva ya años archivado. Para esos casos no se ve motivo por el cual los cónyuges no puedan acudir al Notario para rehabilitar su anterior matrimonio, en un procedimiento considerablemente más eficaz que el judicial, sin olvidar que algunas reconciliaciones se intentan formalizar en riesgo de muerte. Es una situación paralela a la existente cuando entre la separación y la reconciliación el órgano jurisdiccional ha desaparecido, o cuando el Notario que autorizó la escritura de separación ya no es titular del protocolo que la conserva por muerte, jubilación o trasladado, o bien ha sido amortizada esa notaría.

La posibilidad que apuntamos salvaguarda la previsión del nuevo art. 835 CC, redactado por la LJV: "*Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos".* La notificación por el Notario autorizante de la reconciliación al titular del protocolo en que se halla la de separación servirá idóneamente para cumplimentar este requisito de la conservación de derechos legitimarios. Pero más allá de eso, que el Notario que formaliza la reconciliación deba notificarla en todo caso al RC los salvaguarda en todo caso, como demostración de que los cónyuges no se reconciliaron reservada o clandestinamente, por lo que defendemos el viudo reconciliado ante Notario conservaría su legítima, aunque se hubiera separado en el juzgado.

Por eso, este párrafo deja deliberadamente abierta la posibilidad de que todos los matrimonios separados "legalmente" (y no solo "notarialmente") puedan reconciliarse ante Notario, si bien sería conveniente que el futuro Reglamento del Registro Civil mencionara el tema para excluir la posibilidad de que el encargado del Registro denegara la inscripción de la escritura por falta de competencia funcional.

(2).– Carece de sentido la formalización de la reconciliación en "*acta de manifestaciones*", por tratarse claramente de una declaración de voluntad y no de un hecho, que debe ser documentada siempre en escritura pública ex arts. 17.1.2 –en general–, y 49.1 LN específicamente en cuanto a los expedientes de jurisdicción voluntaria, y 144.2 RN. El art. 84,2 CC parece configurar la escritura o el acta como documentos alternativos, lo que no tiene sentido ni en el caso en que ambos quisieran formalizar su propia declaración de voluntad por separado, por inercia de la práctica ante los tribunales

de justicia. Puede discutirse si la escritura o escrituras de reconciliación recogen declaraciones negociales, expresivas de un acuerdo o concurso, o más bien unilaterales o paralelas; cualquiera de las tesis excluye que proceda el acta de manifestaciones, que quedaría restringida a la improbable hipótesis de que ambos quisieran formular en acta una declaración de conocimiento relativa a haberse reconciliado con anterioridad, en el juzgado o en otro vehículo documental, pero no ex novo.

(3).– La exclusión de la representación se apoya en los mismos argumentos que respecto de la SEPODIV, mencionados anteriormente. No cabe alegar que el supuesto guarda más analogía con el matrimonio que con su ruptura, porque no se trata de constituir un vínculo nuevo, sino de enervar los efectos de la ruptura ya formalizada, por lo que el consentimiento especifico exigido participa de la naturaleza de las rupturas y no de las nupcias. Parece que deben ser aplicables las mismas excepciones en cuanto a urgencia e imposibilidad de desplazamiento, acreditadas a juicio del Notario.

(4).– Cuando la reconciliación se formaliza tiempo después de la separación, los criterios de conexión personal de aquella época habrán podido fácilmente quedar inefectivos y es posible que el Notario haya cesado o haya cambiado el titular del protocolo. El inciso quiere dejar claro que, a diferencia del ámbito judicial en que el proceso inicial petrifica la competencia (art. 84 CC: ”juez *que entienda o haya entendido del litigio…”)*, no es imprescindible acudir al mismo Notario que formalizó la separación. La conexión documental entre la separación y la reconciliación se consigue a través de la nota mencionada en el inciso final de este párrafo.

(5).– La remisión al RC plantea los mismos problemas que los aludidos antes en cuanto a la SEPODIV.

(6).– Se trata de la nota exigida por el art. 1219 CC, y su mención en la matriz tiene amparo en la regulación reglamentaria general del instrumento público, pero se reseña aquí con deliberada intención para rehabilitar parcialmente el párrafo 1 del art. 178 del RN de 2007, anulado por la sentencia de 20 de Mayo de 2008.

## III. FINAL

No se han incluido en la propuesta de texto articulado, por ser más bien materia de otras reformas legales, las siguientes cuestiones:

a.– Las SEPoDIV ante Notario español con elemento extranjero, por estar regulados en instrumentos internacionales vinculantes desde su publicación en el B.O.E. y respecto de los que la habilitación normativa para el desarrollo reglamentario plantea una problemática distinta. En su caso, el presente texto articulado podría contener una remisión normativa de alcance general, recogiendo quizá la doctrina asentada sobre el tema por el Informe de la D.G.R.N. de 7 de Junio de 2016. Por ejemplo:

***En los matrimonios con elemento extranjero la competencia funcional y territorial del Notario español se determinará en observancia de los instrumentos internacionales que en cada momento formen parte del ordenamiento jurídico interno, siendo aplicables en todo caso la necesidad de asistencia letrada y de aprobación de un convenio regulador.***

b.– El régimen arancelario de la SEPoDIV, de indiscutible relevancia para la actitud de la corporación notarial frente a la nueva competencia. La D.A. 4ª LJV establecía que el Gobierno en el plazo de tres meses habría de publicar un nuevo arancel notarial aplicable a las competencias asumidas, plazo que ha sido clamorosamente incumplido, aplicándose por el momento el Arancel vigente, sin actualizar desde 1.989, y manifiestamente disfuncional en cuanto a este documento.

c.– El alcance de la información que los notarios deben incluir en los índices colegiales sobre las escrituras de SEPoDIV. El art. 17.2 LN dice que "*Reglamentariamente se determinará el contenido de tales índices, pudiéndose delegar en el Consejo General del Notariado la adición de nuevos datos, así como la concreción de sus características técnicas de elaboración, remisión y conservación".* El asunto tiene importancia en la medida en que en los últimos años los juzgados, a efectos estadísticos y para su remisión al INE, se habían visto obligados a completar los alardes con datos cada vez más detallados sobre las consecuencias de las SEPoDIVs, (edad y nacionalidad de los cónyuges, estipulaciones sobre pensiones compensatorias y alimenticias, atribuciones de custodia de menores, etc), lo que por el momento carece de parangón en el ámbito notarial. Se detecta cierto malestar en los sectores especializados en la medida en que la falta de información estadística notarial puede malograr el esfuerzo y el valor de los restantes datos, al quedar muy sesgados los disponibles por la ausencia de los notariales.

# SOBRE LA NATURALEZA UNIVERSAL O PARTICULAR DEL LLAMAMIENTO DEL CÓNYUGE VIUDO A LA HERENCIA

**Luis Javier Gutiérrez Jerez**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Jaén

**Resumen:** El artículo 807 del Código civil designa a los sujetos que por disposición legal tendrán la consideración de legitimarios en la sucesión del causante, matizando que el cónyuge viudo lo será "en la forma y medida" establecida por el propio Código, lo cual ya aporta cierto carácter especial a dicho llamamiento al atribuir directamente un usufructo legal, de cuota variable y compatible con los demás legitimarios concurrentes en la sucesión.

El legislador utiliza la denominación "heredero forzoso" para referirse a los citados legitimarios cuyo derecho se concreta en un usufructo ordinario (bien cierto y determinado), lo cual nos ofrece un buen campo de análisis acerca de si el llamamiento efectuado por el legislador podría considerarse hecho a título universal o particular.

Igualmente se estudia en este trabajo si el cónyuge supérstite que contrae nuevo matrimonio adquiere en el ámbito del artículo 811 un derecho análogo al que concede el artículo 807 y si la posibilidad de realizar actos de disposición sobre el derecho de usufructo atribuido por ley puede provocar una alteración de su naturaleza jurídica.

**Palabras clave:** Cónyuge viudo. Heredero forzoso. Sucesor universal o particular.

**Abstract:** Article 807 of the civil code refers to subjects who, by law, shall be regarded as successor entitled to part legitimate inheritance in the succession of the deceased, clarifying that the widowed spouse will be "in shape and measure" established by the code itself, which already provides certain special character to this appeal by directly attributing a legal usufruct of quota variable and compatible with the other concurrent legitimarios in succession.

The legislator uses the term “forced heir” to refer to the aforementioned legitimarios whose right is embodied in an ordinary usufruct (true and determined), which offers us a good analysis about the appeal made by the legislator be perceived made to universal or particular title.

Is also studied in this work if the surviving spouse who marries new acquired within the scope of article 811 a right analogous to that given article 807 and if the possibility of carrying out acts of provision on the right of usufruct attributed by law may cause an alteration of its legal nature.

**Keywords:** Widowed spouse. Forced heir. Universal or particular successor.

**SUMARIO:**

I. EL CÓNYUGE VIUDO ES LLAMADO COMO LEGITIMARIO POR MINISTERIO DE LA LEY.

II. NATURALEZA DEL LLAMAMIENTO.
1. ¿ES EL CÓNYUGE VIUDO UN LEGATARIO LEGAL?.
2. VÍNCULO MATRIMONIAL COMO REQUISITO
3. EL ARTÍCULO 811 NO GENERA A FAVOR DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE QUE CONTRAE NUEVAS NUPCIAS UN DERECHO ANÁLOGO AL DEL CÓNYUGE VIUDO SEGÚN EL ARTÍCULO 807.
4. LA POSIBILIDAD DE REALIZAR ACTOS DISPOSITIVOS SOBRE SU ESPECIAL CONTENIDO NO ALTERA SU NATURALEZA.

## I. EL CÓNYUGE VIUDO ES LLAMADO COMO LEGITIMARIO POR MINISTERIO DE LA LEY

Conforme a lo dispuesto en el artículo 468 del Código civil, el usufructo puede constituirse, entre otras formas, por disposición de la Ley. En esta forma de usufructo la ley atribuye a ciertas personas el uso y disfrute en cosa ajena sin necesidad de que para su constitución concurra la voluntad del propietario (1).

(1) No estamos de acuerdo con la teoría expuesta por Camy Sánchez-Cañete

Por otra parte, el artículo 807 apartado 3º del Código civil dispone que el cónyuge viudo es heredero forzoso, en la forma y medida que establece el propio Código, esto es, recaerá su derecho en usufructo de una parte o porción de la herencia, variable según con qué herederos forzosos concurra y compatible con la legítima que a éstos mismos atribuye la ley.

El usufructo de origen legal difiere del ordinario en la finalidad típicamente familiar, de forma que el interés de la familia prevalece sobre el interés particular del usufructuario, lo que lo transforma en un instrumento legal de reequilibrio patrimonial familiar, reproduciendo la finalidad de consolidación patrimonial en la familia que cumple la legítima.

Atendiendo a su objeto, recae normalmente sobre un patrimonio especial o separado antes que sobre bienes concretos y en cuanto a su ejercicio, destaca en ellos el uso familiar con la posibilidad de disposición. La circunstancia de recaer sobre un patrimonio especial o separado ha suscitado en algún autor serias dudas en torno a su verdadera consideración como derecho real, llamándolo disfrute legal diferente del usufructo, aunque algunos de los principios fundamentales del usufructo le sean aplicables. No obstante, esas dudas nos parecen infundadas, sobre todo a la luz del Código civil español que, sin duda, lo caracteriza como un verdadero usufructo.

El derecho que consolida el contenido de la atribución legitimaria del cónyuge viudo presenta las siguientes notas distintivas:

1º. Se trata de un derecho de goce sobre un conjunto de bienes que se diferencia del usufructo de patrimonio en que sólo recae sobre un bien en cuanto esté en aquél conjunto. Incluso puede recaer sobre ciertos derechos intransmisibles como el de uso o el de habitación.

---

en “Comentarios a la Legislación Hipotecaria”, tomo III, Pamplona, 1970 cuando afirma que es preciso distinguir entre derechos constituidos por la Ley y derechos simplemente concedidos por ella. Según el autor, el usufructo vidual pertenece a ésta segunda categoría, y no es un verdadero usufructuario legal ya que la Ley le otorga un carácter renunciable y es posible su transformación en otra figura jurídica por medio de la conmutación.

Es suficiente con preguntarse acerca de cuantos derechos existen concedidos legalmente y sin embargo son renunciables puesto que en tal caso no existiría ningún derecho establecido por la Ley, ni siquiera las legítimas; que un heredero pueda renunciar a la herencia no significa que ese derecho no haya sido establecido previamente por la Ley.

2º. Respecto del contenido, destaca otra nota esencial y distintiva frente al usufructo común: la facultad de disponer –dentro de ciertos límites– de las cosas y derechos mismos que son su objeto (2).

Como han manifestado D'Ors y Bonet Correa, el usufructo legal se desarrolla y cumple su cometido en el seno de la comunidad familiar hasta el punto de constituirse en realidad como un elemento aglutinante que en casos de separación o divorcio sostiene la misma unidad de la agrupación familiar (3) si bien debemos añadir que en nuestro Derecho Civil común no se reconoce hoy día más que una forma de usufructo legal (4): el del cónyuge viudo al que se refieren los artículos 834 y siguientes del Código civil, una vez derogada la Ley 49/1981 de 24 de diciembre por la que se aprobó en su día el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Jóvenes Agricultores en virtud la Disposición Derogatoria única de la Ley 19/1995 de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, cuyo artículo 14 concedía al cónyuge sobreviviente el usufructo vitalicia de la explotación (5), criterios después confirmados por la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre Titularidad compartida de las Explotaciones Agrarias.

Se ha venido manteniendo que la característica más definitoria de este usufructo legal es la imposición de la forma constitutiva. Este carácter aparecía realmente en los usufructos derogados por la

(2) El artículo 166 apartado 1º del Código civil permite que los padres puedan disponer de los bienes inmuebles propiedad de los hijos por causa justificada de utilidad o necesidad y previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

(3) "El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)". A.D.C. enero-marzo, 1952. Pág. 93.

(4) Por Ley 11/1981 de 13 de mayo se suprimió el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos que se encontraban bajo su patria potestad, reconocido en los artículos 160, 161 y 171 del Código civil anterior a dicha reforma, así como el concedido en favor del marido sobre la dote inestimada de la esposa (antiguos artículos 1307 y 1357 del Código Civil).

(5) En su momento, el artículo 14 de la Ley 49/1981 disponía que *"Al no haber testamento o pacto sucesorio que establezca otra cosa, al fallecimiento de un cónyuge, la explotación se atribuirá al sobreviviente en usufructo vitalicio con la obligación de atender al sostenimiento de la familia. Este derecho se extinguirá por incumplimiento de las obligaciones que conlleva.*

Aquél a quien definitivamente se atribuya la explotación familiar aplicando las reglas del artículo 27 de esta Ley podrá, en el caso de que no existan hijos menores de edad o incapacitados, asignar al cónyuge viudo, en sustitución del usufructo, una renta vitalicia que será fijada, bien por acuerdo entre ambas partes, o en su defecto, por resolución judicial".

Ley 11/1981 y se ponía en tela de juicio respecto del concedido al cónyuge viudo, pero aunque no se imponga legalmente, si llega a constituirse tal usufructo en la sucesión intestada, no perderá nunca su caracterización legal (6).

En su redacción originaria el Código civil guardaba silencio sobre este problema, aunque la reforma de 24 de abril de 1958 otorgó nueva redacción al artículo 953, que declaraba que en todo caso corresponde al cónyuge viudo en la sucesión intestada y el verdadero problema se planteó cuando la reforma de 13 de mayo de 1981 suprimió tal precepto sin incluir expresamente su reconocimiento cuando no hay voluntad testamentaria.

La legítima del cónyuge viudo se ha discutido en todos sus aspectos principales y accidentales coincidiendo únicamente la doctrina civil en resaltar la dificultad y complejidad de su conformación jurídica, incluido el problema de su ubicación en las diferentes formas de suceder.

Lo cierto es que la matización que el artículo 807 del Código civil realiza cuando califica como heredero forzoso al cónyuge viudo al afirmar *"en la forma y medida establecida por este Código"* ya nos advierte las dificultades del análisis normativo inicial aunque se allanen después por la doctrina científica.

En efecto VALLET (7) considera que la legítima del cónyuge viudo le corresponde tanto en la sucesión testada como en la intestada pues no sería racional estimar que la ley se desentiende supletoriamente *"ab intestato"* de aquello mismo que impone a la voluntad del testador.

La legítima vidual presenta en síntesis los siguientes caracteres (8):

1º.– Es un derecho concedido con carácter general e incondicionado; así, puede concurrir con el derecho de otros legitimarios sin producirse más que una simple alteración de cuantía.

2º.– Consiste en un usufructo y no en una cuota en plena propiedad. Tal usufructo no es universal sino de tipo parcial.

---

(6) En idéntico sentido se pronuncia MALUQUER DE MOTES en su comentario al artículo 469 en "Comentarios al Código civil". Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 1256, cuando afirma que aun así el usufructo queda constituido por imperativo de la ley y sigue siendo válido, aunque tenga un alcance más limitado.

(7) Comentario a los artículos 806 a 857, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Tomo XI, Madrid, 1982. Pág. 48.

(8) Véase el interesante análisis general que realiza PUIG BRUTAU en "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo V. Vol. 3º. Madrid, 1991. Pág.61 y 62.

3º.– Ese derecho de usufructo es de cuantía variable y depende de la clase de parientes legitimarios con los que concurra en la sucesión.

4º.– Es un derecho recíproco de los cónyuges.

5º.– Es susceptible de capitalización o transformación.

6º.– La legítima confiere al viudo un derecho de garantía de forma que todos los bienes de la herencia están afectos al pago de tal legítima.

## II. NATURALEZA DEL LLAMAMIENTO

Aunque el artículo 807 del Código señale al cónyuge viudo como heredero forzoso, en realidad lo que le atribuye es la condición de legitimario. Como gráficamente señala Vallet (9) sus orígenes históricos lo designan como si fuera heredero, aunque el llamamiento en usufructo no parece una adecuada forma de designación a titulo universal dentro de la técnica de nuestra legislación civil.

Sin embargo, no es adecuada la calificación del cónyuge viudo como heredero debiendo considerarse muy dudosa la responsabilidad por deudas de la herencia, tanto por lo limitado de su objeto como por la clase de facultades conferidas.

Un heredero es un sucesor que se subroga en la misma posición jurídica de su causante, de forma que su investidura conlleva una adquisición patrimonial, pudiendo recaer la sucesión incluso de forma exclusiva sobre deudas de la herencia. Sin embargo, un legatario es un simple adquirente de bienes por lo que no cabe imaginar a un legatario sin la adquisición de un valor patrimonial

### 1. ¿ES EL CÓNYUGE VIUDO UN LEGATARIO LEGAL?

Aunque el artículo 814 del Código civil prevea la preterición del cónyuge, no se anula la institución de heredero. Incluso el artículo 839, con ocasión del reconocimiento de la conmutación de la cuota vidual, contrapone y enfrenta los conceptos herederos-cónyuge para atribuirles un sentido y alcance diferente en el ejercicio de sus derechos.

Al ser sujeto con derecho a legítima pagadera en usufructo o incluso conmutable, lo que se genera es un llamamiento por ministerio de la ley que bien puede parecerse en una primera aproximación a una delación legal que lo transformaría en una especie de “lega-

(9) Op. cit., pág. 438 y 439.

tario legal" puesto que desde un punto de vista objetivo, (objeto material de la atribución), únicamente puede realizarse la atribución de bienes a título universal o de herencia o a título particular o de legado, como pone de manifiesto el artículo 660 del Código civil y esas dos únicas posibilidades (10) nos podrían acercar a un concepto de legado deferido por disposición legal como vía excepcional, más cercana a la escueta afirmación del artículo 660 al determinar heredero el que sucede a título universal y legatario el que sucede a título particular.

No obstante, creemos que el cónyuge viudo como sucesor a título particular por ministerio de la ley no es un legatario puesto que no ha sido designado así por el causante (11), ya que en nuestro Derecho Civil la calificación del legado como tal requiere una especial manifestación del causante, que incluso se utiliza para resolver los supuestos de duda, conforme a lo dispuesto en el artículo 668 del Código.

En nuestra doctrina, ya desde antiguo se ha mantenido la necesidad de distinguir entre disposición a título particular y legado con respecto al usufructo legal, siendo común la opinión que sostiene la incorrección que supone referirse en tales casos a un pretendido legado ya que falta la atribución voluntaria por el testador (12).

En idéntico sentido se pronuncia Puig Brutau (13) cuando aconseja no utilizar la denominación legado para la cuota usufructuaria legal, advirtiendo que lo procedente es evitar la identificación entre legado y sucesión a título particular.

Tampoco resulta ajustado a nuestra lógica jurídica el argumento relativo a una pretendida consideración del cónyuge viudo como un legatario legal de parte alícuota, a pesar de que el llamamiento recaiga sobre una porción de la masa hereditaria de forma variable según los legitimarios con los que concurra en la sucesión.

---

(10) Reconocidas ambas por Albaladejo en su comentario al artículo 660 del Código Civil, en los "Comentarios...", op. cit. pág. 39 cuando declara que *"Esas son las dos clases de sucesores que hay: universales y particulares. Y esos son los dos nombres con que la ley les conoce: herederos y legatarios".*

(11) Así lo entiende Albaladejo en "Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario", R.D.P., 1978, pág.738. En su trabajo de comentario al artículo 660 del Código civil, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", pág. 39, afirma que aunque sólo hay dos formas de sucesores, universal o particular, sólo es sucesor particular el instituido por el causante, porque quien sucede a título particular por llamamiento legal, no es legatario.

(12) Por ejemplo, Ossorio Morales en "Tratado de Sucesión Testada", Madrid, 1951 pág. 346.

(13) "Fundamentos...", Tomo V. Vol.2º, cit., Pág.458.

Es tradicional la convicción de que el heredero ocupa el mismo lugar que el causante y desempeña su misma posición en la masa de relaciones jurídicas en las que se subroga mientras que el legatario de parte alícuota no sucede en las relaciones jurídicas del causante, atribuyéndole éste una cuota del activo líquido.

La institución de heredero y la designación de legatario de parte alícuota se diferencian principalmente en que al heredero se le transmite la fracción o cuota del haber hereditario comprendiendo el activo y el pasivo, mientras que al legatario parciario se le transmite su cuota una vez efectuado el pago de las deudas hereditarias y una vez concluido el proceso de liquidación de la herencia. De esta forma, el legado de parte alícuota queda sujeto a la condición de si queda patrimonio activo tras dicha liquidación.

La jurisprudencia española no ha mantenido una línea clara en lo que respecta a este problema. En unas ocasiones ha planteado las diversas posiciones doctrinales sin decidirse por ninguna y en otras se ha inclinado por alguna de ellas, lo que nos lleva a pensar que en realidad ha ido resolviendo cada caso concreto buscando el resultado más equitativo, pero sin que pueda extraerse una línea sólida y convincente de pensamiento.

Creemos que, en términos generales, el Tribunal Supremo no es favorable al reconocimiento de la figura del heredero instituido en cosa cierta, pero sin embargo, opta a favor de la admisión del legado de parte alícuota, reconociendo la prioridad del criterio subjetivista aunque con la necesaria coordinación con el criterio objetivo, en resoluciones como STS de 16 de octubre de 1940 (14), corroborada en las SSTS de 11 de enero de 1950 (15) y de 22 de enero de

(14) R.A. 2976.

(15) R.A. 21. Junto a la citada resolución judicial, la STS de 16 de octubre de 1940, otorga configuración jurídica al legado de parte alícuota cuando afirma que *"si se examina en nuestra legislación y en la doctrina jurisprudencial, ya no se podrá afirmar que impere netamente el criterio objetivo pues si bien es verdad que la norma básica de distinción la da el artículo 660, corroborado por el artículo 768 del C.civil, de marcado sabor objetivista, no se puede prescindir de la tendencia espiritualista o de acatamiento de la voluntad del testador, que fluye, no sólo del arraigo que en nuestro país tiene el legado de parte alícuota, como institución distinta de la del heredero, y del entronque subjetivista del vigente Derecho español con el romano, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, sino también y principalmente de los artículos 675 y 668 del Código que imprimen a la intención del causante el rango de la sucesión..."* añadiendo a continuación que *"...por lo que procede concluir que en el estado actual de nuestro Derecho positivo no existe identificación absoluta de los conceptos de heredero y de legatario de parte alícuota, siquiera el trato jurídico*

1963 (16), así como en las RR.DGRN de 30 de junio de 1956 (17) y de 29 de enero de 1988 (18).

Y es que la regulación de los legados en nuestro Código civil se ha realizado tomando como base la atribución voluntaria, hasta tal punto que resulta verdaderamente difícil el encaje real de una atribución usufructuaria legal en la figura del legado.

A nuestro juicio la denominación "legado legal", aun contando con los argumentos de la existencia única de dos formas de suceder como antes apuntábamos, podría admitirse sólo como mera cláusula de estilo o como un simple medio para calificar jurídicamente

---

*de ambos ofrezca múltiples aspectos de coincidencia por la nota común que los preside, como sucesores a título de atribución de bienes indeterminados."*

(16) R.A. 447. La STS de 22 de enero de 1963 en su cuarto considerando afirma lo que podría ser una tesis mixta subjetiva-objetiva en la figura del legado de parte alícuota:

*"...esta Sala viene manteniendo con reiteración –SS.16 octubre 1940, 11 enero 1950 y 30 junio 1956– el carácter espiritualista de la sucesión en nuestro sistema civil tradicional y actual, en el cual la voluntad del causante tiene rango de ley, y a ella y a la intención evidente del testador ha de supeditarse para definir la naturaleza del derecho de los llamados a la herencia, sin dejar de valorar el criterio objetivo latente en el Derecho comparado, afirmando que dentro de la dogmática de nuestro Código civil, para que pueda ser calificado de heredero el llamado a una sucesión, ha de reunir un doble requisito:*

a) Carácter universal del llamamiento; y b) que tenga lugar el mismo a título de herencia y no de legado, es decir, voluntad evidente de asignar el sucesor nombre y carácter de heredero (art.668) de tal forma que si el primer requisito no mediara, y en lugar de atribución universal el llamamiento se limita a circunscribirse a cosa cierta y determinada, no habría heredero sino legatario,, (art.768), y si falta el "nomen heredis", es decir, la expresión formal en el testamento de asignar este carácter de universalidad al sucesor, se estará en presencia de un legado, que si estriba en una cuota será el legado de parte alícuota, de tradición en nuestro Derecho."

(17) R.A. 2582. Esta R. DGRN de 30 de junio de 1956, en su tercer considerando, se pronuncia en parecidos términos a la STS 16 octubre 1940 a la que expresamente invoca reafirmando los requisitos de llamamiento universal y de llamamiento a título de herencia para que pueda calificarse de heredero al llamado a una sucesión, de forma que si falta el primer requisito, no habrá heredero y si falta el segundo, estaremos ante un legado, que si recae sobre una cuota, *"será el legado de parte alícuota, de tradición en nuestro Derecho."*

(18) R.A. 316. La R. DGRN de 29 de enero de 1988 reconoce expresamente la validez de un legado parciario establecido en favor de varios cotitulares y al regular sus efectos, no hay pronunciamiento alguno sobre los problemas genéricos que doctrina y jurisprudencia han puesto de manifiesto a lo largo de las últimas décadas en torno a su vigencia.

el llamamiento del cónyuge, pero sin atribuirle los efectos que lleva aparejados tal figura(19).

De manera exacta resume VALLET(20) la doctrina jurisprudencial sobre la posición del cónyuge viudo:

1º.– Puede promover la partición de la herencia.

2º.– Sin su concurso no puede efectuarse la partición hereditaria en tanto no le hayan sido satisfechos sus derechos.

3º.– No puede ejercitar las funciones de contador-partidor en la herencia del cónyuge premuerto.

4º.– Debe participar en los gastos comunes de la partición ya que participa en los beneficios de la herencia.

5º.– Puede suceder al causante en la condición de arrendatario.

6º.– Los herederos podrán ejercitar el retracto de coherederos contra el cónyuge viudo si a éste, en la comunidad hereditaria sólo le corresponde su cuota legitimaria.

7º.– Puede ejercitar la acción reivindicatoria para la comunidad hereditaria de la que es partícipe y en general, ejercitar las acciones que le correspondiesen al causante mientras que la herencia esté indivisa siempre que lo haga para la comunidad hereditaria.

8º.– Si se hallaren en una sola comunidad la herencia y la sociedad de gananciales sin liquidar, en caso de venta a un extraño de una cuota hereditaria, el viudo podrá retraerla, si no lo hiciesen los demás coherederos, al amparo del artículo 1522, en su condición de comunero. Por último, solo nos quedaría pendiente la valoración del llamamiento del cónyuge viudo a la herencia como un posible supuesto de designación legal de heredero en cosa cierta.

La llamada institución “ex re certa” o en cosa cierta, supone una excepción a la regla en la estructura de la sucesión, ya que si nos atenemos al estricto formalismo vigente en los antecedentes legislativos romanos, se generaba la ineficacia del testamento en el caso de que la institución de heredero fuera realizada en cosa cierta.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que en nuestro Derecho Civil la disposición testamentaria no pierde su eficacia por no contener

(19) Esto ya se puso de manifiesto por SÁNCHEZ ROMÁN en su obra “Estudios de Derecho Civil”, tomo VI, vol.2º. Madrid, 1910. Pág. 1252.

Resalta el autor que es cierta la existencia de dos formas de suceder, a título universal o de herencia y a título particular o de legado; pero esto no es argumento para desnaturalizar la figura del legado, de origen esencialmente voluntario, atribuyendo su sentido a un llamamiento de origen legal.

(20) Op. cit. págs. 454 a 456.

institución de heredero o por no alcanzar la totalidad de los bienes como establece el artículo 764, la cuestión va alejándose de aquéllas durísimas consecuencias ya que nada impide que se produzca la apertura de la sucesión intestada respecto de aquella porción hereditaria de la que el testador no ha dispuesto, dada la compatibilidad de ambas formas de sucesión reconocida por el artículo 912 apartado 2º de nuestro Código civil.

El problema aparece cuando se interpreta el artículo 768, que contiene una norma aparentemente tajante y sin muchos resquicios: ¿Nos obliga el artículo 768 a considerar tajantemente al heredero en cosa cierta como legatario, o por el contrario es una disposición meramente interpretativa?.

Con arreglo a las tesis objetivistas estaría claro que el heredero instituido en cosa cierta no puede ser más que un legatario y desde una visión subjetivista sería un verdadero heredero. No nos parece adecuado permitir que la voluntad del disponente sea tan libre que no tenga en cuenta la base material sobre la que recae la designación.

Hasta tal punto nos parece inadecuado seguir a ultranza la teoría subjetiva como única justificación de la institución de heredero, que pensamos que con ella se vulneraría y desnaturalizaría el verdadero significado de los conceptos heredero y legatario, afectándose la esencia misma del Derecho Sucesorio.

La solución únicamente dependerá del título de designación, de forma que la voluntad del disponente tiene un valor simplemente complementario porque existe un predominio de lo asignado sobre la denominación de la designación atribuida, siempre que sea la asignación querida por el testador y el nombre no encaje con la intención del testador conforme al mismo testamento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil. El instituido heredero en cosa cierta será heredero si así se deduce de la voluntad del disponente manifestada sobre una atribución de bienes concreta.

El problema ante el que nos encontramos es que la designación la realiza la ley y no un disponente desde su libérrima voluntad, por lo que la interpretación de la asignación debería centrarse simplemente en la interpretación del artículo 807 apartado 3º del Código civil, y en consecuencia, en la voluntad del legislador.

Tal y como ya aclaraba Albaladejo, las instituciones son lo que son y no lo que las partes quieren que sean, de forma que expresión e intención han de complementarse siempre teniendo a la vista la orientación del artículo 668 (en la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara

acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia) y el artículo 768 (el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario).

Pero, considerado el artículo 768 como interpretativo y no imperativo, ¿qué ocurre en los casos no previstos por este precepto en cuanto la disposición no alcance todos los bienes o haya coincidencia de varios instituidos en cosa cierta?.

En este punto creemos que son correctas las soluciones ofrecidas por VALLET:

Si hay varios instituidos en cosa cierta cuyos llamamientos agotan el caudal hereditario, debe entenderse que son herederos universales, instituidos en proporción al valor de los bienes que respecivamente se les han asignado, tal y como si se tratase de una partición hecha por el mismo testador en su disposición testamentaria, en uso de la facultad recogida en el artículo 1056 apartado 1º del Código civil.

Cuando habiendo sido instituidos varios herederos en cosa cierta, queden vacantes alguna o algunas de las cosas ciertas asignadas por premoriencia sin sustitutos, por incapacidad, o por repudiación, se abrirá sucesión intestada y serán los herederos "ab intestato" los que recibirán aquéllas cosas ciertas, ocupando idéntica posición jurídica que quienes fueron llamados en el testamento.

Cuando el testador olvide algún bien o lo adquiera posteriormente a la fecha del otorgamiento de la disposición testamentaria, si su intención era dividir todo el caudal hereditario entre varios herederos instituidos en cosa cierta, debemos aplicar respecto de esos bienes la misma solución que en el caso anterior.

Si el testador instituye uno o varios herederos en cosa cierta y distribuye el remanente en legados, sean de cosa específica o de parte alícuota, es evidente su intención de que los primeros sean verdaderos herederos y de que los segundos sean legatarios. Esto supondrá la ocupación del lugar del causante y el deber de asumir el pasivo de la herencia, así como el pago de los diferentes legados.

Por último, cuando el testador instituye a varios en cosa cierta y deja el remanente de bienes a uno de ellos, si sólo se trataba de evitar que al quedar vacantes se abriera la sucesión intestada, la solución es idéntica que para el caso en que se divide el caudal íntegramente entre todos los instituidos en cosa cierta.

En suma, el artículo 768 del Código civil contiene una norma meramente interpretativa que nos indica que el instituido en cosa cierta será legatario si de la disposición testamentaria no se deduce

que el testador quiso atribuirle su participación en la herencia como sucesor universal.

En nuestro caso, defendemos sin lugar a dudas que cuando el artículo 807 apartado 3º designa al cónyuge viudo como legitimario-heredero forzoso, está mostrando una intención originaria y auténtica de designarle gramaticalmente como heredero (forzoso) y no legatario, con independencia de que el derecho que le atribuya sea un derecho de usufructo, que por naturaleza de las cosas es una cosa cierta y determinada por recaer también en cosa cierta y determinada y de que no pueda ser demandado por deudas de la herencia tal y como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consolidado en Sentencia de 29 de junio de 2006 (21)

## 2. EL VÍNCULO MATRIMONIAL COMO REQUISITO

Hechas las anteriores precisiones, resulta indispensable recordar que el legislador exige de forma indispensable para que pueda constituirse el derecho a la legítima vidual la vigencia del vínculo matrimonial, junto con requisitos anexos relativos a la convivencia conyugal (22).

Esto implica naturalmente, que cuando haya recaído sentencia firme de divorcio nunca podrá exigirse legítima entre los divorciados y por supuesto que los derechos legitimarios no nacen en las uniones de hecho al faltar en ellas un requisito esencial como es el vínculo matrimonial, de manera constitutiva precisamente.

Cuando el matrimonio se haya celebrado válidamente pero no se haya inscrito en el Registro Civil, no se producirá la privación de derechos legitimarios en los cónyuges puesto que la falta de inscripción es un defecto que permite subsanación, toda vez que el matrimonio no precisa la inscripción con carácter constitutivo sino meramente probatorio.

Ese es el sentido del artículo 61 del Código Civil cuando afirma que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, pero que para su pleno reconocimiento será necesaria su inscripción, si bien el no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos por terceros de buena fe, y, a nuestro juicio, por supuesto los derechos adquiridos por los cónyuges.

(21) R.A. 4843.

(22) Abona esta tesis interpretativa el hecho de que la Ley de 24 de abril de 1958, de modificación de determinados artículos del Código civil dispusiera en su artículo 4 que *"En el texto del Código, la expresión "separación personal" sustituye en la forma conveniente el término "divorcio" y sus derivados".*

Si el matrimonio ha sido declarado nulo por sentencia firme únicamente se reconocerán derechos legitimarios en el cónyuge sobreviviente cuando la fecha del fallecimiento del premuerto sea anterior a la firmeza de la resolución judicial, por la vía del matrimonio putativo, que como resulta conocido, por lo dispuesto en el artículo 79 nos obligaría a considerar el fallecimiento del causante como un efecto ya producido (23).

La exigencia del legislador se centra en el hecho acreditado de que a la muerte del consorte, los cónyuges no estuvieran separados ni legalmente ni de hecho. Debe interpretarse tal requisito como acreditación de una voluntad favorable al cese efectivo de la convivencia en común y de sus consecuencias jurídicas, si bien este efecto excluyente legitimario tiene lugar por ministerio de la ley y no en virtud de acuerdo alguno compensable o transigible en el ámbito del convenio regulador (24).

La antigua referencia a la culpabilidad imputable al causante contenida en el artículo 834 estaba claramente fuera de lugar si pensamos en los esfuerzos del legislador para construir un sistema objetivista de causas de separación matrimonial en la Ley 11/1981 de 13 de mayo y la Ley 30/1981 de 7 de julio; y el problema no es exclusivo de la regulación de sus derechos como legitimario ya que la misma cuestión aparece en otros preceptos mereciendo idéntica valoración crítica, como por ejemplo el artículo 1343 del Código en cuanto a la revocación de las donaciones por razón del matrimonio.

En cuanto a la separación de hecho como cese efectivo de la convivencia sin constar en sentencia firme, resulta claro que se encuentra dentro del presupuesto normativo civil y por tanto provoca la privación de derechos legitimarios en la sucesión testada a la vista de lo dispuesto por el artículo 834 del Código civil, quedando pendiente en todo caso la acreditación de dicho cese fáctico, que en ocasiones puede resultar complejo en su acreditación (25).

---

(23) El artículo 79 del Código civil dispone que "La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume".

(24) En la sucesión intestada el cónyuge supérstite queda excluido si se encontraba separado legalmente o de hecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 945 del Código civil.

(25) Como pone de manifiesto CÁMARA ÁLVAREZ, en "La separación de hecho y la sociedad de gananciales", A.D.C., 1969, pág.4, los presupuestos de la separación de hecho son:

1º.– La interrupción temporal o definitiva de la vida en común.

2º.– El acuerdo de los cónyuges o la voluntad de uno de ellos dirigida a tal fin.

La cuestión de la separación de hecho había sido objeto de numerosos debates jurídicos antes de la reforma operada por el apartado sesenta y nueve de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y nuestra doctrina mayoritaria se había pronunciado a favor de la tesis que no se debía excluir la legítima del cónyuge separado de hecho (26) considerando como argumento más utilizado que los derechos legitimarios están dotados en nuestro sistema jurídico de una protección especial *ex lege*, encontrándose rodeados de garantías y medios de salvaguarda que nos impiden atribuir a la mera separación de hecho como situación fáctica y esencialmente voluble su total privación. Sin embargo, no cabe ya duda alguna de la exclusión a la vista del contenido del antes mencionado artículo 834 del Código civil, que refiere expresamente tal situación como excluyente de los derechos legitimarios.

Aparte de dicho efecto de exclusión, si el legislador considera a la separación de hecho como una fundamento de hecho previo a la separación legal, bajo la denominación de cese efectivo de la convivencia conyugal regulada en el artículo 81 apartado 2º del Código donde se especifican motivos agravados que evitan el plazo de los tres meses desde la celebración del matrimonio; y si por su parte en el artículo 855 se traen a colación las causas de separación para que sean a su vez causas legales de desheredación, habrá entonces una posibilidad para que sea el mismo cónyuge el que pueda desheredar a su consorte con todos los efectos privativos de derechos que se derivan conforme al Ordenamiento Jurídico.

Por último, nos parece una propuesta razonable la defendida por Real Pérez (27) en cuanto a que se reconozca expresamente en el Código el derecho sucesorio del cónyuge viudo en la sucesión intestada, en forma de un usufructo universal por el que pudieran optar dicho cónyuge y los descendientes.

Y parece razonable puesto que, como afirma la autora la regulación de una opción de tal naturaleza no es desacertado ni inútil y provocaría una armonización de nuestro Derecho común con los

---

3º.– La no intervención de la autoridad judicial, realizándose de una forma particular, a diferencia de la separación legal que implica la existencia de "litis" procesal entre los cónyuges.

(26) Véase Puig Brutau op. cit. pág.59 y ss., Albaladejo, "Curso de Derecho Civil" Tomo V. Barcelona, 1982, pág.378 y 379, Lacruz Berdejo "Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones". Barcelona, 1993, pág.401. Puig Peña, "Compendio de Derecho Civil", Tomo VI. Pamplona,1972, pág.626.

(27) "Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil". Madrid, 1988. Págs.108 y 109.

derechos forales como la *fealdat* navarra o la viudedad aragonesa; aún más, la misma práctica notarial nos advierte de la gran utilización de la fórmula ofrecida por el usufructo universal ordenado en favor del consorte.

### 3. EL ARTÍCULO 811 NO GENERA A FAVOR DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE QUE CONTRAE NUEVAS NUPCIAS UN DERECHO ANÁLOGO AL DEL CÓNYUGE VIUDO SEGÚN EL ARTÍCULO 807

Se ha sostenido en nuestra doctrina que el fundamento de la llamada reserva lineal reconocida en el artículo 811 del Código civil se encuentra en la división del pleno dominio en nuda propiedad y usufructo, adjudicándose por ministerio de la ley aquélla a los hijos del primer matrimonio como reservatarios y el uso y disfrute de tales bienes al cónyuge supérstite que contrae segundas nupcias. Es decir, que se configuraría como un usufructo legal.

Conforme a tales orientaciones, en el caso del artículo 811, los ascendientes no heredan los bienes sino que se les impone la obligación de reservar, concediéndosele únicamente el uso y disfrute y exigiendo que a la muerte de éste vuelvan los bienes troncales a la línea de la que proceden, si hay parientes, dentro del tercer grado del último sujeto que los disfrutó.

La tesis según la cual el ascendiente no hereda el dominio sino tan sólo el uso y disfrute de esos bienes troncales es absolutamente rechazable puesto que si los hijos del primer matrimonio a cuyo favor se establece la obligación de reservar se considerasen como nudos propietarios, su derecho sería inscribible en el Registro de la Propiedad y sería transmisible “inter vivos” y “mortis causa”, representando una adquisición ya perfeccionada aunque revocable en el caso de no sobrevivir a su ascendiente que contrajo segundo matrimonio, o no contraer éste nuevas nupcias.

Pero aún más, si la adquisición de la nuda propiedad se hace definitiva podría ser disponible, incluso en favor de terceros, con lo que la finalidad conservadora de la reserva vería vulnerado su auténtico fundamento.

Precisamente la cuestión del fundamento de las instituciones, nos obliga a advertir del riesgo que supone forzarlas pretendiendo su adaptación a los intereses que tengan primacía en un momento determinado, indagando aproximaciones más o menos acertadas.

Siguiendo a VALLET (28) las reservas, y por tanto la reserva lineal, implican realmente limitaciones de la facultad de disponer a modo de "legítimas-freno" que imponen al causante unos deberes de cuyo cumplimiento dependen las reacciones del Ordenamiento Jurídico.

En consecuencia, mediante el artículo 811 se concede un derecho personalísimo, un *ius singulare* que exige en su interpretación la menor desviación posible desde el reservista (29).

Ese carácter limitativo puede observarse en ciertas resoluciones jurisdiccionales, como las SSTS de 26 de noviembre de 1943 (30), cuando dispone que la limitación afecta al juego normal de que son titulares los legitimarios, la de 1 de febrero de 1957 (31), que califica el supuesto de la reserva como de "restricción y minoración impuestas directamente a la legítima del ascendiente", o la de 21 de octubre de 1991 (32), cuando afirma que sucesión forzosa y reserva lineal *"tienen de común constituir una verdadera limitación a la plena libertad de testar"* (33).

Las SSTS de 1 de julio de 1955 (34), 2 de marzo de 1959 (35) y 17 de junio de 1967 (36), vienen a confirmar decididamente las consideraciones del alto órgano jurisdiccional en la mencionada STS de 21 de octubre de 1991, en cuanto que la limitación de la libertad de testar que se entiende implícita en el artículo 811 del Código no puede interpretarse extensivamente ni pueden llenarse sus silencios acudiendo a otras instituciones, lo que confirmaría el rechazo de la tesis que aproxima a la reserva allí recogida a una forma de usufructo legal.

---

(28) "Panorama del Derecho de Sucesiones". Tomo I. Fundamentos. Madrid, 1982. Pág.783 y 784.

(29) Vid. op. cit. pág. 888.

(30) R.A. 1293.

(31) R.A. 697.

(32) R.A. 7228.

(33) Sobre la consideración de la reserva del artículo 811 del Código civil como una limitación a la libertad de testar, pueden consultarse igualmente las SSTS. de 30 de mayo de 1956 (R.A.2454) y 14 de diciembre de 1957 (R.A.3445).

(34) R.A. 2317.

(35) R.A. 1089.

(36) R.A. 3025.

## 4. LA POSIBILIDAD DE REALIZAR ACTOS DISPOSITIVOS SOBRE SU ESPECIAL CONTENIDO NO ALTERA SU NATURALEZA

Desde la perspectiva de la máxima operatividad de las facultades inherentes al dominio, se ha considerado siempre que la expresión idónea de la titularidad de los derechos subjetivos es el ejercicio completo de los poderes específicos que la ley atribuye a su titular.

Y entre las diferentes posibilidades de disposición, encuentra un lugar especialmente relevante la hipotecabilidad del derecho que la ley atribuye al cónyuge viudo, posibilidad defendida hoy con absoluta normalidad jurídica (37)

El contenido del usufructo vidual, cuando se haya concretado en bienes o derechos determinados de la herencia, será el propio de un usufructo ordinario, de forma que, su contenido no será otro que usar y disfrutar con sometimiento al principio *salva rerum substantia*, salvo que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa. Pero, aún concediéndose por el disponente la facultad de disponer, no podrá afectar a la legítima de los descendientes y ascendientes (38).

Si el derecho de usufructo ordinario es un derecho real disponible, salvo las limitaciones del título constitutivo y el contenido del usufructo vidual es un usufructo ordinario aunque con ciertas especialidades, como la exención del deber de prestar fianza entre otras (39) y si la legislación hipotecaria en su artículo 108 apartado 2º permite expresamente la hipoteca del usufructo legal del cónyuge viudo, hemos de concluir que aparecen indicios más que razonables de la posibilidad de disponer por quien es su titular (40).

---

(37) Gutiérrez Jerez, "La hipotecabilidad del usufructo", Actualidad Civil 2009-nº 20, págs. 2365 a 2376. Anteriores argumentos a favor fueron sostenidos por Albaladejo, en "Derecho Civil" tomo III, vol.2º, cit. pág.43.

(38) "Véase sobre esto a Roca-Sastre Muncunill, "Derecho de Sucesiones", tomo II, Barcelona, 1991. Págs. 322 y 323.

(39) Vid. Roca-Sastre Muncunill, op. cit. págs.322 y 323.

(40) Téngase en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 83 de la Compilación aragonesa de 21 de mayo de 1985 y en la ley 254 de la Compilación navarra de 1 de marzo de 1983, el usufructo de viudedad aragonés y el usufructo de fidelidad navarro, respectivamente, son indisponibles por ministerio de la ley y por tanto no hipotecables.

En ambos casos, se aprecia un expreso pronunciamiento del legislador, que no existe en el Derecho común (artículos 834 y ss.) y que, por ejemplo, tampoco se puede localizar en el Código de Sucesiones de Cataluña de 30 de diciembre de 1991.

Baste citar aquí a MORELL (41) que en su momento ya consideró que el usufructo del cónyuge viudo, dentro de los legales (42) debía ser considerado como hipotecable, puesto que puede ser objeto de disposición por él (43). No cabe duda de que si se trata de derecho hipotecable, naturalmente es disponible por ser la enajenación un efecto posible en la fase de ejecución de la garantía real.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (44) mantiene al respecto una postura intermedia: considera que no hay razones para entender que el usufructo legal no sea enajenable ya que la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1917 en extensa argumentación confirma la disponibilidad del usufructo y la del usufructo vidual; el problema radica en que una cosa es que pueda disponerse de tal derecho y otra que pueda ser hipotecado.

Según el mencionado autor, el artículo 108 apartado 2º de la Ley Hipotecaria, en relación con la hipotecabilidad del usufructo vidual, ha de entenderse en el sentido de ser únicamente aplicable no cuando el usufructo recae sobre el patrimonio hereditario, como unidad abstracta compuesta de bienes, créditos y deudas, sino cuando se concreta, en acto particional o por la conmutación a que se refiere el artículo 839 del Código, como usufructo o en dominio sobre bienes inmuebles determinados (45).

La cuestión a resolver sería la siguiente: teniendo en cuenta que no todos los bienes pueden ser hipotecados, sino sólo los que sean representativos de lo que PUIG PEÑA llama "*un valor intrínseco de estabilidad constante, de entronque registral y con posibilidad de*

(41) "Comentario a la legislación hipotecaria", tomo III, 1ª ed., Barcelona, 1917.

(42) Téngase en cuenta la existencia de varias formas de usufructo legal en la fecha de sus consideraciones.

(43) Considera el autor que "*si vende, hipoteca o limita en cualquier forma su derecho, dispone de lo que le pertenece y nunca estorba que en su día vuelva a reunirse en su derecho al extinguirse realmente con el de propiedad*.". Vid. op. cit. pág 665.

(44) "Derechos Reales. Derecho Hipotecario". Madrid, 1986. Pág. 467.

(45) Vid. op. cit. pág. 468. En idéntico sentido se pronuncia GULLÓN BALLESTEROS cuando admite las tesis de VALLET, en cuanto que el usufructo del cónyuge, aunque no se limita a una cuota indivisa, afecta a toda la comunidad y no es un usufructo de la cuota de un comunero sino un usufructo de la cuota de la comunidad misma.

Según el autor es preciso que el cónyuge viudo intervenga en la partición ya que en otro caso, su usufructo de cuota sigue difuminado sin concretarse en bienes determinados. Así lo expresa en "La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo", A.D.C., 1964, pág. 605

*enajenación*" (46), conforme a la exigencia del artículo 106 de la Ley Hipotecaria, ¿reúne esas características el usufructo vidual que recae sobre en el conjunto de bienes y derechos que marca la Ley como objeto de atribución en concepto de legítima?.

Realmente se trata de un problema que no es de fácil solución. El usufructo del cónyuge viudo recae sobre una porción conocida y necesariamente bien determinada de bienes, variable según los sujetos con los que concurra aquél. Y es doctrina tradicional la división del usufructo que recae sobre una universalidad en tantos usufructos independientes como bienes usufructuables existan.

La cuota usufructuaria no va a recaer únicamente sobre los bienes inmuebles existentes en el patrimonio hereditario sino sobre la totalidad de muebles e inmuebles ya que así parece exigirlo el Código civil en sus artículos 659, 661 y el mismo artículo 839 apartado 2º que sujeta todos los bienes de la herencia afectándolos al pago de la cuota hereditaria (47).

Si a ello añadimos la necesidad de que el objeto de la hipoteca quede encuadrado en lo inmobiliario de forma que permita la realización de la garantía en un procedimiento basado en la publicidad registral, obtenemos las siguientes conclusiones:

1ª. Que aunque la Ley Hipotecaria permita la hipoteca del usufructo del cónyuge viudo, debe presentar un objeto ya fijado con vocación de permanencia.

2ª. Que nos parece poco acertada la limitación impuesta por Peña Bernaldo De Quirós (48) en cuanto a que es precisa una concreción del usufructo vidual incluso por la transformación en dominio, porque entonces no se tratará ya de una hipoteca sobre el derecho de usufructo vidual sino sobre el bien que ya se ha atribuido en pleno dominio al cónyuge "en pago de su cuota legitimaria", siendo preciso un acto especial de constitución en ese momento.

3ª. Que sólo así se podrá salvar el serio obstáculo que se nos presentará al tiempo de la partición: la fragmentación de la garantía en una serie de hipotecas particulares sobre las fincas que han sido objeto de entrega en pago de la cuota vidual.

4ª. Que en el caso de que el cónyuge supérstite reciba únicamente una cantidad en metálico en pago de su cuota una vez efectuada la partición por haberse realizado la conmutación del artículo 839

(46) "Compendio de Derecho Civil Español", tomo II, Derechos Reales. Pamplona, 1972. Pág. 808.

(47) Véanse los argumentos de Maside Miranda, op. cit. págs. 121 y 122.

(48) Vid. op. cit. pág. 467.

del Código, no se trata de un acto de conclusión del usufructo por voluntad del usufructuario que no interviene ni puede oponerse a la decisión de conmutar ni al medio elegido, lo que motiva la extinción de la hipoteca constituida en ese momento, conforme a la limitación impuesta por el apartado 1º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria.

Y no es un acto de conclusión por voluntad del usufructuario porque la naturaleza jurídica del acto de conmutación de la cuota usufructuaria vidual no permite a nuestro juicio la intervención del cónyuge en la decisión de conmutar (49), acto que provoca la extinción del usufructo que inicialmente tenía atribuido.

Esto nos lleva a precisar las siguientes conclusiones en cuanto al acuerdo de conmutación, siguiendo a VALLET (50):

a) Se trata de una operación convencional que no depende de la voluntad del cónyuge sino que debe ser decidida por los herederos ya sean voluntarios o forzosos, e incluso por los legatarios (51), en su caso, afectados. No es un acto voluntario del usufructuario.

b) Esto impide transformar a la conmutación en un negocio conmutativo, novación o transacción. Se trata en realidad de una conversión jurídica material, prevista por la ley, aunque facultativamente dejada a elección del heredero.

c) El "mutuo acuerdo" del artículo 839 del Código civil se refiere a las incidencias de la ejecución impuesta por el testador o pactada por los herederos, si bien todos habrán de proceder de común acuerdo para evitar que cada uno le imponga al viudo una fórmula distinta. Debe exigirse unanimidad en las declaraciones de voluntad de los sujetos competentes.

Naturalmente cualquier acto de disposición sobre tal cuota usufructuaria se encontrará sometido a los límites establecidos para las legítimas puesto que lo que recibe el cónyuge es en calidad de legi-

(49) Aunque sí en las operaciones de conmutación a modo de control, ya que aunque no puede oponerse a la decisión de conmutar que adopten los herederos ni al medio elegido por ellos, si tiene derecho a intervenir en las operaciones de valoración del usufructo en general, e incluso en orden a la práctica material de su conmutación.

(50) Comentario al artículo 839, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Tomo XI, Madrid, 1982, pág. 482.

(51) Así lo pone de manifiesto GULLÓN BALLESTEROS en "La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo", A.D.C., 1964, pág.589.

timario (52). Esto motivaría la no admisión de cualquier pacto sobre esa legítima futura, realizado antes de la adquisición del derecho.

Conviene, por último dejar claro que aún en el caso de encontrarnos con una orden de conmutación dispuesta por el causante en testamento no estamos ante una carga nueva que condicione la legítima.

En realidad, el testador no grava ni condiciona la legítima con tal disposición, pero si de su establecimiento se deduce que el hijo ha de soportar sobre su tercio de mejora el usufructo sin tener ninguna participación en la parte libre, la conmutación de cuota derivada de la disposición testamentaria supondrá una vulneración de las reglas que protegen su intangibilidad cuantitativa.

El usufructo legal del cónyuge viudo es hoy un reducto de los que habían existido anteriormente y que la ley señalaba como indisponibles por representar la garantía de intereses más altos y dignos de protección que los del usufructuario legal. Por eso se les calificaba como no hipotecables (53).

Lo que ocurre es que en todo caso quedaba al margen de esa prohibición el usufructo vidual que desde la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 ha mantenido intacto su carácter hipotecable por el artículo 108.2º (54).

Creemos que el usufructo legal tiene una base de claro contenido económico que puede mantenerse con independencia y por tanto puede patrimonializarse por su titular, como lo acredita la posibilidad de conmutar su derecho transformándolo en una simple cantidad de dinero, los productos de determinados bienes o una renta vitalicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 839. Por cierto, este argumento se ha utilizado por VALLET para afirmar que no le pare-

(52) En contra de la transmisibilidad se ha manifestado LLEDÓ YAGÜE, "Derecho de Sucesiones", Vol. I. Deusto, 1989, pág. 236, por entender el derecho de usufructo con carácter vitalicio.

(53) Puede verse la Resolución D.G.R.N. de 11 de mayo de 1917.

(54) Así lo entendió también la Dirección General de los Registros y del Notariado en R. de 11 de mayo de 1917 (J.C., tomo 32, pág. 125), cuando afirmaba que "*El viudo puede enajenar libremente la finca que en la herencia de su causante le corresponde aunque se aplique a su cuota usufructuaria*".

Otra Resolución de 3 de enero de 1979 declaró no inscribible una enajenación de un derecho de usufructo que perteneció anteriormente a la sociedad ganancial, realizada sin la intervención de las personas interesadas en su liquidación. Pero lo cierto es que la razón era no esencial, es decir no porque el usufructo no pudiera ser enajenado sino porque era necesaria la intervención de otros sujetos a los efectos liquidatorios de la sociedad.

cía exacto que el llamamiento del cónyuge viudo fuera considerado como universal o de heredero(55).

Además, consideramos que por representar ese valor económico patrimonializable, que es absolutamente independiente de la condición de legitimario del titular, la cuota usufructuaria es perfectamente embargable para ofrecer la garantía suficiente en una relación jurídica preexistente, todo ello con arreglo a lo establecido en el artículo 166.1.2º del Reglamento Hipotecario que exige que la anotación de embargo se practicará sobre derechos o inmuebles especificados por el mandamiento judicial, que, naturalmente habrán de ser enajenables y siempre el titular del usufructo vidual lo haya inscrito.

En estos casos no consideramos que afecte la extinción de la situación de atribución usufructuaria por la conmutación del artículo 839 porque en esos casos bastará con pedir la extensión del embargo inicialmente acordado a los bienes o derechos que se atribuyan en concepto de conmutación, siempre que cumplan con las dos condiciones antedichas: inscripción a favor del titular embargado y carácter enajenable.

La cuota usufructuaria legal atribuida al cónyuge viudo es, una forma especial de llamamiento por disposición legal, que opera como una auténtica delación legal extendiendo sus efectos tanto en la sucesión testamentaria a modo de límite a la disponibilidad del causante, como en la sucesión intestada y que atribuye a su titular, el cónyuge viudo, la legítima que le corresponde, materializándose esa atribución legal en un derecho de usufructo ordinario.

El usufructo del cónyuge viudo es hipotecable por lo dispuesto en el artículo 108.2º de la Ley Hipotecaria, siempre que se haya realizado su concreción dentro de la cuota sobre la que recae, atribuyéndole un valor respecto del todo de la herencia, y no antes.

A diferencia de los demás usufructos legales, hoy derogados y en consecuencia inexistentes, dado el contenido económico patrimonial lejano a un interés familiar que trascendería del interés individual del cónyuge, puede enajenarse en los términos previstos por el artículo 480 del Código e hipotecarse, conforme reconoce el artículo 108.2º de la Ley Hipotecaria(56).

Resulta muy interesante observar que incluso Roca-Sastre Muncunill, natural seguidor de las tesis de Roca Sastre, admite que el usu-

(55) Vid. op. cit. págs. 438 y 439.

(56) Castán, "Derecho Civil español, común y foral", Tomo VI, vol.2, Madrid, 1973, pág. 599 y Gutiérrez Jerez, "La hipotecabilidad..." cit. Pág. 2368.

fructo vidual es enajenable, por representar un valor económico, su objeto no es otro que un derecho de usufructo ordinario, le es aplicable el artículo 510 del Código civil en cuanto al anticipo por deudas de los bienes usufructuados, y en consecuencia por lo dispuesto en el artículo 108.2º de la Ley Hipotecaria, es hipotecable(57).

Lo que ocurre es que el autor vuelve a plantear en este punto el mismo problema que nosotros creemos haber resuelto ya: a su juicio, lo enajenable o hipotecable, lo disponible a fin de cuentas, no es el mismo derecho, sino su ejercicio por el mantenimiento del vínculo de responsabilidad para con el nudo propietario por parte del usufructuario transmitente a que se refiere el artículo 498; pero admite claramente enajenación e hipoteca como actos posibles.

Su esencia la compone un derecho real de usufructo ordinario, derecho principalmente personal y temporalmente limitado, como características fundamentales de su naturaleza jurídica y al que le son aplicables las normas contenidas en los artículos 467 y siguientes del Código civil, incluyendo el deber de formar inventario, ya que el artículo 492 excluye del deber de prestar fianza al cónyuge viudo de forma expresa pero no exime del inventario, sin que a nuestro juicio pueda extenderse la exención a éste deber en forma tácita ya que es un deber muy significativo en la relación usufructuaria y si el legislador lo hubiera querido, así lo habría dispuesto.

Desde el momento de su fijación en bienes de la herencia el usufructo legal se resuelve en un usufructo ordinario, sin que tenga ya relevancia la condición del cónyuge como legitimario, que motivó la atribución legal. Una vez llamado el viudo, y atribuida su legítima formalmente, ejercitará su derecho materializado en un usufructo ordinario.

No creemos que admitir la hipoteca del usufructo vidual pueda suponer un gravamen sobre la legítima, puesto que nosotros partimos de la base de que sólo será hipotecable desde el momento en que se haya procedido a su fijación concreta, materializándose en un usufructo ordinario, aunque de origen legal.

De lo antes dicho se deduce que aunque la Ley permita la hipoteca del usufructo vidual, con ese acto se adquiere un gran riesgo por parte de quienes son nudos propietarios, derivado de la fase de ejecución hipotecaria ya que el adjudicatario será el nuevo usufructuario, por ejecutarse el mismo derecho de usufructo, que sería el objeto de la adjudicación.

(57) Véase “Derecho de Sucesiones”, tomo II, Madrid, 1991. Pág. 323.

Debemos presumir que se trata de un riesgo aceptado e implícito desde el momento en que la Ley configura la cuota del viudo en usufructo, puesto que lo importante es atribuirle un valor económico que indudablemente entra en su patrimonio y por el cual ha de liquidar los correspondientes tributos. No hay duda de que todo titular de un valor puede disponer de él salvo prohibición, en este caso legal, y dentro de esos actos dispositivos está la hipoteca.

En conclusión, el cónyuge viudo que adquiere por ministerio de la ley su legítima en forma de usufructo legal, una vez que su cuota legitimaria se transforma en un valor intrínseco y estable, lo que ocurre con su materialización en un usufructo ordinario, podrá constituir hipoteca sobre su derecho en garantía de una obligación principal.

La ley otorga el carácter disponible desde el momento en que permite que sobre tal usufructo se constituya hipoteca en favor de un tercero, con independencia de que para su atribución como cuota legitimaria lo hiciera determinando su condición de cónyuge viudo. A nuestro juicio, esa determinación personal sólo debe tenerse en cuenta en el momento de adjudicación de la legítima, a modo de *conditio iuris*, pero no después, por transformarse en un usufructo ordinario.

# LA INMATRICULACIÓN POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA. CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA POR LEY 13/2015, Y DE LA LEY 40/2015 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

**Álvaro Cordero Taborda**
Notario

**Resumen:** La posibilidad que el art. 206 LH brinda para que mediante certificación administrativa puedan inmatricularse bienes en el Registro de la Propiedad constituye una importante excepción a la regla general del documento público que consagra el art. 205 y al expediente de dominio del art. 203. Se trata de un mecanismo procedente de los inicios de nuestro sistema hipotecario, con difícil encaje, y no exento de polémica por falta de garantías y posible conflicto de intereses, sin intervención de Notario. La Ley 13/2015, de 1 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria, ha introducido un procedimiento más garantista y ha restringido su uso más de lo que aparentemente podría desprenderse de una lectura a primera vista del precepto, teniendo en cuenta la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, tramitada prácticamente a la vez que la reforma de la Ley Hipotecaria, y que introduce importantes cambios en la calificación de algunos entes públicos. En el presente estudio analizaremos los requisitos de este medio inmatriculador excepcional y quienes pueden utilizarlo, así como algunas críticas que pueden hacerse a esta regulación.

**Palabras clave:** Registro de la Propiedad, inmatriculación, certificación administrativa, Administración Pública, Sector público.

**Abstract:** The possibility that Spanish Mortgage Law provides that by means of administrative certification they can register properties in the Land Registry, it constitutes an important exception to the general rule of the public document that consecrates the art. 205 and the

domain file of art. 203. It is a mechanism from the beginnings of our mortgage system, difficult to fit, and not without controversy for lack of guarantees and possible conflict of interest, without the intervention of a Notary. The 2015 Mortgage Reform Law has introduced a more guarantor procedure and has restricted its use more than what could apparently come from a reading at first sight of the provision, taking into account the new Law on the Legal Regime of the Public Sector, practically processed at the same time that the reform of the Mortgage Law, and that introduces important changes in the qualification of some public entities. In the present study we will analyze the requirements of this exceptional registration medium and who can use it, as well as some criticisms that can be made to this regulation.

**Keywords:** Property Registry, inmatriculación, administrative certification, Public Administration, Public Sector.

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: GÉNESIS DE LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA COMO MEDIO INMATRICULADOR

II. REQUISITOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA, ANTES Y AHORA

III. QUIÉNES PUEDEN UTILIZAR LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA, ANTES Y AHORA
1. La Iglesia Católica
2. La Administración territorial
3. El sector público institucional
4. Las corporaciones sectoriales de Derecho Público

IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

V. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN: GÉNESIS DE LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA COMO MEDIO INMATRICULADOR

La posibilidad de inmatricular bienes mediante certificación administrativa aparece recogida en el art. 206 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por Decreto de 8 de febrero de 1946, y es fruto de la presencia de las certificaciones administrativas en nuestro sistema registral desde antes de la aprobación de la Ley Hipotecaria de 14 de febrero de 1861, en el contexto desamortizador, con una finalidad muy determinada. La Ley General de Desamortización Civil, de 1 de mayo de 1855, impulsada durante el reinado de Isabel II por el Ministro de Hacienda Pascual Madoz, declaraba en su art. I en estado de venta, *todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes: Al Estado, al clero, a las Órdenes Militares de Santiago, Alcántara, Calatrava, Montesa y San Juan de Jerusalén…* con una serie de excepciones en su art. II y con grave perturbación de las relaciones entre el Reino de España y la Santa Sede. Cinco años después, Iglesia y Estado suscriben el Convenio-Ley de 4 de abril de 1860, en el que la Santa Sede renuncia a sus derechos sobre los bienes *usurpados y vendidos por las Leyes desamortizadoras*, con excepción de los no enajenados, cuya venta queda suspendida, y *subsanan las divergencias surgidas sobre el patrimonio de la Iglesia española* (1). Se plantea entonces cómo dar protección jurídica de forma rápida y eficaz a ese dominio eclesiástico, recurriéndose, como título inscribible, a una certificación de posesión suscrita por la autoridad eclesiástica.

Un año después se aprueba la Ley Hipotecaria de 14 de febrero de 1861. El texto permite el acceso de la posesión al Registro sólo para los casos de falta de título de dominio escrito –título inscribible– (2), inscribiendo su derecho mediante un expediente de infor-

(1) Un completo compendio sobre la legislación relacionada con la desamortización de bienes eclesiásticos puede encontrarse en Campos y Fernández de Sevilla, F. J., OSA, *Textos legales de las desamortizaciones eclesiásticas españolas y con ellas relacionados*, en *La desamortización: el expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España: actas del Simposium 6/9-IX-2007* (coord. Campos y Fernández de Sevilla, F. J., OSA), 2007, pp. 5-30. Sobre esta materia, ver también Morell y Terry, J., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo I, 2ª ed, Reus, 1925, pp. 574-588.

(2) Hasta hoy nos ha llegado la imprecisa expresión *título escrito –vid.* art. 206 LH en la redacción dada por Ley 13/2015, de 24 de junio–, que debe entenderse como título inscribible de acuerdo con el principio hipotecario de titulación pública, como puso de manifiesto tras la aprobación del vigente Reglamento Hipotecario de 1947 De la Rica y Arenal, R., *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo II, Publicaciones del Colegio Nacio-

mación posesoria (art. 397) tramitado ante el Juez de Primera Instancia del lugar en que estuvieran situados los bienes, con audiencia del Ministerio Fiscal si se trataba de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario o los demás partícipes en el dominio si se pretendía inscribir un derecho real. La posesión debía haber comenzado antes del 1 de enero de 1863 y era necesaria la información de dos o más testigos, propietarios y vecinos del pueblo o término municipal en que estuvieran situados los bienes y, si no los había, del pueblo inmediato. De la dicción del precepto dedujeron algunos autores que más que inscribirse la posesión, se estaba inscribiendo el dominio presunto (3).

Como el Registro de la Propiedad estaba pensado para la inscripción de inmuebles de particulares, se planteó la cuestión del acceso de bienes del Estado y de Corporaciones civiles. El art. 3 del Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 excluyó la inscripción de *bienes que pertenecían tan sólo al dominio eminente del Estado, y cuyo uso es de todos*, así como *los templos actualmente destinados al culto*. Para los demás bienes del Estado se recurrió a las certificaciones posesorias, como ya se venía haciendo para los eclesiásticos.

Una vez que la certificación posesoria accedía al Registro de la Propiedad, perjudicaba o favorecía a terceros, pero sólo en cuanto a los efectos que las leyes atribuyesen a la mera posesión, no perjudicando en ningún caso al que tuviera mejor derecho a la propiedad. Así las cosas, la DGRN entendió que las inscripciones de posesión no impedían la inscripción en cualquier momento de un título de dominio, si bien en 1883 matizó esta posición indicando que era necesario que en vía judicial se acreditase el mejor derecho, no bastando la mera presentación en el Registro del título acreditativo del dominio.

El sistema de certificación posesoria se amplió por Real Decreto de 25 de octubre de 1867, que consideraba título inscribible la certificación del Alcalde con referencia al Amillaramiento, que acababa de confeccionarse e inspiraba cierta confianza. Todo este régimen fue acogido por la Ley Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869. Ya

---

nal de Registradores de la Propiedad, 1949, p. 375, acogido unánimemente por la doctrina desde entonces. Por tanto, título escrito es aquél que tiene aptitud para provocar un asiento en el Registro.

(3) Sobre posesión y registro, en cuanto a evolución histórica, ofrecen un panorama muy ilustrativo Chico y Ortiz, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 4ª ed. (puesta al día por García-Arango, C. C. *et al.*), Marcial Pons, 2000, pp. 885-897; y Rodríguez Otero, L., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Dijusa, 2007, pp. 243-255.

en aquél momento el número de fincas inscritas en posesión excedía de dos millones, cifra que aumentaría considerablemente cuando, por Real Decreto de 10 de febrero de 1875, se permitió la inscripción de expedientes posesorios respecto de posesiones posteriores al 1 de enero de 1863. Dado el riesgo de que el Registro de la Propiedad acabara convirtiéndose en el *Registro de la posesión* (4), la Ley de 17 de julio de 1877 suprimió la certificación posesoria de los Alcaldes y volvió al sistema de 1861.

En 1893, la DGRN admitió como título las resoluciones definitivas dictadas en interdictos de adquirir.

La Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909 admitió el expediente posesorio como medio inmatriculador en los arts. 392 y siguientes, pero en su tramitación se exigía certificación negativa del Registrador de que la finca no estuviera inscrita a favor de otra persona. El Reglamento Hipotecario aprobado por Real Decreto de 6 de agosto de 1915 introdujo algunos detalles en la sustanciación del expediente, así como los interdictos como medio inmatriculador, siguiendo la doctrina de la DGRN iniciada en 1893. Este sistema equiparaba las inscripciones de posesión a las de dominio en cuanto al principio hipotecario de legitimación, no así en cuanto a la fe pública registral, pero la novedad más importante era la posibilidad de convertir las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio cuando lo ordenara una sentencia dictada en el juicio correspondiente, cuando recayera resolución judicial firme en expediente de dominio y también –he aquí lo más importante–, transcurridos treinta años contados desde la fecha de la inscripción de posesión siempre que del Registro no resultase asiento alguno posterior de información o certificación posesoria o demanda que la afectara o contradijera. No se trataba de una novedad sustancial en cuanto a los modos de adquirir el dominio, pues transcurridos treinta años de posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (*ex.* art. 1941 CC), se producía usucapión extraordinaria (art. 1959 CC). La reforma, por tanto, sólo daba soporte registral al fenómeno de la posesión reflejada en el Registro. El Real Decreto-ley de 13 de junio de 1927 redujo el plazo a los diez años, congruente con el régimen del acceso de la posesión al Registro: si la inscripción de posesión gozaba del principio registral de legitimación, el Registro funcionaba como justo título y esta usucapión debía ser ordinaria y no extraordinaria, *ex.* art. 1957 CC.

(4) En expresión del propio Rodríguez Otero, *Ibid*., p. 247.

La Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 expulsa la posesión del Registro proclamando que *el mero o simple hecho de poseer no puede ser objeto de inmatriculación registral* (5), opción razonable dado que el Registro de la Propiedad es un registro de derechos y la posesión es una figura de naturaleza jurídica discutida entre el hecho y el derecho. La Rica consideraba que el acceso de la posesión *no es de buena técnica* registral, pues *el Registro debe consagrarse a publicar y legitimar relaciones jurídicas completas y perfectas sobre bienes inmuebles* (6), mientras que Morell ilustraba esta situación en el símil de la *moneda falsa que por el tiempo llega a ser buena* (7). Dos problemas se originaban: uno, qué hacer con las inscripciones de posesión ya practicadas con anterioridad; otro, qué hacer con la certificación posesoria. Dos soluciones se adoptaron: para las primeras, la Disp. Trans. 4ª proclamó que surtirían todos los efectos determinados por la legislación anterior las inscripciones de posesión existentes a la fecha de publicación de la Ley (1 de enero de 1945) o las que se practicaran en virtud de informaciones iniciadas antes de dicha fecha; en cuanto a las certificaciones de posesión, se convirtieron en certificaciones de dominio, al alcance de una serie de entes privilegiados, reconociendo la propia Ley de Reforma que se introducía un procedimiento de carácter excepcional.

La primera solución es razonable. La legislación anterior permitía la conversión de la inscripción de posesión en dominio por el transcurso de diez años, con lo cual sus efectos quedarían extinguidos en un breve periodo de tiempo. La segunda constituyó una *solución de su tiempo*, plasmándose en el art. 206 de nuestra vigente Ley

(5) De la Rica y Arenal, R., *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, reedición del original de 1945 a cargo del Centro de Estudios Hipotecarios en *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, 1976, pp. 38 y 39, justifica esta supresión en que la posesión constituía *un medio registral preparatorio* (...). *Hoy, con las desmesuradas facilidades, ya existentes en parte en la Ley vigente e incrementadas por la reforma, para la inmatriculación de fincas y para reanudación de la vida registral –verdadera "soldadura autógena" de los rotos eslabones del tracto– apenas existe inconveniente para una titulación supletoria, no ya de simple posesión, sino de pleno dominio.*

(6) *Ibid*., p. 39.

(7) Morell, *op. cit.*, p. 577-578. La metáfora de la moneda es también usada por Rodríguez Otero, *op. cit*., p. 246, usando el *principio o ley de Sir Thomas Gresham*: "Cuando en un país circulan dos monedas, una de las cuales es considerada por el público como buena y la otra como mala, la moneda mala desplaza a la buena", y apuntando el riesgo que supone el acceso de la posesión al Registro frente al acceso del dominio: que el medio fácil y menos fiable sustituya al otro.

Hipotecaria de 1946, que en aquella redacción establecía que *el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y las de la Iglesia Católica, cuando carezcan del título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos, en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos*.

Como explica Roca Sastre, la finalidad del art. 206 no fue otra que evitar que el Estado, la Iglesia y sus organismos tuvieran que acudir al expediente de dominio ante la falta de titulación que permitiese la inmatriculación (8), lo cual es comprensible en un contexto muy determinado, la posguerra, y un Estado fuertemente centralizado. Sin embargo, el citado autor, muy autorizadamente, criticó la transmutación de las certificaciones de posesión en certificaciones de dominio (9), pues con los mismos requisitos y garantías se producían unos efectos jurídicos mucho mayores, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica. A nuestro juicio, una cosa es acreditar el estado posesorio –donde era razonable que una certificación administrativa pudiera tener el mismo valor que los testigos en la información posesoria– y otra muy diferente auto-acreditarse como titulares del dominio. El hecho de que estos entes tuvieran un trato privilegiado fue asumido por Sanz Fernández (10) y por Del Hoyo, considerando este último que estos entes habían de merecer todo crédito y suponer que sus certificaciones respondían a la realidad (11). En cambio, para Roca no había inconveniente para que se les aplicase el régimen general, pues si éstos actúan en sede de Derecho Privado, realizando operaciones patrimoniales, es razonable que deban someterse al mismo Derecho Privado (12), línea seguida por autores

(8) Roca Sastre, R. M., *Derecho hipotecario*, tomo IV, 9ª ed. (puesta al día por Bernà i Xirgo, J.), Bosch, 2009, p. 297.

(9) *Ibid*., pp. 297-299.

(10) Sanz Fernández, G., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, 1940, p. 455.

(11) Del Hoyo Villameriel, F., *Otra vez el concepto de tercero*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 256, septiembre de 1949, p. 573.

(12) Roca Sastre, *op. cit.*, p. 298.

posteriores (13). Díaz Fraile habla de un *privilegio de autoconfección documental* (14).

Hay que tener en cuenta que, hasta la reforma operada en el art. 5 RH por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, los bienes de dominio y uso público no eran inscribibles en el Registro de la Propiedad, por lo que la certificación administrativa quedaba circunscrita a los bienes patrimoniales. De igual manera, aquél precepto impedía la inscripción de los templos de culto católico, dada la asimilación que de éstos se hacía con los bienes públicos afectos al uso público (15), por lo que la certificación quedaba circunscrita a otros bienes propiedad de la Iglesia Católica.

La experiencia de esta figura no ha sido favorable, ni en la práctica ni en la doctrina. Como acertadamente afirma Díez Picazo, *en manos de entidades locales o entidades públicas de tipo menor constituye un medio extraordinariamente peligroso. Puede producir casos de doble inmatriculación o de genuino despojo, con independencia de la buena o mala fe con que se realice* (16). Una idea similar a la

(13) Así, Camy Sánchez-Cañete, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VII, Aranzadi, 1984, p. 135; Ballarín Hernández, R., *Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 563, julio-agosto de 1984, pp. 862 y 865, aboga por suprimir este medio privilegiado de inmatriculación; Álvarez Caperochipi, J. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas, 1986, p. 92, considera que *no parece existir razón para establecer un régimen particular privilegiado de la Administración*; Chico y Ortiz, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, 4ª ed., (puesta al día García-Arango, C. C. *et al.*), Marcial Pons, 2000, p. 752; Curiel Lorente, F., *Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida*, Centro de Estudios Registrales, 2001, p. 120, habla de *un privilegio, hoy ya de escasa justificación y aplicación*; Lasarte Álvarez, C., *Compendio de Derechos Reales*, 5ª ed., Marcial Pons, 2016, p. 305, apunta también a la idea de privilegio, indicando que *el Tribunal Supremo ha mostrado escasa comprensión hacia el tratamiento privilegiado de que son objeto las entidades públicas*. Sin calificar su oportunidad, pero sí considerándolo un *privilegio*, Peña Bernaldo de Quirós, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, 4ª ed., Centro de Estudios Registrales, 2001, p. 549.

(14) Díaz Fraile, J. M., *Titularidad registral y entidades públicas. Artículos 4, 5, 6, 17 y 18 del Reglamento Hipotecario*, en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre* (V. V. A. A.), Centro de estudios registrales, 1998, p. 40.

(15) Así, la STS de 28-12-1959 a propósito de inscribir la Basílica de Nuestra Señora del Pilar y la Catedral de la Seo de Zaragoza. Ver también la RDGRN de 31-3-1982.

(16) Díez Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo III, 5ª ed., Thomson Civitas, 2008, p. 412.

expresada por Camy, que considera que la certificación administrativa ha de ser objeto de *la más acerva crítica* y que su utilización *ha servido en ocasiones más a la pasión que a la ecuanimidad*, hasta el punto de que *con este medio se ha pretendido, y a veces se ha conseguido, resolver unilateralmente complejas cuestiones de propiedad, recurriendo a la socorrida frase de que los bienes se han adquirido por posesión inmemorial* (17). También Concheiro del Río se suma a estas críticas (18), y Lino Rodríguez Otero, desde su experiencia como Registrador, considera que, si bien se pretende proporcionar un procedimiento rápido a los entes públicos para que inscriban sus bienes y evitar que los particulares puedan apropiarse de ellos, *el supuesto inverso –que el Estado se apropie de bienes de particulares– también es posible* (19).

Nuestro Centro Directivo ha venido aplicando este procedimiento de forma restrictiva. Su carácter excepcional fue subrayado por la RDGRN de 19-10-1955 y ha sido línea constante considerar que posee un carácter exclusivamente inmatriculador, rechazando que pudiera ser utilizado para inscribir derechos reales limitados sobre finca inscrita (RDGRN de 24-11-1960), reanudar el tracto sucesivo interrumpido (RRDGRN de 24-11-1960, 11-11-1992 y 8-10-1999), acreditar un exceso de cabida (RRDGRN de 20 y 23-11-1972) o lograr una segunda o ulterior inscripción (RDGRN de 10-7-1991). No obstante, el poder público parece que gustó de este sistema, lo que se tradujo en la primera reforma del precepto, por Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que introdujo un segundo párrafo para permitir que con una certificación administrativa se pudieran inscribir declaraciones de obra nueva, mejoras, división horizontal de fincas urbanas y, siempre que no afectasen a terceros, operaciones de agrupación, división, agregación y segregación (20). Después, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, en adelante), introdujo en el art. 37.3 la posibilidad de que la

(17) Camy, *op. cit.*, p. 135. Así, las SSTS de 22-1-1963 y 12-6-1963 decían que *la posesión inmemorial supone un modo de adquirir por usucapión que suple la carencia de títulos susceptibles de ser inscritos por los medios ordinarios, cuya existencia haría inútil recurrir a este medio extraordinario.* La socorrida posesión inmemorial llega hasta nuestros días y es argumento de un Ayuntamiento en la RDGRN de 30-9-2017.

(18) Concheiro del Río, J., *Inmatriculación de fincas*, Tomo II, Bosch, 2009, p. 1180.

(19) Rodríguez Otero, *op. cit.*, p. 87.

(20) En palabras de Concheiro, *op. cit.*, p. 1181, *discutibles funciones de tinte muy variado y difícil encaje*.

certificación sirviese para reanudar el tracto sucesivo, en contra de una depuradísima doctrina de la DGRN(21).

La redacción actual de la figura procede de la importante reforma hipotecaria acometida por Ley 13/2015, de 24 de junio, y que se mueve en una doble dirección, a nuestro juicio, contradictoria. Contradictoria porque por un lado aumenta la seguridad jurídica, no sólo con un procedimiento más garantista, sino también limitando los sujetos que pueden hacer uso de la misma, más de los que a primera vista parecen, lo cual era deseable y en los cuales nos detendremos después; pero por otro lado, aumenta las operaciones que pueden llevarse a cabo con la certificación, engordando este medio excepcional hasta dimensiones desconocidas en sus precedentes históricos, desvirtuando los límites y funciones naturales de lo que es una certificación expedida por la Administración. Con el régimen vigente, no sólo sirve para inmatricular y realizar las operaciones introducidas con la reforma de 1996 y la reanudación del tracto con la LPAP 2003, sino, que el art. 198-6º LH directamente alude a las *operaciones registrales sobre bienes de las Administraciones Públicas en virtud de certificación administrativa*, y el art. 206, además de las operaciones a que aludía tras la reforma de 1996, incluye ahora la constitución de conjuntos inmobiliarios, la rectificación de la descripción del inmueble y la cancelación.

Así las cosas, analizaremos el régimen vigente del art. 206 LH en una doble perspectiva: mecanismos de seguridad jurídica introducidos, y sujetos que pueden utilizarlo, en interpretación armónica con la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante), tramitada prácticamente a la vez que la Ley 13/2015, de 24 de junio y, por tanto, ya en la mente del legislador al acometer la reforma. Finalmente, realizaremos una valoración crítica.

## II. REQUISITOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA, ANTES Y AHORA

La Ley 13/2015 ha sido sensible a los abusos cometidos mediante la certificación administrativa en su configuración de 1944-46 y ha introducido importantes requisitos que refuerzan la seguridad jurídica. Hasta 2015, ante la falta de título inscribible de dominio,

(21) Ver resoluciones citadas antes y Corral Dueñas, F., *Comentario a la RDGRN de 8 de octubre de 1999*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 658, marzo-abril de 2000.

bastaba la certificación librada por el funcionario a cuyo cargo estuviera la administración del bien, expresando *el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos* –con indicación de los datos previstos en el art. 303 RH–. En favor de las entidades privilegiadas se regulaba el supuesto de posible colisión con finca ya inscrita –art. 306 RH–, permitiéndoles acudir a la vía judicial en defensa de sus derechos. En favor de los particulares, se preveía la suspensión de los efectos de la inscripción por un plazo de dos años desde su fecha –art. 207 LH–. El procedimiento carecía de publicidad(22), por lo que podía dar lugar a la inmatriculación de inmuebles ajenos sin que el verdadero titular se percatase de ello, lo que unido a una posterior enajenación, una vez salvada la limitación del art. 207, podía provocar la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH, desembocando en un verdadero despojo de la propiedad.

La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social –ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado–, introdujo en el art. 53.7 la obligación de acompañar, en toda inmatriculación, certificación catastral descriptiva y gráfica, en términos *totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título*.

Actualmente, los requisitos han aumentado considerablemente, y son:

1. Como regla general, título *escrito* –inscribible– más certificación administrativa, debiéndose acreditar el acto, negocio o modo de adquisición y la fecha del acuerdo del órgano competente para su inclusión en el inventario correspondiente o, caso de no existir, fecha del acuerdo de aprobación de la última actualización del inventario de la que resulte la inclusión del inmueble objeto de la certificación con indicación de la referencia o indicador que tenga asignado en el mismo, así como de su descripción, naturaleza patrimonial o demanial y su destino en el primer caso o su eventual afectación, adscripción o reserva, en el segundo.

(22) Como excepción, la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 preveía en su art. 11.3 la publicación de edictos cuando se inmatriculaba un monte catalogado. Este requisito desapareció con la vigente Ley 43/2003, de 21 de noviembre. El Reglamento de Montes sigue siendo el mismo de entonces, el aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1962, que hace referencia a los edictos en su art. 75, precepto que debe entenderse tácitamente derogado. Este precepto preveía que, de no presentarse el edicto dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la inscripción, ésta se cancelaría de oficio por nota marginal.

2. Excepcionalmente, y sólo cuando se carezca de título inscribible, bastará la certificación administrativa, con el resto de requisitos indicados antes.

3. Informe favorable de los servicios jurídicos, previo a la expedición de la certificación. El art. 36.3 LPAP 2003 introdujo la exigencia de informe de la Abogacía del Estado tratándose de bienes o derechos de la Administración General del Estado o de sus organismos autónomos, así como de los dependientes de ésta –en este caso del órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico–, pero ahora este requisito se exige con carácter general.

4. Certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela o parcelas catastrales que se corresponda con la descripción literaria y la delimitación geográfica de la finca, en la forma establecida en la letra "b" del art. 9 –también reformado ampliamente por la Ley 13/2015 para lograr la coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad con una regulación mucho más amplia y ordenada que el antiguo art. 53 de la Ley 13/1996–. Caso de carecer de certificación catastral, podrá aportarse representación gráfica georreferenciada alternativa, en los términos que prevé el art. 9– no sólo para estos entes sino para cualquiera que pretenda inmatricular–.

5. Se recoge expresamente en un precepto de rango legal que el Registrador debe comprobar la falta de previa inmatriculación de todo o parte del inmueble, denegando la inmatriculación en caso contrario, expidiendo certificación de las referidas fincas, que remitirá al organismo interesado junto con la nota de calificación desfavorable. En cuando al procedimiento a seguir, sigue la regulación que ya venía contenida en el art. 306 RH. En último término, a la Administración le quedará a salvo la vía judicial para hacer valer sus derechos.

6. Practicada la inmatriculación, el Registrador ordenará la publicación de edicto en el Boletín Oficial del Estado en los mismos términos que para el expediente de dominio del art. 203 LH –en su regla séptima–, y lo comunicará al servicio de alertas.

Por tanto, en este sentido, el legislador ha acentuado el carácter excepcional de este medio inmatriculador, ha introducido la necesidad de un informe jurídico –intentado evitar la expedición de certificaciones manifiestamente improcedentes, cuando no falsas, con las posibles consecuencias penales que ello puede llevar aparejado, ex. art. 390 CP– y ha dotado de publicidad al procedimiento, utilizando para ello el régimen de edictos y alertas previsto para el expediente de dominio (art. 203 LH), al que han de acudir los sujetos no privi-

legiados por el art. 206 para inmatricular cuando carezcan de título inscribible.

La limitación de los efectos de la inscripción durante dos años del art. 207 se ha matizado también con la reforma, pues donde antes se decía que tales inscripciones *no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha*, ahora se dice: *los efectos protectores dispensados por el artículo 34 de esta Ley no se producirán hasta transcurridos dos años desde su fecha*. Es decir, el legislador circunscribe expresamente la limitación al principio de fe pública registral y a la imposibilidad de que surja durante ese plazo un tercero hipotecario. Si bien ya con anterioridad había autores que venían proclamando esta interpretación (tesis de Roca Sastre –mayoritaria–) (23), podían existir dudas respecto a su extensión al tercero del art. 32 (tesis de La Rica) (24) o incluso considerar que ese *tercero* no es el tercero hipotecario, sino el verdadero propietario, esto es, aquél que ostentaba un derecho de propiedad antes de que se produjera la inmatriculación (tesis de Vallet) (25).

---

(23) Roca Sastre, *op. cit*, p. 295. Esta tesis ha sido seguida por Rodríguez Collantes, P., *Discordancia y falta de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 356-357, enero-febrero de 1958, pp. 101-102; Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, 2ª ed. (revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, J. y Rams Albesa, J.), Dykinson, 2003, pp. 342-343; Díez Picazo, *op. cit.*, p. 411; Núñez Boluda, M. D., *Algunas consideraciones en torno al modificado artículo 298 del Reglamento Hipotecario*, en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil* (dir. y coord. Martínez-Calcerrada y Gómez, L.) , tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 2117; Gómez Gálligo, F. J. y Del Pozo Carrascosa, P., *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 2ª ed., Marcial Pons, 2006, p. 131; García García, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, tomo I, 8ª ed., Civitas, 2014, p. 329; Espinosa Infante, J. M., *Manual de Derecho Hipotecario*, Dykinson, 2003, p. 188; y De Pablo Contreras, P. *et al. Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales*, 4ª ed, Colex, 2014, p. 94. Siguieron esta teoría las SSTS de 28-3-1979, 21-1992, 15-2-2000 y 22-1-2010 y la RDGRN de 25-9-2014.

(24) De la Rica y Arenal, R., *Comentarios al nuevo Reglamento…*, p. 360; y alguna jurisprudencia antigua (SSTS de 14-4-1898, 27-6-1899 y 18-I-1918, en supuestos de doble venta del art. 1473 CC).

(25) Vallet de Goytisolo, J., *Los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria y el principio de legitimación registral*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 230, junio de 1947, p. 476, quien llegó a sostener que debía modificarse el precepto sustituyéndose la expresión “tercero” por “verdadero propietario”. Esta postura ha sido seguida por Martínez Sanchiz, J. A., *Comentario de la reforma hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998)*, Colegios Notariales de España, 2000, p. 118; Peña, *op. cit.*, p. 549; y Herrero Oviedo, M., *La inmatriculación por título público*, Dykinson, 2006, p. 489. Una exposición

La Ley 13/2015 no ha modificado ni derogado expresamente el Título VI RH, encargado de desarrollar el Título VI LH, en el que se inserta el art. 206. Sin embargo, nuestro Centro Directivo ha venido declarando que tal Título se encuentra tácitamente derogado, al ser dictados sus preceptos en ejecución del anterior Título VI LH, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios (26).

## III. QUIÉNES PUEDEN UTILIZAR LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA, ANTES Y AHORA

Dos son los periodos legislativos que ha atravesado esta figura en cuando a los *elementos personales*. Desde la redacción original del art. 206 en 1946 y hasta 2015, y desde 2015 a nuestros días. En la redacción original eran el Estado, la Provincia, el Municipio y las *Corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél*, así como la Iglesia Católica. La reforma ha eliminado la posibilidad de que la Iglesia Católica inmatricule por esta vía, pero ha introducido un cambio restrictivo mucho más importante cuando habla de *las Administraciones Públicas y las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de aquéllas*, fórmula que hay que poner a la luz de la LRJSP para descifrar todo su alcance. Vamos a ir analizando cada uno de los sujetos que enuncia el precepto.

### 1. LA IGLESIA CATÓLICA

La Iglesia Católica ha sido el ente que más ríos de tinta ha hecho circular en esta materia, tanto jurídicos como del periodismo más sensacionalista. A nadie se le escapan los recurrentes casos que ha ofrecido la prensa sobre la inscripción de ermitas, monasterios u otros complejos religiosos donde alguna entidad local menor, generalmente Ayuntamientos, se enzarza en reclamar la titularidad. Decimos sensacionalista porque muchos de estos casos presentan una clara intención política y el problema no es la Iglesia, sino el propio

sintética de las diversas posturas doctrinales a este respecto nos la ofrece Chico y Ortiz, *op. cit.*, vol. I, pp. 735-736.

(26) Así lo ha declarado la DGRN en diversos recursos gubernativos relativos a materias del Título VI LH. *Vid.* RRDGRN 17-11-2015, 19-11-2015, 21-12-2015, 22-11-2016, 7-4-2017 y 25-9-2017.

artículo 206, pues divergencias de este tipo son habituales con otro tipo de entidades debido al propio sistema de la certificación administrativa y no son objeto de atención por parte de los medios de comunicación (27).

La facultad de certificar correspondía al *Diocesano* (art. 304 RH), expresión acortada de *Ordinario Diocesano*, tal y como aparece en el art. 35 RH. De acuerdo con el Canon 134 CIC 1983, se entiende por tal, además del Romano Pontífice, los Obispos diocesanos y todos aquellos que, aun interinamente, han sido nombrados para regir una Iglesia particular o una comunidad a ella equiparada, y también quienes en ellas tienen potestad ejecutiva ordinaria, es decir, los Vicarios generales y episcopales. Y también, respecto a sus miembros, los Superiores mayores de institutos religiosos clericales de Derecho Pontificio y de sociedades clericales de vida apostólica de Derecho Pontificio que tienen al menos potestad ejecutiva ordinaria. No obstante, los Cánones 482-1º y 484-3º atribuyen al Canciller del Obispado la función de expedir certificaciones, por lo que se planteó la cuestión de si el título inmatriculador ser expedido necesariamente por el Ordinario o era admisible la certificación expedida por el Canciller, opción normal en la práctica. La STS de 16-11-2006, de la que fue ponente O'Callaghan, respondió afirmativamente a esta última tesis, pues el Código de Derecho Canónico es Derecho vigente en España en aplicación del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, *tratado internacional integrante del ordenamiento jurídico español conforme al artículo 96 CE*. También Curiel Lorente considera que esta cuestión debe quedar sometida a lo que disponga la legislación canónica (28).

Clásico ha sido el debate de por qué la Iglesia Católica estaba legitimada para inmatricular mediante certificación administrativa. Como ya hemos visto en la introducción, no es sino el origen y la razón de ser de la certificación administrativa, con lo cual sorprende cómo se ha criticado su uso originario pero se ha guardado silencio sobre la *configuración derivada* o *tangencial* que de la misma se ha ido realizando, hasta el punto de convertirse no ya en un medio de inmatriculación, sino en un medio para realizar operaciones registrales.

(27) Como monografía dedicada al tratamiento de los bienes de las confesiones religiosas, especialmente los de la Iglesia Católica, véase Ruano Espina, L., *Régimen Jurídico Registral de los Bienes de las Confesiones Religiosas y su Tratamiento Jurisprudencial*, Aranzadi, 2005.

(28) Curiel Lorente, *op. cit.*, p. 126.

Ha sido recurrente apuntar sobre la posible inconstitucionalidad de esta opción(29), considerando que supone un privilegio de la Iglesia Católica frente a las demás confesiones religiosas reconocidas por el Estado. Así, la STS de 18-11-1996 llegó a apuntar, *obiter dictum*, que la referencia a la Iglesia era *poco conciliable con la igualdad proclamada en el art. 14 de la Constitución* (...) *en cuanto no se aplica a las demás confesiones religiosas inscritas y reconocidas en España*, *dado que en la actualidad la Iglesia Católica no se encuentra en ningún sitial especial o de preferencia que justifique objetivamente su posición registral y tratamiento desigual respecto a las otras confesiones, consecuencia del principio de libertad religiosa establecida en el art. 16.1 de la Constitución*. A nuestro juicio está mal traído este argumento, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. Efectivamente, el art. 206 LH contiene un privilegio, pero el problema radica en el propio privilegio y no en los sujetos que pueden acudir a él.

2. No puede haber igualdad donde hay situaciones desiguales, porque la igualdad supone tratar de forma desigual las situaciones

(29) Consideraron inconstitucional el inciso relativo a la Iglesia Católica Maluquer de Motes, C. J., *Comentario a la STS de 18 de noviembre de 1996*, Revista de Derecho Privado, nº 83, 1999, pp. 18-137; Peña, *op. cit.*, pp. 549-550; Albaladejo García, M., *Derecho Civil. Derecho de bienes*, 10ª ed., Edisofer, 2004, p. 873; Gómez Gálligo y Del Pozo Carrascosa, *op. cit.*, p. 129; Díez Picazo, *op. cit.*, p. 412; o Sánchez Calero, F. J. y Sánchez-Calero Arribas, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, 2017, p. 102. Rechazando su posible inconstitucionalidad, se posicionan Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, actualizadores de la obra de Roca Sastre, *op. cit.*, p. 305; Corral Dueñas, F., *La certificación inmatriculadora del artículo 206 de la Ley Hipotecaria*, Boletín del Colegio de Registradores, nº 86, 2002; González Porras, J. M., *Inmatriculación de la Catedral de Córdoba y notas en relación con el art. 206 de la Ley Hipotecaria*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo* (dir. Cuadrado Iglesias, M. y Núñez Boluda, M. D.), La Ley, 2015, pp. 1301-1306; y Concheiro, *op. cit.*, pp. 1210-1215. Con una visión pragmática, Curiel Lorente, F., *op. cit.*, p. 122, desde su perspectiva como Registrador, dice: *Estén o no en lo cierto los que así opinan* (sobre su inconstitucionalidad), *creo que la letra de la Ley y del Reglamento harían insostenible una nota de calificación registral que negase el acceso a una certificación expedida por el órgano competente para la inmatriculación de bienes pertenecientes a la Iglesia católica o a sus entidades eclesiásticas*. Otro Registrador, García García, *op. cit.*, p. 496, también parte de la base de mantener la aplicación, *al continuar vigente* (en 2014) *la referencia a la misma*. Con una argumentación más amplia para defender su constitucionalidad, Ruano Espina, *op. cit.*, pp. 89-98.

desiguales, como resulta de la STC 22/1981, de la que fue ponente Gloria Begué, que permite un tratamiento diferenciado ante un e*lemento diferenciador de relevancia jurídica* (30). En palabras de otra Magistrada del TC, María Luisa Balaguer, *la igualdad como derecho a la diferencia* (31). En el caso que nos ocupa, la diferente naturaleza jurídica de la Iglesia Católica frente a las demás confesiones. La primera es un ente de Derecho Internacional Público; las segundas son, simplemente, confesiones, con un sustrato asociativo.

3. Aun si acogiéramos que la naturaleza jurídica de la Iglesia Católica es la misma que la de las demás confesiones, el art. 16.3 CE permite configurar *relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*. Es decir, arbitra la posibilidad de diversos niveles de reconocimiento institucional, dejando a salvo, eso sí, la propia libertad religiosa y de culto, que no puede verse menoscabada. O dicho de forma sencilla: la Constitución no impide *ser más generoso* con unos que con otros, atendiendo, como dice el precepto, a *las creencias religiosas de la sociedad española*.

4. Las confesiones religiosas presentan un sustrato de conciencia y otro puramente organizativo, donde se incluiría el régimen patrimonial. El primero está protegido constitucionalmente y forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa, como reconoce expresamente el art. 2 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR, en adelante). El segundo no forma parte de dicho contenido esencial, pues aparece sepa-

(30) Dice el FJ 3º: *Aunque es cierto que la igualdad jurídica reconocida en el art. 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los arts. 9 y 53 de la misma, ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica.* (…) *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida*.

(31) Balaguer Callejón, F. *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, 12ª ed., Tecnos, 2017, p. 99: *Se ha dicho que el artículo 14 CE no consagra un derecho a la igualdad, sino a la diferencia, en la medida en que su pretensión de que no se produzca discriminación es justamente finalista.*

rado en el art. 6.1 LOLR; sí formaría parte del contenido esencial de otro derecho fundamental, el de asociación (*ex.* arts. 22 CE y 2.4 LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación). En consecuencia, siendo la inmatriculación una cuestión puramente patrimonial y no inherente al contenido esencial del derecho de libertad religiosa, no hay vulneración, ni de este derecho ni tampoco del de igualdad, por tratarse de naturalezas jurídicas diferentes. Además, en la práctica a nadie se le escapa el complejo entramado jurídico de que dispone la Iglesia Católica, entroncado con la tradición jurídica continental, especialmente procedente del Derecho Romano, no comparable con el del resto de confesiones. Salvo Registradores, la Iglesia dispone de toda una serie de cargos que desempeñan funciones semejantes a las del Ordenamiento Civil (Jueces, Notarios, Cancilleres, Promotores de Justicia, Actuarios…), procedentes de esa tradición común.

5. Modernamente se tiende a una especial cooperación internacional entre los Estados de nuestro entorno, eliminando requisitos acudiendo a la esencial equivalencia de funciones y controles, incluyendo materias de Derecho Civil. La Iglesia Católica estaría personificada a estos efectos por la Santa Sede y recibiría un trato no de confesión, sino de ente de Derecho Internacional Público. La cooperación con otros entes de este tipo es una opción que tiene el Estado, sin más límites que los arts. 93 a 96 CE. Una norma que reflejaría esta asimilación sería el art. 35 RH, que excluye a los documentos pontificios de la necesaria legalización que, como regla general, precisan los documentos extranjeros(32).

6. La misma vulneración de derechos fundamentales podría esgrimirse frente a los entes públicos, que pueden aplicar el art. 206 LH sólo por ser entes de Derecho Público en un Ordenamiento jurídico que es único, argumento que debemos rechazar por absurdo.

---

(32) Díaz Fraile, J. M., *op. cit.*, pp. 18-19 se detiene en esta particularidad indicando: *Por tanto, desde un punto de vista estricto, el Derecho canónico como ley extranjera está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 36 del Reglamento Hipotecario en cuanto a acreditación de la observancia de las formas y solemnidades canónicas y la aptitud y capacidad necesarias para el acto por medio de certificación de la nunciatura apostólica en España, que asume la representación diplomática de la Santa Sede en nuestro país, si bien, dado que el Derecho canónico es, al tiempo, un Derecho estatutario de personas jurídicas españolas –la Conferencia Episcopal española, sus Diócesis, Órdenes, Congregaciones y demás entidades religiosas católicas– sería conveniente eludir el citado procedimiento de acreditación por vía de asimilación al Derecho extranjero y establecer medios de publicación o difusión oficiales nacionales* (…).

Posteriormente, la ya citada STS de 16-11-2006, de la que fue ponente O'Callaghan, rechazó la posible inconstitucionalidad –eso sí, sin entrar en argumentación– y apuntó que no parecía posible plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre este extremo en el caso concreto, ya que la parte demandante era un Ayuntamiento, el cual gozaba también del privilegio de inmatricular mediante certificación administrativa y, por tanto, no podía alegar discriminación. Curiosamente, un alto número de contiendas judiciales originadas por la inmatriculación mediante certificación administrativa, se producen por demandas de Ayuntamientos contra entidades eclesiásticas, con lo que en el fondo parece como si la reforma, más que pretender salvaguardar la seguridad jurídica, haya pretendido favorecer a las entidades territoriales menores.

A nuestro juicio, siguiendo a un sector doctrinal, podría plantearse, incluso, si la Iglesia Católica no gozó de una posición de desventaja hasta la reforma del art. 5 RH en 1998 (33), que excluía el fondo inmobiliario más numeroso de la institución, los templos de culto, y restringía de forma importante el mandato contenido en el Canon 1284.2-2º, que impone a los administradores eclesiásticos *cuidar de que la propiedad de los bienes eclesiásticos se asegure por los modos civilmente válidos*. Modo *civil*, la inscripción registral, que le quedaba vedado, mientras que otras confesiones religiosas podían inscribir sus templos (34). La Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998, de 3 de septiembre, por el que se efectuó la reforma del art. 5 RH, declaraba: *Se suprime por inconstitucional la prohibición de inscripción de los templos destinados al culto católico*.

Díez Picazo defendió la inaplicación del art. 206 LH a la Iglesia Católica sobre la base de que el precepto habla de *certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la Administración de los mismos* y *en la Iglesia no existen los funcionarios a los que el precepto llama* (35). Este argumento tampoco nos parece convincente, pues buena parte de la Administración institucional tiene un importante personal laboral, incluyendo incluso los secretarios, competentes para certificar, situación respecto de la cual el citado autor guarda silencio e incluso da por supuesto que el precepto haya de aplicarse

(33) Esta idea ha sido apuntada por Díaz Fraile, *op. cit.*, pp. 21-22; Martínez Sanchiz, *op. cit*., p. 11; y González Porras, J. M., *op. cit.*, p. 1287.

(34) Ya Morell *op. cit.,* p. 578, advertía que, de usarse el criterio del uso público, tampoco podían considerarse como de *propiedad privada*, a estos efectos hipotecarios, los templos de otras confesiones religiosas.

(35) Díez Picazo, *op. cit.*, p. 412.

a la Administración institucional(36). Como ya hemos indicado, la Iglesia es un ente de Derecho Internacional Público, por lo que mal puede negarse la equivalencia funcionarial a las personas que en ella desempeñan funciones administrativas, equivalencia que parece presuponer el art. 304 RH cuando atribuye la facultad de certificar al Diocesano. Además, el art. 390 CP, al tratar el delito de falsedad en documento público, equipara funcionarios con responsables religiosos *respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil*, efectos civiles que produce una inmatriculación por certificación.

Otros autores, en cambio, consideraron que la alusión a la Iglesia Católica debía entenderse hecha a todas las confesiones religiosas, como Manzano Solano, Álvarez Caperochipi o Herrero Oviedo(37). Esta última autora ofrece una interesante justificación. Considera que el precepto no establece una exclusión expresa y que *lo no prohibido está permitido*. La autora es consciente de que se trata de una norma excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva, pero *cuando se vulnera un principio constitucional de aplicación directa, debe prevalecer el principio de interpretación conforme frente al principio de interpretación restrictiva de las normas excepcionales (además, no se trata de una norma limitadora de derechos, sino que, por el contrario, dota de más derechos a los sujetos por ella beneficiados)*(38). También la SAP de Madrid de 8-3-2007 acogió, *obiter dictum*, esta posibilidad. Sin perjuicio de considerar formalmente correcta esta argumentación, ya hemos expresado que, a nuestro juicio, no existe ninguna vulneración de derechos fundamentales y, por tanto, no había ninguna necesidad de declarar inconstitucional el inciso ni tampoco de realizar una interpretación correctora.

Una teoría ecléctica acerca de la posible extensión a otras confesiones religiosas sería la apuntaba por Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo en su actualización del tratado de Derecho Hipotecario de Roca Sastre. Rechazando la inconstitucionalidad de que la Iglesia Católica pueda acudir a la certificación administrativa como medio inmatriculador, consideran que tampoco habría inconveniente para que las demás confesiones acudieran a este medio, pero tales confesiones no figuran en el precepto y esta cuestión debe remitirse a lo que

(36) *Ibid*., p. 412.

(37) Manzano Solano, A., *Derecho registral inmobiliario*, tomo II, Centro de Estudios Registrales, 1994, pp. 454-455; Álvarez Caperochipi, *op. cit.*, p. 92; Herrero Oviedo, *op. cit.*, p. 342.

(38) Herrero Oviedo, *op. cit.*, p. 342, nota al pie nº 558.

dispongan los Acuerdos de Cooperación con las mismas, que nada establecen al respecto (39).

Como conclusión de todo ello, debemos rechazar cualquier atisbo de inconstitucionalidad en el hecho de que la Iglesia Católica pudiera inmatricular bienes mediante certificación administrativa. Se trata de una opción legislativa, que el Estado puede mantener o suprimir, como efectivamente hizo por Ley 13/2015. El Preámbulo (IV) de la Ley justifica su supresión en que nos encontramos ante un contexto socieconómico muy diferente al que motivó la aparición de esta figura, la Desamortización y la posterior recuperación de parte de los bienes por la Iglesia Católica, en muchos casos sin una titulación auténtica, así como el transcurso de un tiempo suficiente desde la reforma del Reglamento Hipotecario en 1998, que permitió la inscripción de los templos destinados al culto católico, donde también se planteaban problemas de titulación auténtica dada la antigüedad de la mayoría de los mismos (40).

Como consecuencia de esta supresión, debemos considerar tácitamente derogado el art. 19 RH, que prevé que *en la misma forma* (que los del Estado) *se inscribirán los bienes que pertenezcan a la Iglesia o a las Entidades eclesiásticas, o se les devuelvan, y deban quedar amortizados en su poder*, precepto además cuya redacción resulta confusa sin la indicación que hemos realizado entre paréntesis, consecuencia de la anulación del art. 18 RH por STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001, tras la reforma efectuada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

## 2. LA ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL

La Ley 13/2015 ha eliminado la enumeración ejemplificativa que en el precepto se realizaba de las Administraciones territoriales –Estado, Provincia y Municipio– para pasar a hablar de *las Administraciones Públicas*. Las Comunidades Autónomas no existían en la redacción original de 1946 y el precepto no fue reformado tras la creación de éstas, pero una interpretación conforme a la Constitución y a la finalidad de la norma –que pretendía que la certificación

(39) Roca Sastre, *op. cit.*, p. 305.

(40) Sobre el régimen transitorio entre la antigua y la nueva regulación, *vid.* RRDGRN de 17-2-2016, 24-6-2016 y 28-6-2017, aunque la transitoriedad no es la cuestión principal, pues en la primera lo es una presentación en un Registro de la Propiedad incompetente, la segunda si una certificación eclesiástica constituye título de dominio, y la tercera se centra en los efectos de un asiento de presentación caducado.

administrativa fuera utilizada por las administraciones territoriales–, permitía que éstas pudieran acudir a este procedimiento.

La expresión *Administraciones Públicas* parece mucho más amplia que *Estado, Provincia y Municipio*, pero no es así. Con la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tenían la consideración de Administraciones Públicas, de acuerdo con su art. 2, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, sino también las *Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas*. Ahora la LRJSP matiza más los supuestos, partiendo de una importante distinción entre *Sector público* y *Administraciones Públicas* y, donde antes la Ley 30/1992 hablaba de Administraciones Públicas, ahora la Ley 40/2015 habla de *Sector Público*, restringiendo por tanto lo que se entiende por Administración Pública y configurando una suerte de dos círculos concéntricos: uno amplio, el Sector Público, y otro más reducido, la Administración Pública.

En el caso de las Administraciones territoriales, de acuerdo con el art. 2 LRJSP, mantienen la consideración de Administración Pública, englobando a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las Entidades que integran la Administración Local. A todas ellas les será de aplicación el art. 206 LH.

Por lo que respecta a la Administración General del Estado, el art. 37 LPAP remite, en su apartado primero, a lo prevenido en la legislación hipotecaria, que es el art. 206 LH. Este precepto tiene el carácter de legislación plena, no básica, dictada al amparo del art. 149.1-8ª CE, ordenación de los registros, siendo por tanto de competencia exclusiva del Estado y de aplicación general, incluyendo Comunidades Autónomas y Entidades locales, como resulta del art. 2 de la norma, en consonancia con la Disp. Final 2ª. Las Comunidades Autónomas han aprobado leyes de patrimonio al amparo de títulos competenciales como el recogido en el art. 148.1-16ª CE –patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma–, pero no pueden hacer uso del título competencial del art. 149.1-8ª CE, exclusivo del Estado.

Algunas legislaciones autonómicas contienen referencias a la inscripción registral, pero lo hacen para remitirse a la legislación estatal, por lo que, dejando aparte lo redundante e intrascendente de estas referencias, no invaden la competencia. Es el caso del art. 38.1 del

Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña, aprobado por Decreto legislativo 1/2002, de 24 de diciembre; el art. 19.1 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalidad Valenciana; el art. 52 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra; o el art. 18.1 del Texto Refundido de la Ley de Patrimonio del País Vasco, aprobado por Decreto legislativo 2/2007, de 6 de noviembre. En el caso de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía esta referencia es parcial, pues sólo alude a los bienes patrimoniales y no a los de dominio público, consecuencia del desfase legislativo y de no haber sido reformada a la luz de los principios que establece la LPAP 2003. En cualquier caso, lo más correcto a efectos de técnica legislativa, sería eliminar todas estas referencias y, caso de hacerse alguna, que sea completa y no parcial como en el citado caso de Andalucía, donde es fácil caer en la confusión sobre qué hacer con los bienes de dominio público.

En algún caso también nos encontramos con regulación que, a nuestro juicio, es inconstitucional por invasión de competencias exclusivas del Estado, aunque es cierto que se dedica a copiar la regulación marcada por éste. Así, la Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias, regula en el Título I, Capítulo III ("Inscripción de bienes y derechos", arts. 18 a 22), una serie de normas de naturaleza registral, tales como quién puede solicitar la inscripción –consonante, eso sí, con el art. 6 LH–, los títulos en virtud de los cuales pueden inscribirse determinadas operaciones registrales o trámites propios del procedimiento registral –consonante todo ello con los arts. 3, 205 y 206 LH–.

Con anterioridad a la LPAP 2003, no existía un mandato a autoridades y funcionarios de procurar la inscripción de los bienes públicos. Sí el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, en el primer inciso del art. 85, parecía contener este mandato(41), reproducido en el art. 36.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

A la luz del régimen vigente, debemos considerar algunas disposiciones como tácitamente derogadas. Es el caso del segundo inciso

(41) Así lo apuntaba, antes de la LPAP 2003, MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *op. cit.*, p. 16, considerando que la reforma operada en el art. 5 RH por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, introducía una inscripción potestativa, como por otra parte es la regla general en nuestro sistema registral.

del citado art. 85 del Texto Refundido de Régimen Local, que declara *suficiente* para la inscripción en el Registro de la Propiedad de sus bienes inmuebles y derechos reales *la certificación que, con relación al inventario aprobado por la respectiva Corporación, expida el Secretario, con el visto bueno del Alcalde o Presidente y que producirá iguales efectos que una escritura pública*. Y ello debido a dos razones: una, que ley posterior deroga ley anterior, y el art. 206 LH establece una serie de requisitos que dejan reducido a simpleza la afirmación del precepto; otra, que como hemos apuntado, la Disp. Final 2ª LPAP, también ley posterior, otorga carácter de legislación plena al art. 37 de la citada norma, que será la que rija este punto. Del art. 206 LH deducimos las siguientes premisas:

1. La inmatriculación por certificación administrativa es subsidiaria, para el caso de carecer de título inscribible. No es una norma general.
2. La certificación administrativa sólo será un título hábil para provocar un asiento en los supuestos previstos en la ley –singularmente inmatriculación, pero también otras operaciones registrales que ya hemos enumerado–, y la *inscripción* en su acepción estricta –asiento de inscripción de una finca previamente inmatriculada, sea de dominio o de otro derecho real– no puede realizarse mediante certificación administrativa.
3. La certificación administrativa ha de ir acompañada de un informe favorable de los servicios jurídicos.
4. Ha de aportarse certificación catastral descriptiva y gráfica que se corresponda con la descripción literaria y la delimitación geográfica de la finca en la forma establecida en el art. 9b LH o representación gráfica georreferenciada alternativa cuando la finca carezca de ella, acompañada de informe del Catastro. Este requisito es de aplicación a toda inmatriculación, sea de bienes públicos o privados.

El art. 36.2 del Reglamento de Bienes reproduce prácticamente el art. 85 del Texto Refundido de Régimen Local, debiendo considerarse también como tácitamente derogado.

Un problema específico plantea la inscripción de montes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública(42). El art. 18.3 de la

(42) De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, *la institución del Catálogo de Montes de Utilidad Pública, de gran tradición histórica en la regulación jurídica de los montes públicos en España e instrumento fundamental en su protección, permanece y se refuerza en la ley. En primera instancia, al homologar su régi-*

Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes prevé que *la Administración titular o gestora inscribirá los montes catalogados, así como cualquier derecho sobre ellos, en el Registro de la Propiedad, mediante certificación acompañada por un plano topográfico del monte o el levantado para el deslinde a escala apropiada, debidamente georreferenciados, y en todo caso la certificación catastral descriptiva y gráfica* (...). *En caso de discrepancia se estará a lo que disponga la legislación hipotecaria sobre la inscripción de la representación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad*. El problema radica en que este número del precepto –como también gran parte de la ley–, ha sido reformado poco después de reformar la LH, por Ley 21/2015, de 20 de julio–, y omite requisitos contenidos en el art. 206 LH en unos casos y resulta incompatible con este precepto en otros:

1. La certificación administrativa aparece como regla general, no como excepción para inmatricular en el caso de carecer de título inscribible.
2. La remisión a la legislación hipotecaria sólo aparece para el caso de discrepancia de la representación gráfica del monte, no para el resto de requisitos de la inmatriculación.

Así las cosas, ¿consagra nuestro Ordenamiento una excepción para la inscripción de montes en relación con el resto de la legislación aplicable a la inscripción de bienes públicos? A nuestro juicio, no. Es cierto que de acuerdo con la Disp. Final 2ª de la Ley, el art. 18.3 se dicta al amparo del art. 149.1-8ª CE –ordenación de los registros–, pero las leyes no pueden interpretarse aisladamente, sino en relación con las demás y atendiendo a la finalidad y espíritu de aquellas (art. 3.1 CC), sirviéndonos para ello de todos los elementos a nuestro alcance, incluyendo la Exposición de Motivos de la Ley. No existe ninguna justificación, ni en nuestra tradición jurídica, ni en otras leyes, ni en la Exposición de Motivos de la propia Ley de Montes, para considerar que los montes catalogados deban tener

---

*men, que ya era de cuasi dominio público, con el de los bienes plenamente demaniales. En segundo lugar, al ampliar los motivos de catalogación; en concreto, se han añadido aquellos que más contribuyen a la conservación de la diversidad biológica y, en particular, aquellos que constituyan o formen parte de espacios naturales protegidos o espacios de la red europea Natura 2000. También se refuerza en términos equivalentes la figura de los montes protectores y su registro, cuya declaración se estimula con incentivos económicos.* En consecuencia, estamos hablando de montes que tienen naturaleza demanial.

un acceso al Registro en condiciones de menor seguridad jurídica, omitiendo requisitos previstos en la regulación general aplicable a los bienes públicos. En consecuencia, debemos entender que el legislador, o bien tenía que haberse remitido a la legislación hipotecaria –arts. 9 y 206 LH– o haber incluido todos los nuevos requisitos que dichos artículos incluyen tras la reforma por Ley 13/2015, y no sólo una referencia a la certificación catastral descriptiva y gráfica, pero en cualquier caso, dichos artículos 9 y 206 LH son plenamente aplicables a los montes y el art. 18.3 debe interpretarse armónicamente con ellos.

En materia de montes también hay que ser especialmente cauteloso con la vetusta regulación que, en materia de inscripción, contiene el Reglamento de Montes, aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1962, en su Capítulo V ("Inscripción en el Registro de la Propiedad, arts. 69 a 76), que ha de ser aplicada en consonancia con la regulación de la propia Ley de Montes y la Ley Hipotecaria. La Disposición Derogatoria Única de la Ley de Montes mantiene subsistente la vigencia del Reglamento en tanto no se dicte una nueva norma de desarrollo, pero el legislador es consciente de la inadecuación del texto reglamentario a la nueva ley cuando indica *en tanto no se opongan a lo previsto en esta ley* –y añadimos, como consecuencia del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE y 1.2 CC), en tanto tampoco se oponga a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria–.

Para finalizar este apartado, haremos referencia a algunos títulos inmatriculadores especiales, como son el acta de ocupación en la legislación expropiatoria y el deslinde en la legislación de montes y costas. El art. 53 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa, prevé que el acta de ocupación junto con el acta de pago –o justificante de la consignación del precio a favor del expropiado– es título bastante tanto para inscribir como para inmatricular. En cuanto al deslinde, los arts. 21.8 de la Ley de Montes y 13.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, prevén que la resolución del expediente de deslinde es título suficiente para la inmatriculación a favor de la Administración. Respecto al deslinde administrativo en la legislación de costas, en la última década ha sido puesto en entredicho en el ámbito europeo –así, Informe *Auken* del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009– debido a una alta densidad de edificación anterior a la entrada en vigor de la ley frente a unas medidas de protección del dominio marítimo-terrestre que pueden ocasionar casos de auténtico despojo del derecho de propiedad. La cuestión aparece aludida en la RDGRN de 30-6-2017

aunque, por el propio ámbito de este tipo de pronunciamientos, no puede entrar más allá de la aplicación de los preceptos.

## 3. EL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL

En el sector público institucional encontramos diferencias importantes con respecto a la legislación anterior, diferencias que a primera vista podrían pasar desapercibidas. La nueva LRJSP, a juicio de Tomás Ramón Fernández Rodríguez, compañero académico inseparable del fallecido administrativista Eduardo García de Enterría –quien no pudo ver el nuevo texto–, *ha intentado reestablecer un cierto orden e imponer una cierta disciplina en el sector público institucional con el fin de poner coto a la tradicional dispersión* (43). Y lo hace a través de una clasificación sistemática donde encontraremos claros entes de Derecho Público junto a otros en que los contornos de lo público y lo privado se difuminan, lo que se reflejará en su propio régimen jurídico y, para el caso que nos ocupa, si pueden acudir o no al art. 206 LH. Como idea de inicio, hay que señalar que, con la LRJSP, no todo el sector público institucional tiene la consideración de Administración Pública. Así, el art. 2.2 integra en aquél:

a. Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

b. Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular los principios previstos en el art. 3 (principios generales de actuación), y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

c. Las Universidades públicas, que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley.

Estos tres niveles operan a modo de círculos concéntricos, alejándose cada uno más de su centro que el anterior. Así, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas sí ostentan la condición de Administraciones Públicas (art. 2.3).

Una interpretación sistemática del art. 206 LH en relación con el art. 2.2 LRJSP nos lleva a la conclusión de que no todo el sector

(43) García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 18ª ed. (actualizada sólo por este último), Civitas, 2017, p. 455.

público institucional puede inmatricular por certificación administrativa, sino sólo las *entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de aquéllas*, lo que reduce esta posibilidad únicamente al primero de los tres niveles que integran el sector público institucional, y ni siquiera a todos los entes incluidos en él, pues el art. 206 LH exige una serie de requisitos que no todos pueden cumplir. Efectivamente, la fórmula empleada por el art. 2.2 LRJSP, *organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas* es una fórmula muy amplia que comprende, de acuerdo con el art. 84.1 LRJSP:

a. Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, que se clasifican en organismos autónomos y entidades públicas empresariales.
b. Las autoridades administrativas independientes.
c. Las sociedades mercantiles estatales.
d. Los consorcios.
e. Las fundaciones del sector público.
f. Los fondos sin personalidad jurídica.
g. Las universidades públicas no transferidas.

Examinaremos cada uno de ellos:

La letra "a" del art. 84.1 LRJSP se refiere a los **organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado,** que engloba a los organismos públicos y a las entidades públicas empresariales. En cuanto a los primeros, el hecho de que se denominen *organismos* y no *entidades* –como prevé el art. 206 LH– no es obstáculo para que puedan acudir a este medio inmatriculador, pues debemos entender ambas expresiones como equivalentes. Además, el art. 99 LRJSP remite, en cuanto a su régimen patrimonial, a la LPAP, por lo que les resulta de aplicación el art. 37 de la citada norma, ya visto al examinar las Administraciones territoriales. Respecto a las segundas, el art. 104 LRJSP prevé que se rijan por el Derecho Privado, excepto en una serie de aspectos vinculados a la finalidad pública de las mismas, y siéndoles de aplicación la LPAP en *los aspectos específicamente regulados para las mismas*. La citada norma, en su art. 43.3, les permite ejercitar las facultades y prerrogativas para la defensa de su patrimonio previstas en el apartado primero de dicho precepto –investigación de la situación de sus bienes, deslinde en vía administrativa, recuperación de oficio y desahucio en vía administrativa– pero sólo con respecto

a bienes demaniales, no patrimoniales, pero esta exclusión no se produce en el art. 37, lo que provoca que dichas entidades puedan inmatricular por certificación administrativa todo tipo de bienes, demaniales y patrimoniales, solución criticable por cuanto se rigen fundamentalmente por el Derecho Privado, su personal es, por regla general, laboral –dándose la situación de que en no pocas ocasiones no será un funcionario quien expida la certificación administrativa para inmatricular– y resulta incongruente la *huida de la Administración de su propio Derecho*, en palabras de Del Saz Cordero (44), para regresar a él en aquellas esferas en que la legislación les otorga una posición de privilegio (45).

La letra "b" del art. 84.1 LRJSP alude a las **autoridades administrativas independientes.** De acuerdo con el art. 109, son entidades de derecho público vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, a las que la ley les atribuye funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas que requieren en su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de ley. El art. 110 prevé que se rijan por su ley de creación, sus estatutos y la legislación especial

(44) Del Saz Cordero, S., *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, Revista de Administración Pública, nº 133, 1994, pp. 57-98, donde se examinan las situaciones en que la Administración busca fórmulas de Derecho Privado para después matizarlas con privilegios propios del Derecho Público en unas cuestionables fórmulas híbridas.

(45) Ya con la redacción anterior del precepto, Curiel Lorente, *op. cit.*, p. 121, abogaba por la exclusión de los entes institucionales del acceso al art. 206 LH, *en particular todos aquellos que, con personalidad propia, de carácter u origen público, actúan bajo régimen de Derecho privado*. Muy variadas son las entidades públicas empresariales existentes, cuya clasificación fue aprobada por Orden Ministerial de 12 de abril de 2012, dictada en desarrollo del art. 5 del Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo. En un primer grupo, se incluyen el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), el Consorcio de Compensación de Seguros (CCS), el Instituto de Crédito Oficial (ICO), la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM), el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) y Renfe-Operadora. En un segundo grupo, el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI), los Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE), la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR), la Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento de Suele (SEPE) y Red.es. En un tercer grupo, la Gerencia del Sector Naval (GSN) y el Instituto de Diversificación y Ahorro de Energía (IDEA).

de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente, en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por las normas generales del Derecho Administrativo, incluyendo, en lo que respecta a su esfera patrimonial, por la LPAP (46).

La letra "c" del art. 84.1 LRJSP se refiere a las **sociedades mercantiles estatales.** El art. 113 prevé que se regirán por esta Ley, por lo previsto en la LPAP y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. La remisión a la LPAP podría conducir a la interpretación, a primera vista, de que estas sociedades pueden inmatricular sus bienes por el art. 206 LH, pero esta posibilidad es a nuestro juicio fuertemente criticable. Si ya lo es que tengan esta posibilidad las entidades públicas empresariales, más aún las sociedades mercantiles, puros entes de Derecho Privado con la particularidad de que el Estado posee una participación directa en más del 50% de su capital social. Una interpretación armónica de todos los preceptos en juego nos lleva a su exclusión:

1. La remisión que el art. 113 LRJSP realiza a la LPAP es genérica, y no referida a la cuestión registral. Remisión genérica que debe entenderse hecha al art. 7.2 LPAP, que prevé que *tendrán la consideración de patrimoniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos* (...) *los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros u opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles* (...). Por tanto, el bien público es la participación en la sociedad y no el patrimonio de la sociedad en sí misma, que son puros bienes de Derecho Privado a los cuales no se refiere la LPAP.

2. El art. 113 *in fine* apunta que estas sociedades *en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atri-*

(46) La LRJSP alude a algunas en sus Disposiciones Adicionales, sin especial trascendencia en la cuestión que nos ocupa. Así, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (17ª), el Centro Nacional de Inteligencia (17ª), el Banco de España (18ª) y el Fondo de Reestructuración Bancaria (19ª). Este último tiene el carácter de autoridad administrativa independiente y, por tanto, goza de personalidad jurídica, por ministerio de la ley (ver Disp. Adic. 19ª LRJSP y Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión).

*buirle el ejercicio de potestades administrativas*. A nuestro juicio, la inmatriculación por certificación administrativa tiene un fundamento de autoridad –precisamente por eso los particulares no pueden acudir a ella–.

3. El art. 206 LH habla de *entidades de Derecho Público*, y una *sociedad mercantil estatal* es, ante todo, mercantil, parcela propia del Derecho Privado. Este argumento podría resultar más dudoso, pues el art. 84.1 LRJSP incluye a estas sociedades en los organismos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, que tienen la condición de Administración Pública a tenor del art. 2.3 LRJSP.

4. El art. 206 LH requiere que la certificación proceda de *funcionario a cuyo cargo se encuentre la administración de los mismos*. En las sociedades mercantiles, la facultad para certificar corresponde al órgano de administración en los términos previstos en el art. 109 RRM –ajeno a cualquier carácter funcionarial– y tal certificación, de acuerdo con los arts. 202 y 250 LSC se refiere exclusivamente a los acuerdos de los órganos sociales.

Por todo ello, consideramos que tales sociedades no pueden acudir al procedimiento del art. 206 LH. Cuestión distinta es que, antes de que el Estado aporte algún inmueble a la sociedad, lo inmatricule mediante certificación administrativa.

La letra "d" del art. 84.1 LRJSP alude a los **consorcios**. El art. 118.1 los define como entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias. En cuanto a su régimen patrimonial, el art. 122.5 remite a las normas patrimoniales de la Administración Pública a la que estén adscritos, por lo que en este caso, la posibilidad de acudir a la certificación administrativa dependerá de esta adscripción, teniendo en cuenta que no todo el sector público institucional puede acudir a ella, como ya hemos indicado.

La letra "e" del art. 84.1 LRJSP se refiere a las **fundaciones del sector público,** entendidas por tales aquellas en las que el poder público ostenta una participación mayoritaria, en los términos del art. 128.1. Al igual que las sociedades mercantiles estatales, son puros entes de Derecho Privado, y en este sentido, por lo que respecta a la esfera patrimonial, el art. 130 remite a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, la legislación autonómica que

resulte aplicable en materia de fundaciones y al Ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control económico-financiero y de contratación del sector público. La remisión a la Ley de Fundaciones ha de entenderse hecha, en primer lugar, a su Capítulo XI ("Fundaciones del sector público estatal", arts. 44 a 46), teniendo en cuenta que estos preceptos deben entenderse convenientemente armonizados con la nueva regulación de la LRJSP, sobre todo en lo que respecta a concepto y constitución, pues la Ley 40/2015 no ha modificado ningún precepto de la Ley de Fundaciones. No existiendo remisión alguna a la LPAP y siendo entidades de Derecho Privado a la que expresamente se las impide ejercer potestades públicas (art. 46.1a de la Ley de Fundaciones), no parece posible que puedan acudir al art. 206 LH, que habla de *entidades de Derecho Público*, pues la titularidad o el control de la fundación no transmuta su naturaleza jurídica. Lo que sí es posible es que la Administración Pública fundadora proceda a inmatricular los bienes antes de aportarlos a la fundación.

La letra "f" del art. 84.1 LRJSP alude a los **fondos sin personalidad jurídica.** La ausencia de personalidad jurídica determina que no puedan acudir al art. 206 LH, que exige que las entidades tengan *personalidad jurídica propia*. De acuerdo con el art. 133.1 LRJSP, su creación se efectuará por Ley y la norma de creación determinará expresamente su adscripción a la Administración General del Estado. En este caso, al igual que el anterior, lo que sí es posible es que la Administración inmatricule un inmueble mediante certificación administrativa antes de aportarlo al fondo.

La letra "g" del art. 84.1 LRJSP se refiere a las **universidades públicas no transferidas.** Se trata de una categoría residual, pues las Comunidades Autónomas han asumido competencias en el procedimiento de creación de universidades, y sólo la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP) entran dentro de esta categoría, donde esas competencias son ejercidas por el Estado. El art. 84.3 se limita a indicar que estas entidades se regirán por la Ley General Presupuestaria en lo que les sea de aplicación y por su normativa específica, que es la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU, en adelante). Ésta prevé algunas cuestiones concretas en las Disposiciones Adicionales 1ª a 3ª, pero no establece ninguna particularidad en lo que respecta al régimen patrimonial, que será el

común a cualquier universidad (47), por lo que a los efectos que nos ocupan deben asimilarse a éstas, de las que hablaremos después.

Expuestas todas las entidades del primer nivel del sector público institucional, examinaremos brevemente los otros dos. El segundo comprende las **entidades de Derecho Privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas**, las cuales no pueden acudir al art. 206 LH, pues no son Administraciones Públicas (art. 2.3 LRJSP) ni tampoco *entidades de Derecho Público*, requisito que exige el precepto hipotecario.

El tercer nivel se refiere a las **universidades públicas.** La LRJSP las separa de la Administración Pública, dado que estas entidades gozan en España de una fuerte autonomía política, normativa, presupuestaria y organizativa desde la Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, hasta el punto de que sus relaciones con el Estado funcionan a modo de sistema de reconocimiento de efectos (48). La antigua Ley 30/1992, aunque posterior a 1983, parecía asimilar éstas a la Administración –si bien no aparecían expresamente mencionadas–, más como una reminiscencia del sistema anterior –integradas en el Ministerio de Educación– que como una

(47) La Disp. Adic. 1ª se refiere a las competencias que, con relación a las universidades, tienen atribuidas las Asambleas legislativas autonómicas y el Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, que en este caso son ejercidas por las Cortes Generales y el Gobierno. La Disp. Adic. 2ª se ocupa específicamente de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Disp. Adic. 3ª de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Esta última disposición, procedente de la redacción original de la Ley, califica a la UIMP de organismo autónomo, lo cual debe entenderse tácitamente derogado por la LRJSP que, como hemos indicado, prevé, como categoría separada en el sector público institucional, las universidades públicas no transferidas. Por tanto, el régimen patrimonial aplicable a éstas ya no es la de los organismos autónomos del art. 84.1a LRJSP, sino la de las universidades.

(48) Así, por ejemplo, las universidades, tanto públicas como privadas y de la Iglesia Católica, tienen competencia para elaborar y aprobar planes de estudio e investigación (art. 2.2d LOU), pero para que éstos sean reconocidos con el correspondiente título oficial, es necesaria la aprobación del Estado a través de un procedimiento que incluye obtener una autorización de la Comunidad Autónoma donde radiquen (a salvo las no transferidas, cuya autorización corresponde al Estado) y una verificación por parte del Consejo General de Universidades, tras lo cual, el Gobierno concede carácter oficial a dichos estudios y ordenará su inscripción en el Registro de Universidades, centros y títulos (art. 35), registro administrativo dependiente del Ministerio de Educación (Disp. Adic. 20ª). Caso de no obtener dicho reconocimiento, los estudios tendrán el carácter de *título propio* (art. 2.2g), que surtirán efectos exclusivamente en la propia universidad, pero sin reconocimiento por parte del Estado.

opción jurídica técnica. Ahora, el art. 2.3c LRJSP prevé que se rijan por su normativa específica y, supletoriamente, por esta Ley. El art. 80.3 LOU remite a las normas generales que rigen los bienes de dominio público y los patrimoniales en materia de *administración y disposición*, a salvo las particularidades que prevé el precepto en materia de licencias, de preceptivo cumplimiento para la validez de la enajenación. En consecuencia, el hecho de que no sean Administraciones Públicas, que no guarden dependencia o vinculación con aquéllas y que el citado precepto remita a la LPAP sólo para la *administración y disposición* de sus bienes y no en materia registral, nos lleva a sostener que las universidades no pueden expedir certificaciones administrativas para inmatricular bienes inmuebles.

Finalmente, debemos hacer una mención a unas entidades en tránsito hacia su desaparición tras la LRJSP, que son las **agencias** constituidas por Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Esta Ley ha sido derogada por la Disposición Derogatoria Única, letra "e", de la LRJSP, con la advertencia al final del precepto de que se mantendrá en vigor hasta que concluya el plazo de adaptación de tres años que prevé la Disposición Adicional 4ª (el 2 de octubre de 2019). De acuerdo con el art. 2.1 de la norma derogada, son entidades de Derecho Público dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, y que fueron creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias(49). Un segundo párrafo del precepto establece que las agencias están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en esta Ley. Se trata de una figura a la que se le encomiendan determinados objetivos públicos a través de un contrato administrativo de gestión y con un fuerte recurso a fórmulas propias de Derecho

(49) Son nueve agencias: la Agencia del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, la Agencia Estatal de Meteorología, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, la Agencia Estatal Antidopaje y la Agencia Estatal de Investigación. El caso de esta última es paradójico, pues fue constituida por Real Decreto 1067/2015, de 27 de noviembre, esto es, con posterioridad a la aprobación de la LRJSP (1 de octubre de 2015), pero antes de que entrara en vigor (2 de octubre de 2016).

Privado, incluyendo retribuciones de sus directivos vinculadas en parte al cumplimiento de los objetivos fijados. La LRJSP no regula en qué deben transformarse (50). A los efectos que estamos tratando, el art. 17 de la norma derogada prevé que gozarán de un patrimonio propio, distinto del de la Administración General del Estado, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que sean titulares, y cuya gestión y administración estará sujeta a lo establecido para los organismos públicos en la LPAP. En consecuencia, y aun con el fuerte recurso a fórmulas de Derecho Privado que utilizan, parece que las agencias podrán acudir a la inmatriculación por certificación administrativa del art. 206 LH, en los términos que hemos expuesto para éstos, pues son entidades de Derecho Público dependientes de la Administración General del Estado. Quizás esta asimilación con los organismos públicos a efectos de gestión de su patrimonio pueda marcar la línea a seguir en cuanto a la transformación de esta figura en desaparición.

## 4. LAS CORPORACIONES SECTORIALES DE DERECHO PÚBLICO

La naturaleza jurídica de las corporaciones de Derecho Público ha sido un tema discutido en la doctrina. El hecho de que tales corporaciones tienen una base privada, que atiende a concretas finalidades de sus miembros, ha sido puesto de manifiesto por la doctrina (51). Así, los colegios profesionales (Ley 2/1974, de 13 de febrero) en atención a una cualidad profesional; las Cámaras oficiales de comercio, industria y navegación (Ley 1/2014, de 1 de abril) en atención al ejercicio de una actividad empresarial; las Cámaras agrarias (de competencia autonómica) en atención al ejercicio de la agricultura; las Cofradías de pescadores (Real Decreto 670/1978, de 11 de marzo) en atención al ejercicio de la actividad pesquera; o las comunidades de regantes (arts. 81 a 91 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, denominadas *comunidades de usuarios*) en atención al uso o aprovechamiento de un recurso. Ahora bien, en las Leyes que las regulan, el legislador declara expresamente su naturaleza pública, como tales *corporaciones de Derecho Público*, en atención a su creación, por ley y no por la voluntad de los particulares, y a las

(50) García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 434-439; Fernández Farreres, G., *Sistema de Derecho Administrativo*, vol. I, 3ª ed., Civitas, 2016, p. 230.

(51) Así, Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 12ª ed., Tecnos, 2016, pp. 424-425; Fernández Farreres, *op. cit*., p. 240.

funciones que tienen atribuidas, que no se circunscriben a la mera defensa de los intereses de un grupo, sino al interés general que subyace en la regulación de una profesión o actividad (52), lo que puede provocar que la adscripción de sus miembros no sea voluntaria sino impuesta por ley (53).

Cómo hay que entender esa naturaleza pública ha sido objeto de discusión, desde quienes como MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ defienden su absoluta consideración pública (54), a los que, como GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, consideran que su carácter público es *secundum quid*, reconociendo que hay parcelas en que existe un carácter público pero son, sobre todo, corporaciones de base privada (55), línea mayoritaria en la actualidad en la doctrina (SÁNCHEZ MORÓN, DE LA CUÉTARA (56)) y en la jurisprudencia constitucional (así, la STC 15-7-1987 acoge que tienen una *base privada, aunque tengan atribuidas por la Ley o delegadas algunas funciones públicas* (57)). Además, hay que tener en cuenta la doctrina emanada de las SSTC 386/1993 (FJ 3º) y 330/1994 (FJ 9º) que, referidas a los colegios profesionales, considera que la Constitución no impone un único modelo de Colegio profesional, sino que su modo de configuración es una opción legislativa (58). Así, como dice ESTEVE PARDO, en

(52) Así, este fundamento se ha justificado de diversas formas, atendiendo al sistema político-constitucional del Estado. Si acudimos a la Ley de Colegios Profesionales, siendo una norma preconstitucional, el fundamento público radica en que *satisfacen exigencias sociales de interés general* (...), así como en su *participación en las Cortes y a través de ellas en el Consejo del Reino* (Preámbulo). La más reciente Ley básica de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, de 2014, fundamenta tal carácter en la *importancia y necesidad como instituciones básicas para el desarrollo económico y empresarial* (...), con *especial relevancia de cara a la regeneración del tejido económico y la creación de empleo* (...), con una *finalidad de representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria, los servicios y la navegación, así como la prestación de servicios a todas las empresas* (Preámbulo, I).

(53) Sobre esta pugna entre la naturaleza pública y privada, *vid.* SSTC 76/1983 (FJ 26º) , 132/1989 (FJ 6º a 10º) y 225/2006 (FJ 2º).

(54) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Naturaleza de las Corporaciones públicas profesionales*, Revista española de Derecho Administrativo, nº 39, 1983, pp. 603-608.

(55) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.* p. 436.

(56) SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit*., p. 425; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., *Fundamentos de Derecho Público*, 3º ed., Udima, 2010, p. 4-12, para quien la denominación *Administración corporativa* ha caído en desuso.

(57) *Vid.* también SSTC 5-8-1983, 20-2-1984 y 18-2-1988.

(58) En este sentido, ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administra-*

los últimos años, existe una tendencia a *despojar o liberar a estas corporaciones de su condición de Administraciones públicas para incardinarlas en la sociedad que es su espacio propio* (59), destacadamente tras la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado (60).

Supuesto especial en las Corporaciones sectoriales de Derecho Público son los Colegios Notariales y de Registradores, dado que éstos no son sólo profesionales del Derecho, sino además, funcionarios y autoridades públicas (*vid.* arts. 1 LN y 1.II y 60 RN y arts. 274 LH y 536 RH), y así, la Directiva 2006/123/CE los excluyó de su aplicación. En estos casos habría más base para considerar su carácter público, aunque el peculiarísimo régimen –que tanto prestigio y seguridad ha dado a ambos Cuerpos en preparación y eficacia en el ejercicio de sus funciones– no termina de encajar perfectamente en los moldes de lo Público y de lo Privado, sino que es una manifestación más de la naturaleza híbrida que han tenido durante más de ciento cincuenta años, con perfecto funcionamiento de sus respectivas profesiones.

Con carácter general a todas las Corporaciones sectoriales, la Ley 30/1992 remitía en su Disposición Transitoria 1ª a su legislación específica y, supletoriamente, a la propia Ley. Las SSTS de 15 de diciembre de 2006 y de 27 de febrero de 2012 mostraron las dudas que surgían sobre su verdadera consideración como Administraciones Públicas y así, la LRJSP no las menciona, ni como Administraciones Públicas, ni como Sector Público. Tampoco les son de aplicación la LPAP. Sí encontramos una referencia en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPA, en adelante), en cuyo art. 2.4 se prevé la aplicación supletoria de esta Ley *en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública*, lo que lleva a Sánchez Morón a considerar que su configuración legislativa actual es la de *organización pública* (61).

---

*tivo*, 7ª ed., Marcial Pons, 2017, p. 146 habla de *la devolución a la sociedad de la llamada Administración corporativa*, entendiendo que, no son *piezas del organigrama administrativo*.

(59) *Ibid*., p. 151.

(60) La citada norma pretende dar efectividad a las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios, reduciendo el intervencionismo público que se venía realizando a través de estas corporaciones, promoviendo la recuperación de su naturaleza privada.

(61) Sánchez Morón, *op. cit.*, p. 425.

Nosotros, más matizadamente, preferimos hablar de una organización que puede ostentar alguna competencia o función pública, pues a tenor del precepto citado, sólo en cuanto ejerza alguna función pública se les podrá aplicar la LPA.

La Ley 13/2005 ha eliminado del art. 206 LH la referencia a las Corporaciones de Derecho Público, por lo que, a los efectos que nos conciernen, no pueden inmatricular bienes mediante certificación administrativa –lo contrario, además, plantearía problemas, puesto que el personal de estas corporaciones es laboral y el art. 206 LH exige que la certificación sea librada por funcionario (a salvo el carácter funcionarial de Notarios y Registradores, no obstante lo cual, parece que la no aplicación del art. 206 LH debe alcanzar también a éstos, aunque habría base jurídica más que suficiente para permitírselo (62))–. La destacada RDGRN de 24-5-2018 –por su carácter eminentemente didáctico y doctrinal– confirma la exclusión de las Corporaciones de Derecho Público, frente al recurrente, que consideraba que tales Corporaciones podían entenderse incluidas en el inciso *entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de aquéllas*, argumento de escasa consistencia, no sólo porque una interpretación sistemática de este inciso con el art. 2.2 LRJSP permitiría rechazarlo, sino porque además, tales Corporaciones carecen de vinculación o dependencia de las Administraciones Públicas.

En general, la separación entre Corporaciones de Derecho Público y Administración Pública ya se venía manifestando en la jurisprudencia desde tiempo atrás, aunque en otros aspectos. Así, por ejemplo, las SSTS de 22-3-1954 y 24-10-1958 negaron a las Cámaras de Comercio los beneficios que la Ley de Arrendamientos Urbanos –en ese momento la de 31 de diciembre de 1946– concedía al *Estado, Provincia, Municipio u otras Corporaciones de Derecho Público* (63),

(62) No en vano son los titulares de la fe pública extrajudicial en España y, atendiendo más a quién expide la certificación y no a qué se expide (una certificación en lugar del otorgamiento de una escritura pública), qué duda cabe que sus integrantes poseen una capacitación más que suficiente para expedirlas con plena seguridad jurídica.

(63) Una serie de beneficios que se contenían en los arts. 8 (consideraba los arrendamientos de local a favor de estas entidades como arrendamiento de vivienda, más tuitivo), 100 (permitía desalojar al arrendador en las fincas de que estas entidades fueran titulares sin necesidad de justificar la necesidad cuando fuera para establecer sus dependencias y servicios), 116 (excepciones a la prórroga) y 149.6a (no resolución del arrendamiento a instancias del arrendador por solicitarlo la mayoría de los inquilinos y arrendamientos de la finca respecto de cualquier otro).

negando la inclusión de aquéllas, a estos efectos, dentro de la expresión *Corporaciones de Derecho Público*.

## IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

No cabe duda de que la Ley 13/2015 ha supuesto un importante avance en uno de los problemas clásicos del Derecho registral, el concerniente a la dicotomía entre la realidad física y la realidad jurídica de las fincas en un Registro de derechos (64). En lo tocante al art. 206, la reforma ha restringido los sujetos beneficiados por el procedimiento y ha aumentado los requisitos para ello, pero a nuestro juicio hubiera sido necesaria una reflexión de fondo, relativa a la oportunidad de mantener este procedimiento inmatriculador en el siglo XXI. La inmatriculación por certificación administrativa tuvo un origen muy determinado, en el contexto de la legislación desamortizadora primero y después en las dificultades para obtener títulos auténticos, que frenaba el deseable objetivo de la registración de la propiedad inmobiliaria. Posteriormente, en el contexto de un Estado fuertemente centralizado y en un régimen dictatorial, la certificación administrativa aparecía revestida de la propia autoridad del Estado y era objeto de la más absoluta confianza, lo que justificaba la omisión de todos los requisitos exigidos en el expediente de dominio.

Ahora el contexto es muy diferente, en lo histórico, en lo político y en lo jurídico. En lo histórico, el Preámbulo de la Ley 13/2015 ofrece la clave cuando justifica la desaparición de la inmatriculación por certificación de la Iglesia Católica (IV): el contexto desamortizador es Historia y la reforma del RH realizada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, dio entrada en el Registro a los bienes de dominio público y a los bienes eclesiásticos; la facilidad y normalidad actual para tener una titulación auténtica, así como la obligación que pesa sobre las Administraciones Públicas de inscribir sus bienes (art. 36.1 LPAP).

En lo político, el sector público actual sobrepasa cualquier expectativa que se hubiera podido considerar cuando, en 1944-46, se opta

(64) Con motivo del cincuentenario de la vigente Ley Hipotecaria, el entonces Director General de los Registros y del Notariado, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha firmaba un artículo titulado *Perspectivas del Registro de la Propiedad en el futuro*, en una publicación conjunta titulada *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Centro de Estudios Registrales, 1997, p. 450, en el que consideraba como principal reforma pendiente relativa a la inmatriculación la cuestión de la realidad física y la referencia catastral.

por transformar las certificaciones de posesión en certificaciones de dominio. En aquél momento sólo existía la Administración del Estado, la Local y unos pocos organismos. El esquema que hemos desarrollado en cuanto a los *elementos personales* evidencia una serie de niveles en el sector público, con un diferente grado de inmersión en lo que es estrictamente Derecho Público, recurriendo cada vez más a fórmulas de Derecho Privado. No tiene, por tanto, sentido que, si determinadas entidades utilizan procedimientos propios del Derecho Privado, ostenten un privilegio de absoluto Derecho Público en su régimen patrimonial.

En lo jurídico, la reforma por Ley 13/2015 está presidida por la idea de garantizar una mayor seguridad en lo que accede al Registro. No obstante, la laxitud con la que se admite en el art. 206 LH no va acompañada de un procedimiento más exhaustivo en comparación con el que se prevé para el expediente de dominio, en detrimento de la seguridad jurídica. Debemos tener en cuenta, además, que la amplia diversificación de cuerpos funcionariales, algunos encargados de ejercer las funciones de Secretario, no tienen por qué contar con una sólida formación jurídica y, si bien para ello se prevé el informe jurídico, ¿no supone una desnaturalización de funciones expedir tales certificaciones? Empleando el expresivo concepto de Díaz Fraile que hemos citado, el *privilegio de autoconfección documental*, a nuestro juicio, que determinadas entidades, en una de las materias claves del Derecho patrimonial estén excluidas del régimen general, permitiendo autocertificarse adquisiciones de dominio, supone una excepción peligrosa para la seguridad jurídica, no exenta de quebraderos para el funcionamiento normal del sistema y sin razones prácticas suficientes para su mantenimiento. Al igual que ocurrió con la Iglesia, un contexto de desamortización o un contexto de prohibición de inscripción de determinados bienes son razones más que suficientes para procurar mecanismos ágiles de acceso al Registro, en cuanto que es uno de los medios de protección reforzada de la titularidad dominical. La promulgación de la LPAP 2003 introdujo la obligatoriedad de la inscripción de los bienes públicos y, transcurridos quince años desde su aprobación, tiempo más que suficiente ha habido para regularizar la situación de la propiedad pública inmueble. Caso de no haber sido regularizada, la norma general, esto es, el expediente de dominio (art. 203 LH) procura un procedimiento mucho más garantista y con mejor encaje en los principios informadores de nuestro Derecho patrimonial. Sobre todo tras la reforma operada por Ley 13/2015, en que desaparece la intervención del

Juez de Primera Instancia y la competencia pasa a manos del Notario del distrito o colindante, agilizándose el procedimiento.

Consideramos que el expediente de dominio es un medio mucho más coherente con los principios informadores de nuestro Derecho patrimonial porque, siguiendo a DÍEZ PICAZO, *la certificación* (certum facere) *es* un *documento destinado a constatar unos hechos o unas circunstancias respecto de las cuales se posee una constancia* y, en ella *se transcriban o trasladen datos obrantes en otros documentos o bien que se constaten hechos o circunstancias respecto de las cuales se posee una constancia. No es nunca una pura afirmación escueta, ni una pretensión o una declaración de voluntad* (65). La certificación, por tanto, se mueve en la esfera de los hechos; los títulos de adquisición se mueven en la esfera de los derechos. Salvando las distancias, similar dicotomía presentaría la distinción notarial de actas y escrituras –para los hechos las primeras, para los derechos las segundas–.

Como bien dice PEÑA, *la inmatriculación es el asiento que exige más garantías (bien en la formación del título, bien en el procedimiento registral), puesto que, por hipótesis, no se basa en los asientos o declaraciones anteriores del Registro, y, en cambio, en él se basará la práctica de todos los demás asientos titulares* (66). Ciertamente, el legislador se orienta por esta premisa, pues la inmatriculación exige más garantías en el título –título y antetítulo es la regla general, consignada en el art. 205 LH– y un procedimiento riguroso ante su falta –el expediente de dominio del art. 203–, salvo en el caso de las Administraciones Públicas, bajo el argumento del deber de proteger el Patrimonio público. ¿De verdad este procedimiento beneficia el interés público de conservación de dicho patrimonio? Creemos que no, con argumentos diferentes dependiendo de la naturaleza, patrimonial o demanial del bien público:

1. Tratándose de un bien patrimonial, éste habrá sido adquirido con arreglo a los modos de adquirir la propiedad, teniendo por tanto una titulación. Y si los adquirió en un pasado remoto y no disponen de ella, han transcurrido quince años desde que el art. 36.1 LPAP estableciese la obligación de inscribir, tiempo más que suficiente para regularizar su situación. En este tipo de bienes encontramos argumentos conceptuales más poderosos. Así, HERRERO OVIEDO muestra sus dudas porque considera que este medio privilegiado parece

(65) DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 413.
(66) PEÑA, *op. cit.*, p. 546.

otorgado *al Estado en su condición de ente cum imperium* y *el interés público, el servicio público, no surge en ese momento* (67). Efectivamente, hasta la correspondiente declaración de afectación a un uso o servicio público, no existe ese interés y, por tanto, no habría razón jurídica que justificase ese privilegio.

2. Tratándose de un bien demanial, si bien podríamos acudir al argumento conceptual de que el Estado inmatricula por su *imperium*, hay que tener en cuenta que el art. 206 LH abarca una variada tipología de entes administrativos, y la predicación de ese *imperium* debería realizarse sólo del Estado. Importantes dudas nos surgen respecto del resto de Administraciones territoriales y, por supuesto, lo consideramos absolutamente rechazable de la Administración institucional –con la actual regulación recortada en el acceso privilegiado al Registro, como hemos visto– y corporativa –que actualmente ya no puede acudir a este procedimiento- (68). En cualquier caso, a nuestro juicio, una visión crítica de este medio inmatriculador no debe estar presidida por dogmatismos clásicos de las doctrinas iuspublicistas, sino por argumentos finalistas, esto es, de seguridad jurídica –tanto para los potenciales particulares que colisionan contra una inmatriculación de este tipo como para la salvaguarda de los intereses de la Administración–. Y este privilegio tiene una escasa efectividad protectora desde el momento en que, como ha venido indicando la DGRN, el principio de fe pública registral no opera frente a bienes demaniales y, por tanto, nunca podrá haber un particular protegido por el art. 34 LH. Sí que tiene, en cambio, un rechazable componente de *comodidad privilegiada* a la hora de inmatricular, tomando una vía rápida con menos trámites.

---

(67) Herrero Oviedo, *op. cit.*, pp. 348-349 se muestra muy expresiva: *¿Qué servicio público realiza inmatriculando sus bienes?, ninguno; con esta operación la Administración no persigue un interés público, ya que los beneficios que tradicionalmente se predican del Registro de la Propiedad se consiguen de similar forma por la Administración sin necesidad de ingreso* (...). Parece que la autora se está refiriendo a las facultades y prerrogativas que a las Administraciones Públicas concede el art. 41 LPAP, importantes medios para salvaguardar sus bienes.

(68) La oportunidad de que acudieran a este medio privilegiado ya fue puesto en duda por Roca Sastre, *op. cit.*, p. 300, que se refería a las dudas que le suscitaban *organismos autónomos, empresas nacionales y empresas públicas constituidas por Administraciones territoriales* –en el lenguaje de entes públicos de la época–. Mismas dudas que son acogidas modernamente por Concheiro, *op. cit.*, p. 1201.

En cambio, tratándose de un bien de un particular, tras el transcurso del plazo de dos años, una posible enajenación por parte de la Administración –en el caso de bienes demaniales, al ser inalineables, tras la correspondiente desafectación, *ex.* arts. 69 y ss. LPAP)– desembocaría en la aparición de un tercero hipotecario.

En la práctica el uso abusivo de las certificaciones administrativas ha dado lugar a desfigurar sus estrechos contornos, con una serie de problemas planteados y que la nueva regulación no ha terminado de superar. Veamos algunos ejemplos:

1. Utilizar la certificación administrativa para inmatricular aun cuando existe título de dominio inscribible, evitando el procedimiento general del art. 205 LH acudiendo al más ágil del art. 206. La DGRN ha venido rechazando esta práctica. Así, la RDGRN de 12-12-1953 ya venía exigiendo *prueba cumplida y solemne* de la carencia de títulos por parte de la entidad que certifica, mientras que la RDGRN de 19-10-1955 exige *que conste de una manera clara y determinante la afirmación de no existir título de dominio*. No obstante, la literatura científica se ha detenido en este aspecto ante la realidad práctica de que no siempre se ha hecho así. Sería deseable exigir, en estos casos, que el ente público correspondiente librase certificación de que no dispone de título inscribible –bajo pena de falsedad documental, lo que disuadiría de malas prácticas–.

2. Expedir una certificación administrativa cuando el ente público carece de Inventario de Bienes –algo más habitual de lo que parece en el caso de pequeñas entidades–. La RDGRN de 12-12-2006 rechazó esta práctica. Es cierto que el art. 303 RH prevé que si alguna de las circunstancias que deben constar en la certificación no puede hacerse constar, se expresará así, pero es que en este caso el Inventario es sobre el que descansa la certificación. La certificación lo que hace es hacer constar que el bien está en el Inventario. Si no hay Inventario, la certificación queda vacía de contenido –¿con referencia a qué se está certificando?– y se perdería la finalidad, que es hacer constar que, en un Inventario de la entidad pública consta, de forma fehaciente, la titularidad de los bienes que se pretenden inmatricular.

3. El mismo fundamento del supuesto anterior parece que subyace en el caso de la RDGRN de 8-2-2004, en que unos particulares inmatriculan una finca vendida por el Ayuntamiento a través del procedimiento general del art. 205 LH y utilizan como antetítulo una certificación que acredita el acuerdo municipal de enajenación. La DGRN también lo rechaza porque no se está acreditando la adscrip-

ción al patrimonio del ente público, sino sólo que se ha tomado el acuerdo de enajenar un bien.

4. La aportación de certificación catastral lo es a efectos descriptivos y gráficos y no jurídicos ni de titularidad, puesto que la registración de derechos corresponde al Registro de la Propiedad, no el Catastro. Sin embargo, tratándose de una certificación administrativa, que es un documento autoconfeccionado, en algo debería tenerse en cuenta el Catastro como elemento de juicio para una mejor ponderación de la calificación. Así, en la RDGRN de 25-9-2017, el Registrador deniega una inmatriculación por certificación administrativa porque de la certificación catastral resulta que la titularidad de dicha finca está en procedimiento de investigación del art. 47 LPAP. El Centro Directivo, aplicando de forma exacta la ley, revoca la nota de calificación, pues el requisito de que la finca esté catastrada a favor del transmitente o del adquirente previsto en el art. 298 RH se exige sólo para la inmatriculación por documento público del art. 205 LH y además, el Título VI RH ha quedado tácitamente derogado por la Ley 13/2015. La regulación vigente sólo exige que la certificación catastral se corresponda con la descripción literaria y la delimitación geográfica, no teniendo en cuenta lo que pueda resultar en cuestiones de titularidad, lo que en el presente caso desemboca en la paradoja de que, existiendo un procedimiento de investigación de la propiedad –y, por tanto, no hay titularidad certera–, el Registro la publique como cierta.

En definitiva, la realidad social, la conciencia de propiedad existente en la sociedad española, la búsqueda de un sistema registral más coherente conceptualmente y la más eficaz seguridad jurídica exigen acabar con este procedimiento, garantizándose por medio de un funcionario ajeno a las pretensiones de parte –pues hasta la Administración, aunque sirva con objetividad a los intereses generales (cfr. art. 103 CE) es parte, al menos cuando existen intereses contrapuestos– que se vele por la seguridad jurídica y se garanticen los derechos de todos los interesados en juego a la hora de expedir un título, como ha sido y es el Notario, cuya autonomía funcional y expertos conocimientos en Derecho Privado le convierte en figura privilegiada para discernir este tipo de cuestiones y rechazar aquellos casos en que, ya sea la Administración, ya un particular, un expediente de dominio no pueda prosperar por manifiesta insostenibilidad, y no esperando a que, una vez que el ente público privilegiado ha inmatriculado la finca autoconfeccionándose el documento, el particular haya de destruir ese asiento en vía judicial.

## BIBLIOGRAFÍA


ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de bienes*, 10ª ed., Edisofer, 2004.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas, 1986.

BALAGUER CALLEJÓN, F. *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, 12ª ed., Tecnos, 2017.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 563, julio-agosto de 1984.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., *Perspectivas del Registro de la Propiedad en el futuro*, en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años* (V. V. A. A.), Centro de Estudios Registrales, 1997.

CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J., OSA, *Textos legales de las desamortizaciones eclesiásticas españolas y con ellas relacionados*, en *La desamortización: el expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España: actas del Simposium 6/9-IX-2007* (coord. CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J., OSA), 2007.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VII, Aranzadi, 1984.

CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario* (dos tomos), 4ª ed. (puesta al día GARCÍA-ARANGO, C. C. *et al.*), Marcial Pons, 2000.

CONCHEIRO DEL RÍO, J., *Inmatriculación de fincas*, Tomo II, Bosch, 2009.

CORRAL DUEÑAS, F., *Comentario a la RDGRN de 8 de octubre de 1999*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 658, marzo-abril de 2000.

CORRAL DUEÑAS, F., *La certificación inmatriculadora del artículo 206 de la Ley Hipotecaria*, Boletín del Colegio de Registradores, nº 86, 2002.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., *Fundamentos de Derecho Público*, 3º ed., Udima, 2010.

CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida*, Centro de Estudios Registrales, 2001.

DÍAZ FRAILE, J. M., *Titularidad registral y entidades públicas. Artículos 4, 5, 6, 17 y 18 del Reglamento Hipotecario*, en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre* (V. V. A. A.), Centro de estudios registrales, 1998.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo III, 5ª ed., Thomson Civitas, 2008.

ESPINOSA INFANTE, J. M., *Manual de Derecho Hipotecario*, Dykinson, 2003.

ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Marcial Pons, 2017.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo*, vol. I, 3ª ed., Civitas, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 18ª ed. (actualizada sólo por este último), Civitas, 2017.

García García, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, tomo I, 8ª ed., Civitas, 2014.

Gómez Gálligo, F. J. y Del Pozo Carrascosa, P., *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 2ª ed., Marcial Pons, 2006.

González Porras, J. M., *Inmatriculación de la Catedral de Córdoba y notas en relación con el art. 206 de la Ley Hipotecaria*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo* (dir. Cuadrado Iglesias, M. y Núñez Boluda, M. D.), La Ley, 2015.

Herrero Oviedo, M., *La inmatriculación por título público*, Dykinson, 2006.

Del Hoyo Villameriel, F., *Otra vez el concepto de tercero*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 256, septiembre de 1949.

Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil. III bis, Derecho inmobiliario registral*, 2ª ed. (revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, J. y Rams Albesa, J.), Dykinson, 2003.

Lasarte Álvarez, C., *Compendio de Derechos Reales*, 5ª ed., Marcial Pons, 2016.

Maluquer de Motes, C. J., *Comentario a la STS de 18 de noviembre de 1996*, Revista de Derecho Privado, nº 83, 1999.

Manzano Solano, A., *Derecho registral inmobiliario*, tomo II, Centro de Estudios Registrales, 1994.

Martínez López-Muñiz, J. L., *Naturaleza de las Corporaciones públicas profesionales*, Revista española de Derecho Administrativo, nº 39, 1983.

Martínez Sanchiz, J. A., *Comentario de la reforma hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998)*, Colegios Notariales de España, 2000.

Morell y Terry, J., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo I, 2ª ed, Reus, 1925.

Núñez Boluda, M. D., *Algunas consideraciones en torno al modificado artículo 298 del Reglamento Hipotecario*, en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil* (dir. y coord. Martínez-Calcerrada y Gómez, L.) , tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

De Pablo Contreras, P. *et al. Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales*, 4ª ed, Colex, 2014.

Peña Bernaldo de Quirós, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, 4ª ed., Centro de Estudios Registrales, 2001.

Roca Sastre, R. M., *Derecho hipotecario*, tomo IV, 9ª ed. (puesta al día por Bernà i Xirgo, J.), Bosch, 2009.

Rodríguez Collantes, P., *Discordancia y falta de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 356-357, enero-febrero de 1958.

Rodríguez Otero, L., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Dijusa, 2007.

Ruano Espina, L., *Régimen Jurídico Registral de los Bienes de las Confesiones Religiosas y su Tratamiento Jurisprudencial*, Aranzadi, 2005.

Sánchez Calero, F. J. y Sánchez-Calero Arribas, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, 2017.

Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 12ª ed., Tecnos, 2016.

Sanz Fernández, G., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, 1940.

Del Saz Cordero, S., *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplusos y críticas*, Revista de Administración Pública, nº 133, 1994.

Vallet de Goytisolo, J., *Los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria y el principio de legitimación registral*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 230, junio de 1947.

# DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

# DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

**Víctor M. Garrido de Palma**

## PRIMERO

Ana Blanco y José Touza, casados en sociedad de gananciales, donan a su hija Rocío el piso sito en Sevilla, calle Dos Cruces, 13, 1º y la plaza de garaje sita en el número 15 de la misma calle, donde vive la donataria. Ambos comprados contante matrimonio.

La donación se realiza con reserva de la facultad de disponer *inter vivos* y *mortis causa* en favor de los donantes y además con la prohibición de disponer de los bienes donados por la donataria.

A pesar de la inscripción, el abogado del matrimonio a los donantes hace saber que considera dudosa la validez de la reserva de todos los bienes donados dada la literalidad del art. 639 CC, pero como los donantes quieren recuperar el piso donado a causa del emparejamiento actual de su hija con quien consideran no recomendable, ejercitan la facultad reservada, disponiendo del piso donado en favor de ellos mismos y dejando en consecuencia sin efecto la donación del mismo por resolución.

El registrador no inscribe la misma: "la reserva no faculta para disponer en favor de los mismos donantes dado que la donación no ha sido con cláusula de reversión en favor de los donantes, sino con la facultad de disponer de terceros".

¿Quién tiene razón en Derecho?

## SEGUNDO

Venancio vende el apartamento de su propiedad sito en Alicante, Paseo Marítimo 88, 1ª derecha a Zara, de nacionalidad española, no residente, casada con Karl, de nacionalidad alemana bajo el régimen económico-matrimonial legal alemán.

El registrador no inscribe: "no consta la prueba ni dato acreditativo de la manifestación de la compradora, sin que el Notario autori-

zante haya realizado averiguaciones en orden a la determinación de la veracidad del régimen. Por lo que, en protección de los eventuales derechos del esposo de la compradora, sería admisible que éste en documento público confirmara tal manifestación".

¿Quién tiene razón en Derecho?

**TERCERO**

Norma, Beatriz, Isidro y Cipriano otorgan la escritura de "Transhumanismo, S.A." Su objeto "la investigación científica y técnica, sin límite, del ser humano desde su concepción hasta su desarrollo pleno y prolongación vital indefinida".

"Y también la compra y enajenación de bienes inmuebles". El capital es de 60.000 €; las aportaciones son a partes iguales y consisten en dinero. Pactan, como prestación accesoria, la dedicación exclusiva a las actividades propias del objeto social, por parte de los cuatro socios, con la retribución que sea suficiente para su digna subsistencia. La retribución la determinará semestralmente el Comité asesor de la "Asociación Convergencia NBIC", por mayoría simple.

Para la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de cualquier acción de los socios será necesaria la autorización de la Junta General.

Caso de transmisión *mortis causa*, los socios sobrevivientes tendrán el derecho de adquisición preferente de las acciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento de aquel, que se pagará al contado.

Establecen los socios que las ganancias sociales que obtenga la S.A. se destinarán desde ya a las actividades propias del objeto social.

Dentro del primer año, la S.A. por medio del administrador inicial, Cipriano, compra el local comercial 1, sito en Sevilla, calle Uruguay 5, bajo. Siendo suspendida la inscripción en el Registro de la Propiedad "mientras que la S.A. no esté inscrita en el Registro Mercantil".

Y a los once meses de otorgada la escritura de constitución la presentan a inscripción en el Registro Mercantil. La calificación es:

— La S.A. ha de tener ánimo de lucro común partible y carece de este propósito.

— El objeto social es genérico, impreciso, indeterminado y posiblemente ilícito, por contrario a la moral, a falta de mayor precisión dada la ambigüedad del mismo.

— Las prestaciones accesorias son genéricas, y la fijación de la retribución no se ajusta a la LSC.

¿Quién tiene razón en Derecho?

**CUARTO**

Se autoriza la escritura pública de constitución del "Balneario: Las Delicias S.L.". El objeto social es: "la explotación del balneario, hotel y restaurante. La obtención, envasado y venta del agua mineral de la fuente Las Delicias". En la escritura, al desarrollar las competencias de los órganos se dice: conforme al objeto social, todo negocio de disposición, hipoteca y arrendamiento del balneario y de todo el conjunto empresarial, es competencia de la Junta General. Caso de adopción de algún acuerdo en este sentido, su ejecución será competencia del órgano de administración, del que, por sus deberes de diligencia y de lealtad, se espera la obtención del mayor rendimiento posible de lo aportado por los socios y constitutivo del objeto social.

El registrador mercantil califica así: "las competencias anteriores de la Junta General han de entenderse con efectos internos, dado que el órgano de administración, por ley, tiene competencia y puede realizar actos y negocios con efectos plenos para los terceros de buena fe; art. 234 LSC".

¿Quién tiene razón en Derecho?

**QUINTO**

A y R, matrimonio, donan en escritura pública, la finca registral 46.832 de Registro, de carácter ganancial, a su hija Francisca: en nuda propiedad, reservándose los donantes el usufructo vitalicio simultáneo y sucesivo de la misma. Prohíben a la donataria disponer de la finca donada, por actos inter vivos, durante la vida de los donantes, los que conforme al art. 641 CC podrán ejercer el derecho de reversión a su favor, en cualquier caso y sin necesidad de justificación. Francisca acepta la donación.

El Registrador de la Propiedad califica así: "La donación carece de contenido patrimonial de presente para la donataria, por lo que no es una verdadera donación inter vivos y, en consecuencia, no es inscribible".

¿Quién tiene razón en Derecho?

**SEXTO**

Se constituye “Solares y Viviendas SA”.

Se designa Consejo de Administración integrado por: ...y es Consejero Delegado Don Waldo.

El contrato celebrado entre el Consejero Delegado y la Sociedad, aprobado previamente por el Consejo de Administración, se incorpora como anejo al Acta de la sesión y todo ello consta en la escritura.

En el contrato de detallan los conceptos que se han considerado constituyen funciones específicas de carácter ejecutivo del Consejero Delegado, y que justifican la retribución especial; haciéndose constar que el contrato es conforme con la política de retribuciones que ha aprobado la Junta General, ajustándose a lo que establece el art. 217 de la LSC.

La escritura es calificada por el registrador así: “lo establecido respecto al Consejero Delegado no se ajusta a la legalidad vigente, de conformidad con reciente sentencia del Tribunal Supremo”.

Se piensa recurrir la calificación registral, dada la generalidad y falta de fundamentación, pero previamente se pregunta al dictaminante, desde el punto de vista estrictamente jurídico:

¿Quién tiene razón en Derecho?

Para los que deseen

El DICTAMEN LARGO: OCHO HORAS

El DICTAMEN CORTO: Cuestiones PRIMERA a CUARTA. SEIS HORAS.

revistajuridica@notariado.org

# RECENSIONES

# LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES A LA LUZ DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

de Pablo Amat Llombart
Editorial Reus
(Colección Claves de la Jurisprudencia)
Madrid, 2018
414 págs.

**Por Esther Muñiz Espada**
Universidad de Valladolid

## 1. INTRODUCCIÓN. LA FIGURA DEL CONSUMIDOR-USUARIO EN LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

El punto de partida introductorio de la obra se centra en la figura del consumidor como contratante de préstamos hipotecarios y en el modelo de contratación en masa utilizado por las entidades financieras, dentro del marco de la legislación de defensa de consumidores y usuarios y de la normativa sobre condiciones generales de la contratación.

Se analiza, ante todo, la figura del consumidor y usuario tal y como viene definido en la LGDCU, esto es, aquella persona física, jurídica o entidad sin personalidad jurídica, que actúa en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional. Se aborda el concepto en cuanto que sujetos que intervienen en las relaciones de consumo con fines privados, sin ánimo de lucro, contratando bienes y servicios en calidad de destinatarios finales, sin incorporar aquellos, ni directa, ni indirectamente, a procesos de producción, comercialización o de prestación de servicios a terceros.

La adecuada determinación del indicado concepto constituye la clave de bóveda para la aplicación de la normativa que tutela las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios en España, es decir, el TRLGDCU, el cual tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado.

Ciertamente, el objeto de la obra se centra en la contratación de préstamos dinerarios garantizados con hipoteca, y en particular aquellos que

vengan suscritos, por una parte, por entidades financieras, y por otra parte, por personas en las que concurra la condición de consumidor y usuario, en el sentido del TRLGDCU de 2007.

En este ámbito, el autor apunta la relevancia de determinar, ante todo, en qué supuestos nos hallamos ante la figura especialmente protegida por la Ley cuando se trate de la contratación de préstamos hipotecarios. Asimismo, se ocupa de establecer y analizar las consecuencias jurídicas y prácticas de la efectiva presencia de un consumidor y usuario como parte contratante del préstamo dinerario, en su calidad de prestatario.

A tales fines, analiza la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional (TS y AA.PP.) sobre dichos aspectos. Afirma la tendencia a adoptar una noción amplia y objetiva del concepto de consumidor, atendiendo para su eventual exclusión al destino profesional o empresarial del objeto del préstamo hipotecario concedido. Se comentan tanto Sentencias que niegan la condición de consumidor, como otras que, en un sentido positivo, vienen a confirmar la presencia de un consumidor como parte prestataria del crédito hipotecario. Concluye que, dentro del mercado financiero de consumo, las operaciones de préstamo hipotecario que las entidades financieras ofrecen a sus clientes/consumidores privados, tiene una clara vocación inmobiliaria. Ello significa que la concesión de tales préstamos pecuniarios, en una buena parte de las ocasiones lleva por finalidad que las personas físicas adquieran a título de propiedad (mediante contrato de compraventa) un inmueble para destinarlo a residencia principal o vivienda particular habitual, o bien a una segunda residencia, de tipo vacacional. Y también en un amplio porcentaje de casos, la garantía real en que consiste la hipoteca queda constituida sobre el propio inmueble adquirido gracias al préstamo dinerario recibido. Ello le lleva a considerar que en todas esas operaciones de crédito, vinculadas a la compra de viviendas, nos encontramos con la presencia de un consumidor a los fines y efectos tuitivos de la legislación proteccionista de consumidores y usuarios.

Y respecto a las consecuencias jurídicas, la principal que destaca, según se desprende de la jurisprudencia analizada, consiste en que a los contratos celebrados con consumidores se aplicará un doble control de las condiciones contractuales que los integren (control de incorporación y control de abusividad), pero a los contratos donde el prestatario no ostente la cualidad de consumidor, sólo se aplicará el control de incorporación.

## 2. PRÉSTAMO HIPOTECARIO, CONDICIONES GENERALES Y CONTRATACIÓN EN MASA

El estudio de las cláusulas abusivas en contratos hipotecarios no puede perder de vista que en el actual sector de los servicios financieros, donde se inserta dicho contrato de préstamo con garantía hipotecaria, resulta ampliamente sabido que las entidades bancarias aplican un específico modelo de contratación que denominado “contratación en masa”, alejado del tradicional modelo de contratación individual y negociada, con base en la esencial igualdad entre las partes.

Este sistema de contratar se caracteriza por la contratación estandarizada y masiva con los consumidores, por la desigualdad de posiciones nego-

ciales entre las entidades financieras y aquellos, así como por la habitual y sistemática utilización de clausulados integrados por condiciones generales de la contratación. Es por ello que la aplicación de controles (legales y en sede judicial) cada vez más estrictos y exigentes a los contratos celebrados con consumidores y usuarios en el ámbito de la contratación hipotecaria, responde ciertamente a la posibilidad muy real de que las entidades financieras incluyan en los condicionados de los préstamos que "ofrecen e imponen" a sus clientes, cláusulas que, siendo en sí mismas condiciones generales de la contratación (lícito), se configuren a la vez como abusivas (ilícito) en perjuicio de los legítimos intereses jurídicos y económicos del consumidor/prestatario.

Es por tal razón que la obra dedica un apartado al estudio de los requisitos de tales condiciones generales de la contratación, puesto que para que las cláusulas de las hipotecas firmadas por consumidores puedan ser anuladas por abusivas, resulta requisito imprescindible que constituyan condiciones generales de la contratación, esto es, cláusulas contractuales predispuestas, impuestas en tanto que no negociadas, y destinadas a una pluralidad de contratos. De ahí el análisis que dedica a los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

## 3. APROXIMACIÓN A LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES, SU DETECCIÓN Y CONTROL

Una vez apuntalados los conceptos y criterios previos de aplicabilidad del derecho de protección de consumidores al ámbito objeto de estudio en esta obra, el autor procede a analizar la eventual presencia de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores, las circunstancias que determinan su existencia en perjuicio del prestatario (a los efectos de su eventual anulación), así como la exigencia de controles de legalidad y validez aplicables a las cláusulas incluidas en dichos préstamos hipotecarios (los ya identificados como controles de "incorporación" y de "transparencia").

El marco legal de referencia sigue siendo, ante todo, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y el TRLGDCU de 2007, a la par que la normativa sobre condiciones generales de la contratación. Por ello, el autor procede a analizar con acierto los criterios interpretativos que el TJUE y también el TS español establecen en relación con los requisitos o elementos configuradores del concepto de "cláusula abusiva".

Asimismo, resulta imprescindible una referencia detenida a los requisitos esenciales que determinan la existencia de una cláusula abusiva en contratos con consumidores, tal y como se efectúa en la obra. De hecho, con acierto se analizan los siguientes: a) Cláusula o estipulación contractual que no se haya negociado individualmente; b) Cláusula que sea contraria a las exigencias de la buena fe; c) Cláusula que cause en perjuicio o detrimento del consumidor y usuario un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Igualmente, se estudian aquellas otras circunstancias adicionales a valorar para la adecuada apreciación del carácter abusivo de una cláusula

contractual, tales como: a) la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato; b) todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato; c) todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

La correcta apreciación de aquellos requisitos y estas circunstancias es de suma relevancia en sede de protección de consumidores. No en vano el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional.

Llegados a este punto se aborda la espinosa cuestión acerca de los controles de legalidad y validez aplicables a las cláusulas incluidas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores, paso previo para posteriormente profundizar en diversas cláusulas abusivas contractuales que lo son precisamente por vulnerar dichos controles.

Respecto al primero de dichos controles, el control de incorporación o de inclusión, se parte de la legislación aplicable en materia de consumo (artículos 5 y 7 de la LCGC de 1998; y el artículo 5 de la Directiva 93/13), señalando que dicho primer control de incorporación de las condiciones generales se aplica a cualquier cláusula contractual que presente dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no. Este control queda vinculado al estricto cumplimiento por parte de las entidades financieras de la normativa sectorial bancaria sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, esto es, la normativa en materia de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre). Se requiere, en suma, que la redacción del clausulado permita su legibilidad, inteligencia y comprensión gramatical por el consumidor.

Ahora bien, la superación del primer control de inclusión, no implica que no deba la cláusula ser sometida a un segundo control de transparencia (o de contenido), en tutela de los consumidores prestatarios. Este segundo filtro o control de transparencia exige, por un lado, que los contratos con consumidores sean redactados en términos claros y comprensibles, y que el consumidor disponga de la posibilidad efectiva de tener conocimiento ("comprensibilidad real") de todas las cláusulas que vaya a suscribir, sobre todo en cuanto al funcionamiento de las mismas y las consecuencias jurídicas y económicas que se deriven para el consumidor (obligación de información específica y detallada). Por ello, la mención y análisis de los artículos 60 y 80 del TRLGDCU de 2007 resulta apropiada en este punto. El objetivo de este deber de información de las entidades bancarias planea sobre la necesidad de que el consumidor pueda tomar su decisión (de contratar o no) con pleno conocimiento de causa (en base al plus de información recibida del banco), evitando el enmascaramiento u ocultamiento de la verdadera función de ciertas cláusulas de la hipoteca, que a la postre podrían ser anuladas por abusivas (por falta de transparencia y no superación del primer o del segundo control, o de ambos, verificado en sede judicial).

## 4. CRITERIOS QUE PROVOCAN LA ABUSIVIDAD DE CLÁUSULAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

### 4.1. LAS CLÁUSULAS ANALIZADAS

Ciertamente la parte nuclear de la monografía se centra en el completo y exhaustivo estudio de los vigentes criterios legales y jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como europeo, que se aplican para definir y establecer el carácter abusivo de ciertas cláusulas contractuales presentes en los préstamos hipotecarios. En particular, se analiza la cláusula suelo, la cláusula de redondeo de intereses al alza, la cláusula denominada IRPH, la cláusula gastos, la cláusula de intereses de demora, la cláusula de vencimiento anticipado, así como la problemática que afecta a la figura conocida como "hipoteca multidivisa".

### 4.2. CLÁUSULA SUELO

En primer lugar, se refiere a la cláusula suelo del préstamo hipotecario, en principio válidas según la libre autonomía de la voluntad y libertad de pactos, pero que vienen siendo anuladas por abusivas en cuanto adolecen de falta de claridad, de información y de transparencia a la hora de presentarse e incluirse en el contrato con consumidores. Se analiza los parámetros, no únicos ni exclusivos, bajo los cuales puede darse la abusividad en la cláusula suelo por falta de transparencia: a) falta de información clara sobre el objeto principal del contrato al que afecta dicha cláusula; b) insertar de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de estas; c) no haber simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No haber información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad; e) ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. Estos parámetros vienen a provocar, según la jurisprudencia, la falta de comprensibilidad real de la cláusula suelo por el consumidor y su declaración de abusividad.

En cuanto al perjuicio al consumidor, se apunta que estas cláusulas transforman la economía del contrato, convirtiéndolo en préstamo a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician los prestatarios de las bajadas del tipo de referencia, produciéndose de hecho un grave desequilibro en el "real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto".

Finalmente, se apunta que los deberes de información que exige la transparencia en contratos con consumidores no se agotan pese a que se produzca una subrogación a favor del consumidor-adquirente en el préstamo hipotecario inicialmente suscrito por el promotor-vendedor del inmueble. Tampoco se acepta, en modo alguno, la posibilidad de trasladar, por vía de pacto, al consumidor-adherente la obligación de procurarse por sí mismo la información sobre la cláusula suelo, pues tal deber precontractual pesa siempre sobe el predisponente, la entidad bancaria. Tampoco puede librarse el banco de este deber de transparencia, escudándose, en caso de subro-

gación, en que es el vendedor quien debía facilitar la información sobre el préstamo y dicha cláusula en particular.

### 4.3. CLÁUSULA DE REDONDEO

La segunda estipulación que se analiza es la cláusula de redondeo de intereses al alza, que aparece recogida en el artículo 87.5 del TRLGDCU entre las "Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad" "estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios".

Los principales criterios expuestos que determinan su carácter abusivo son: a) el objeto de esta estipulación no es propiamente establecer el precio del contrato, no se encamina a retribuir ninguna prestación, pues nada habrá de recibir el prestatario por abonar ese plus de intereses, el redondeo, siempre al alza, pues podría haberse establecido también a la baja, equilibrando así las posiciones contractuales; b) se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés; c) provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación;

### 4.4. CLÁUSULA IRPH

En tercer lugar, la "cláusula IRPH" alude al pacto relativo al cálculo del tipo de interés variable aplicable referenciado al índice IRPH.

Comienza el estudio de esta cláusula partiendo de la configuración conceptual del índice oficial IRPH aplicable al cálculo del interés variable en préstamos hipotecarios en comparación con el quizá más conocido índice EURIBOR. Sin dudar de su validez intrínseca, en cuanto constituye uno de los índices diseñado por las autoridades financieras del país, publicado por el Banco de España y otros organismos oficiales, cumpliendo así con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, nada obsta a que, en tanto condición general de la contratación, le resulten aplicables el control de incorporación o de inclusión por una parte y el control de transparencia por otra.

En sede de jurisprudencia menor, las Audiencias Provinciales han dictado sentencias distintas y contradictorias al analizar y valorar esta cláusula IRPH. Así se encuentran resoluciones favorables a declarar su abusividad por falta de transparencia, incumplimiento por parte de la entidad prestamista del deber esencial de información hacia el consumidor prestatario, y otras sentencias que ratifican su validez. Por su parte, el criterio sentado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 trata de arrojar luz sobre la materia sobre la que existe contradicción, esto es, el alcance, la extensión o el contenido de esa obligación de información que pesa sobre las entidades bancarias.

Respecto a los criterios exigidos por diversas sentencias de apelación, y que obligaban a la prestamista a (i) explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; (ii) poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos

legalmente previstos; y (iii) ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado, el TS resuelve que dichos requerimientos no eran exigibles, rebajando considerablemente la rigurosidad del alcance del deber de transparencia para los bancos, al menos en este ámbito. En cambio, el Alto Tribunal establece como exigencia el cumplimiento de dos parámetros que la entidad financiera deberá respetar en el marco de la información suministrada al consumidor-prestatario: a) habrá que comprobar si el consumidor era consciente de que la cláusula IRPH configuraba un elemento esencial; b) habrá que determinar si el consumidor fue consciente de la manera en que se calculaba el interés variable.

En suma, basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado.

El criterio ha sido seguido por las sentencias de Audiencia Provincial posteriores a la citada STS de 2017. En todo caso, recuerda el autor que una sola Sentencia del Tribunal Supremo no constituye jurisprudencia firme, pacífica y consolidada acerca del criterio a aplicar por los tribunales inferiores en la presente materia, por lo que habrá que esperar a ulteriores sentencias del TS para verificar si el criterio sentado por la primera resolución queda pacífica y definitivamente sentado o no.

### 4.5. CLÁUSULA DE GASTOS

Otra de las cláusulas que generan abundante litigiosidad en sede judicial es la relativa a los gastos derivados de la operación crediticia de préstamo hipotecario. Se trata tanto de gastos precontractuales como post-contractuales, bien relativos a la perfección del contrato o bien posteriores al nacimiento del préstamo, pero vinculados a su desarrollo y ejecución, hasta la extinción del mismo.

No es infrecuente que el banco impute al consumidor-prestatario la totalidad de gastos de la operación financiera, incluyendo cláusulas generalistas y extensas en el sentido de tratar de incluir expresamente todos los posibles gastos presentes y futuros de la operación, de forma genérica y omnicomprensiva, para luego asignárselos en bloque y sin distinción ni exclusión al prestatario. Este tipo de cláusulas han sido consideradas abusivas y nulas. Cosa distinta será el que, una vez declarada nula la cláusula gastos, haya que dilucidar en cada caso y para cada tipo de gasto, a quién corresponde asumir su coste, al prestamista o al prestatario, cosa que analiza con máximo detalle la obra objeto de resumen.

En cuanto a los “gastos precontractuales derivados de la tasación del inmueble a hipotecar y de la comprobación de su situación registral”, en sede de jurisprudencia de segunda instancia, las soluciones son muy variadas: sentencias que imponen el gasto al prestatario, en cuanto el beneficiario del préstamo es el consumidor, obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, y quien debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera. Otras resoluciones que lo imponen al prestamista supone la transmi-

sión al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponde al empresario, que además interesa a la entidad bancaria para conocer el valor de la garantía real. E incluso una tercera vía que reparte por mitad entre ambos dicho gasto, con fundamento en que resulta igualmente de interés para ambas partes contratantes la tasación inmobiliaria, al objeto del buen fin de la operación financiera. En cambio, nada establece el TS al respecto a la fecha de publicación de la obra, sobre gastos de la contratación de la hipoteca lo hemos conocido posteriormente.

Respecto a los "gastos de documentación pública notarial de la escritura de préstamo hipotecario y gastos de su inscripción en el Registro de la Propiedad", el punto de partida del TS es decretar la abusividad y nulidad del pacto por el que se impone al consumidor "la totalidad" de gastos causados en la notaría por la formalización de la escritura pública del préstamo hipotecario y en el registro de la propiedad por la inscripción de aquella. Y se crítica que la estipulación no plantee una "distribución equitativa" de tales gastos, lo cual sería perfectamente admisible a tenor de la normativa sectorial sobre aranceles del notario y del registrador de la propiedad.

A partir de ahí, el desacuerdo entre las Audiencias Provinciales es manifiesto, y las soluciones son realmente diversas, habiéndolo aclarado con fecha posterior a esta obra el TS. En la obra se alude a las decisiones de algunas Audiencias que cargan a la entidad prestamista la totalidad de gastos de notaría y registro de propiedad, interpretando la regulación sectorial sobre aranceles de unos y otros profesionales, y en base al criterio del interés en dichos trámites, que favorecen a los bancos por diversos motivos (sobre todo por constituirse a su favor la garantía real hipotecaria, con los privilegios que ello conlleva). Otra línea jurisprudencial de apelación, si bien minoritaria, apuesta por imponer la totalidad de dichos gastos al prestatario –el interesado en el otorgamiento de la escritura y su posterior inscripción registral es el prestatario, además de ser el "solicitante" o "instante" de la intervención de tales profesionales–. No faltan algunas sentencias aisladas que han propuesto que los gastos de notaría corran a cargo del prestatario, mientras que los gastos del registro de la propiedad sean costeados por el prestamista. Y otras incluso plantean dividir por mitad entre ambas partes el coste de los aranceles del notario, y por otro lado hacer recaer en su integridad sobre la entidad prestamista el pago del coste de la inscripción registral de la escritura de hipoteca.

Continúa tratando la cuestión de los "impuestos que gravan el préstamo hipotecario", sobre todo en lo relativo al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La cuestión debatida se centra en la atribución al prestatario de cargas tributarias que por ley no le corresponde, y en la interpretación de la legislación fiscal respecto a la determinación del sujeto pasivo de dicho impuesto. El TS en su conocida Sentencia de 23 de diciembre de 2015 establece que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. Y numerosa jurisprudencia de apelación mantuvo luego dicho criterio sentado por el TS, tanto en cuan-

to a la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula gastos –en lo relativo a los impuestos–, como en la atribución a la entidad financiera de la calidad de sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en lo relativo a la constitución del derecho de garantía hipotecaria. No faltaban, sin embargo, otras sentencias de segunda instancia que sostenían que era el prestatario el sujeto pasivo de dicho impuesto, y, por tanto, quien debía asumir su pago, en base en la jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo, sobre todo de la Sala Tercera del TS, la cual apoyaba tal interpretación.

Sin embargo, nuevamente se produce un giro en la doctrina del TS mediante las Sentencias 147 y 148 de 15 marzo de 2018, que ratifican la tendencia jurisprudencial seguida por las Audiencias Provinciales discrepantes con el criterio sentado por la STS de 23 de diciembre de 2015 que venía considerando a la entidad prestamista como sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados, y por tanto única obligada a su pago. Dichas sentencias de 2018, además, fijan diversos criterios y orientaciones para que, en lo sucesivo, el resto de tribunales pueda efectuar una suerte de reparto y asignación entre las partes del pago de dicho impuesto, distinguiendo: a) respecto del derecho de cuota variable, en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta el préstamo, será sujeto pasivo el prestatario; y b) respecto del derecho de cuota fija, por el timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz de los actos jurídicos documentados, se distribuye por mitad el pago del impuesto por este concepto; y en cuanto a las copias autorizadas, será sujeto pasivo a quien las solicite.

Téngase en cuenta que en virtud del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la cuestión interpretativa acerca de la identidad del sujeto pasivo de dicho impuesto ha quedado resuelta por el legislador, al añadir el siguiente párrafo al art. 29 de dicha Ley fiscal: "Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista". Es cierto que, por la fecha de cierre de la edición de la obra comentada, dicha norma no fue tenida en consideración, si bien el resultado final es la vuelta a la doctrina del TS del año 2015, que consideraba a la entidad financiera como sujeto pasivo del impuesto.

Por cuanto afecta a los "gastos de tramitación y gestoría", reina la división de criterios entre la jurisprudencia menor: para algunas resoluciones, estos gastos deben correr a cargo del prestatario, y tratarse de una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios; para otras, los gastos de gestoría y tramitación corren íntegramente a cargo de la entidad prestamista, principal interesada en tramitar la operación ante el Registro de la Propiedad para inscribir a su favor la garantía real hipotecaria; y en fin, otra solución jurisprudencial justifica el reparto por mitad de los gastos de tramitación entre prestamista y prestatario, pues a ambos beneficia la gestión: así, la liquidación y pago del impuesto sobre actos jurídicos documentados incumbe al consumidor –si bien en lo sucesivo ya no, tras la reforma de finales de 2018 arriba comentada–, y la constitución de la hipoteca solo redunda en beneficio del banco prestamista. Ciertamente, la reforma introducida por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre considerando sujeto pasivo

del impuesto de hipoteca al prestamista, incidirá a buen seguro en este otro gasto de tramitación del pago del impuesto, que recaerá igualmente sobre el banco.

Sobre los "gastos para asegurar la conservación y efectividad de la garantía del préstamo hipotecario", la obra cita en primer lugar la normativa del Código civil, hipotecaria y de seguros que exige que los bienes hipotecados estén asegurados contra daños por el valor de tasación del inmueble. Como punto de partida, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como de las Audiencias Provinciales, declaran la validez de la cláusula en cuestión, pues no supone más que la concreción de obligaciones legalmente impuestas al deudor-hipotecario-prestatario. Pero se recogen algunas sentencias que declararon la nulidad de algún inciso o contenido de la mencionada cláusula, por considerarlo desproporcionado y abusivo –nulidad del pacto que impone al prestatario la contratación de un seguro de daños que garantice una suma asegurada por valor superior al legalmente exigido; también resulta desproporcionada la cláusula de gastos relativa al seguro que autorice al banco a la amortización total o parcial del préstamo sobre la indemnización percibida de dicho seguro; y en fin, es también nula la cláusula en cuya virtud se reserva la entidad prestamista una facultad de aceptación o rechazo de la compañía aseguradora escogida por el prestatario para contratar la póliza de seguro–.

También se estudia la cláusula sobre "gastos y costas procesales derivadas del incumplimiento de obligaciones por el prestatario y de la defensa del crédito por la entidad financiera". También en esta sede existe unanimidad de criterio a la hora de declarar la nulidad de dicho tipo de cláusulas, basado en el incumplimiento de normas procesales, pues según dispone en su artículo 1168 el Código civil, "los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor. Respecto de los judiciales, decidirá el tribunal con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Finalmente, se abordan los "gastos de cancelación de la garantía hipotecaria" –otorgamiento de la carta de pago; costes del otorgamiento de la escritura pública de cancelación de la garantía hipotecaria –Notaría, Registro de la Propiedad–; trámites encomendados a gestoría. Ante el silencio del TS, la jurisprudencia de apelación mayoritariamente viene declarando nula dicha cláusula. Incluso algunas resoluciones atribuyen el importe de los gastos de cancelación a la entidad prestamista. En todo caso, los prestatarios deberán de asumir los gastos que les correspondan por disposición legal y que les sean imputables o repercutibles.

### 4.6. CLÁUSULA DE INTERESES DE DEMORA

El principal argumento para declarar la nulidad de las cláusulas sobre intereses de demora se apoya en el carácter desproporcionado de la indemnización que se establece en perjuicio del consumidor, incurriendo así en abusividad.

La desproporción deberá existir entre la indemnización por incumplimiento del consumidor, el tipo de interés de demora aplicado, y el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario –retraso en el pago de las cuotas del préstamo–.

Desde la perspectiva del Derecho nacional español, existen una serie de normas tanto de ámbito general como especial que determinan el interés de demora, y que el autor recoge adecuadamente. Tales disposiciones, en mayor o menor medida, abordan la cuestión de cómo indemnizar proporcionadamente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando asimismo el cumplimiento en plazo, pero sin imponer un interés desproporcionado.

Ciertamente, el criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias que resuelven acerca de la nulidad de la "cláusula de intereses de demora" aplicable en contratos de préstamo hipotecario, resulta en la actualidad pacífico y uniforme. Dicho criterio es el siguiente: se considera abusivo el interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Se trata del mismo criterio establecido previamente para el caso de préstamos personales sin garantía real en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, que ahora el TS extiende al supuesto de los préstamos hipotecarios.

La aplicación de dicho criterio evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia. La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia.

### 4.7. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Como regla de principio, no parece existir ningún inconveniente para conceder validez al acuerdo sobre el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, según el principio de libertad de pactos y a la autonomía privada de la voluntad –art. 1255 del Código Civil–.

La jurisprudencia del Alto Tribunal respalda igualmente la esencial validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en general y en los préstamos hipotecarios en particular, eso sí, siempre que se ajusten a diversos parámetros de legalidad y de proporcionalidad en cuanto a su ejercicio.

El autor recoge los parámetros de licitud del ejercicio de dicha cláusula, previstos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 1. La cláusula debe sustentarse en la libertad de pactos prevista en el artículo 1255 del Código Civil; 2. La cláusula debe determinar claramente los supuestos que podrán dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo; 3. No puede quedar al mero arbitrio del prestamista ni la fijación de las causas que dan lugar al vencimiento anticipado, ni la apreciación de la concurrencia de las circunstancias que las materialicen, contraviniendo lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil; 4. Para el ejercicio de la facultad que otorga la cláusula de vencimiento anticipado debe concurrir justa causa, que se concreta en una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones esenciales del prestatario, entre las que se incluye el incumplimiento de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo; 5. No resulta admisi-

ble activar el efecto del vencimiento anticipado en caso de incumplimientos irrelevantes por parte del prestatario; 6. No es lícito el ejercicio desproporcionado y no equitativo de la cláusula de vencimiento anticipado en perjuicio del prestatario.

Además, partiendo del análisis de la jurisprudencia del TJUE, se señala que el TS exige a los tribunales inferiores que deben valorar en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado en función de diversos criterios, a saber: esencialidad de la obligación incumplida; gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo; y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Aparte de la referencia a los criterios generales, la obra también analiza y recoge una serie de casos específicos donde se aprecia la abusividad en el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado de la deuda por parte de la entidad prestamista. Los casos citados son: 1. Incumplimiento de la obligación de pago de un plazo de amortización del préstamo –el reformado artículo 693.2 de la LEC ha ampliado el número de plazos de amortización del préstamo impagados, de uno pasa a tres, para poder procederse al vencimiento anticipado de la deuda; 2. Embargo de bienes del prestatario o disminución de su solvencia –supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más por cuanto ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías–; 3. Incumplimiento de prestaciones accesorias –resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria–; 4. Denegación de la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad –la causa de la no inscripción pudo y debió haberla comprobado la entidad antes de la concesión del préstamo, lo que impide que se penalice a la otra parte contratante–.

### 4.8. CLÁUSULA SOBRE DENOMINACIÓN DEL PRÉSTAMO EN MONEDA EXTRANJERA. LA HIPOTECA MULTIDIVISA

Como apunta el TS, se trata de un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor. Su especialidad radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario –STS de 30 de junio de 2015–. Ahora bien, los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, pues al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda.

La obra analiza, por un lado, los criterios interpretativos que facilita el TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales para que estos efectúen el control de transparencia sobre la específica cláusula de denominación del préstamo en divisa extranjera, y por otro lado, la forma en que dichos órganos han aplicado tales criterios en España. La clave vuelve a situarse de nuevo sobre el deber de información de las entidades financieras al consumidor, y la necesidad de que tal información fructifique en la comprensibilidad real por parte del consumidor acerca del funcionamiento de la cláusula en cuestión y sus consecuencias en el desarrollo de la dinámica del préstamo hipotecario.

Así, el TS de 15 de noviembre de 2017 determina que la obligación de información de la entidad financiera –información que fue omitida– debió comprender toda una serie de riesgos que conllevaba la específica modalidad de préstamo contratado por los prestatarios, entre ellos que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro puedan provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo con riesgo para afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa; que la fluctuación de la divisa suponga un recálculo constante del capital prestado; que el riesgo entrañe la facultad del banco prestamista de resolver anticipadamente el préstamo y se exija el pago del capital pendiente de amortizar, en algunos supuestos vinculados a la fluctuación de la divisa.

## 5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE ABUSIVIDAD DE DETERMINADAS CLÁUSULAS INCLUIDAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Finalmente, el último capítulo de la obra recoge y analiza los efectos de la declaración judicial de abusividad de diversas cláusulas –nulidad absoluta; imposibilidad de modificación o integración del contrato; subsistencia del préstamo hipotecario; cese en el uso de cláusulas abusivas; restitución de cantidades indebidamente cobradas al prestatario-consumidor; continuación o sobreseimiento de la ejecución hipotecaria tras ser anulada la cláusula de vencimiento anticipado de la deuda–.

### 5.1. EL DEBER DE APRECIACIÓN JUDICIAL DE OFICIO DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN Y OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA FUNDADA EN EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL

Según dispone el TJUE, el juez nacional, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios, debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 para, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, así como impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva. El TS acoge plenamente esta doctrina.

También se analiza la jurisprudencia comunitaria que ha provocado cambios legislativos en la normativa procesal civil, para beneficiar el derecho de defensa del consumidor en procedimientos de ejecución hipotecaria, así a conocida STJUE de 14 de marzo de 2013 Caso Aziz. De hecho, ahora ya se permite al ejecutado plantear su oposición a la ejecución hipotecaria sobre la base "del carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible".

### 5.2. EFECTO NO VINCULANTE PARA EL CONSUMIDOR DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: NULIDAD ABSOLUTA

A este respecto el autor se centra en el objetivo esencial que es reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Por tanto, como expresa, los jueces nacionales están obligados pura y simplemente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en el sentido de entender que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, con el consiguiente restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula (TJUE).

Recoge el autor seguidamente la vigente normativa de consumo en España en cuanto a la nulidad e ineficacia de las cláusulas abusivas, prevista en la LCGC de 1998 y en el TRLGDCU de 2007. De ella se desprende que la declaración de abusividad de una cláusula contractual inserta en negocios celebrados con consumidores, sea o no condición general de la contratación, traerá consigo el efecto de la nulidad absoluta de dicha cláusula –nulidad parcial–, permaneciendo en vigor y con validez el resto del contrato, esto es, siempre y cuando, pese a su supresión, el contrato pueda subsistir. Ahora bien, la nulidad de dicha cláusula podría conducir a la nulidad total del contrato si este viera comprometida la subsistencia del negocio, sobre todo cuando la cláusula anulada constituyera o afectara a un elemento esencial del mismo –nulidad total del contrato–.

El Tribunal Supremo español se ha hecho eco de la doctrina jurisprudencial comunitaria sobre la no vinculación de las cláusulas abusivas a los consumidores, acogiéndola plenamente en sucesivas resoluciones que analiza la obra ampliamente.

### 5.3. LA IMPOSIBILIDAD DE MODIFICAR O INTEGRAR EL CONTENIDO DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA

Cuando el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor dicho juez en modo alguno podrá modificar el contenido de la cláusula abusiva, sino que habrá de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor. En caso contrario, conceder al juez una facultad de modificación de la cláusula, im-

pediría eliminar el efecto disuasorio sobre los profesionales para que dejen de utilizar cláusulas abusivas –TJUE–.

Esta doctrina comunitaria nuevamente ha provocado modificaciones en la legislación española de consumo, concretamente en el TRLGDCU que sí concedía al juez la facultad de integración de las cláusulas abusivas, permitiéndole moderar los derechos y obligaciones de las partes. Ahora ya no se incluye dicha facultad, y simplemente la cláusula abusiva "se tendrá por no puesta" (art. 83 TRLGDCU).

El TS veda la posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, al haber sido declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, explicación sobre la que la obra profundiza.

### 5.4. SUBSISTENCIA DEL CONTRATO TRAS LA SUPRESIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA. EVENTUAL SUSTITUCIÓN DE DICHA CLÁUSULA POR UNA DISPOSICIÓN SUPLETORIA DE DERECHO NACIONAL.

Como regla general, la legislación y la jurisprudencia comunitaria abogan por la subsistencia del contrato celebrado con el consumidor –en aplicación del principio *favor negotii*– una vez expulsada del negocio la cláusula o cláusulas declaradas nulas.

Ahora bien, la declaración de nulidad absoluta de ciertas cláusulas perjudiciales para el consumidor, como se explica, obliga al juez nacional a efectuar un segundo examen relativo a la incidencia de tal nulidad, inicialmente parcial, en el conjunto orgánico del contrato, para determinar si este puede ser mantenido en vigor. Es aquí donde, como excepción, podría darse la consecuencia de tener que anular la totalidad del contrato por imposibilidad de subsistencia del mismo tras la expurgación de las cláusulas abusivas. Y también para esta segunda situación el TJUE ofrece una posible salida airosa, en beneficio de la continuidad del contrato. Se trataría del supuesto en que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no pudiera subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, pero, sin embargo, existiera una normativa nacional que permitiera al juez subsanar la nulidad de la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional.

Ahora bien, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor, de ese modo, a consecuencias de tal índole que representaran para él una penalización.

Esta misma solución es la que sigue la STS de 22 de abril de 2015, entre otras. Ciertamente, cabe una integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, solo cuando fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. Pero en los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado.

De modo particular, el TS considera que la nulidad de ciertas cláusulas del préstamo hipotecario –así la cláusula suelo; la cláusula sobre los gastos

derivados de la constitución del préstamo hipotecario; la cláusula sobre intereses de demora; o la cláusula relativa a la denominación del préstamo en moneda extranjera–, no debe conducir a la nulidad total del contrato que puede y debe subsistir sin ellas.

### 5.5. EL CESE EN EL USO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Constituye un principio esencial en esta materia la adopción a nivel interno de todas aquellas medidas que resulten necesarias y efectivas para detener la utilización ilícita de cláusulas abusivas por parte de los empresarios y profesionales en los contratos que celebren con consumidores y usuarios. Se analiza aquí la acción de cesación, a disposición de los particulares y de las organizaciones representativas de intereses colectivos de consumidores y usuarios, y regulada en la legislación nacional de consumo.

En el marco de acciones individuales, implica un efecto inmediato: el cese del uso de la cláusula declarada nula en el contrato específico objeto del litigio –obligación positiva o de hacer–; al que se suma un segundo efecto diferido en el tiempo: prohibir a la entidad financiera la posibilidad de utilizar dicha cláusula abusiva en el futuro, en posteriores contratos de préstamo hipotecario que se pudieran celebrar –obligación negativa o de no hacer–.

Pero cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas de cesación, el autor profundiza en ciertas precisiones, sobre todo por cuanto afecta al alcance de la nulidad de determinadas cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario, como por ejemplo las cláusulas suelo –el cese en el uso de cláusulas suelo abusivas afectará a cualquier contrato de préstamo hipotecario que incluya una cláusula suelo cuya redacción sea plenamente coincidente con las cláusulas declaradas nulas en dicho proceso–.

### 5.6. EL EFECTO RESTITUTORIO DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS AL CONSUMIDOR PRESTATARIO POR APLICACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: SU ALCANCE TEMPORAL

Tratándose de negocios jurídicos patrimoniales como el préstamo hipotecario, donde se producen desembolsos periódicos por una de las partes, procede la íntegra restitución al prestatario *restitutio in integrum*– de todas las cantidades que indebidamente hubiera abonado a la entidad financiera, para de esa forma proceder a la eliminación de los efectos económicos perjudiciales derivados de la aplicación de una cláusula abusiva y a la postre nula. Este efecto viene previsto tanto en la normativa general del Código Civil como en la especial de consumo, como bien señala la obra.

Asimismo, respecto al alcance en el tiempo de la declaración de nulidad del contrato o de cierta cláusula, también es regla general la retroacción de los efectos de dicha declaración al momento de la celebración del contrato –eficacia *ex tunc*–.

En el caso de la restitución de cantidades indebidamente pagadas por aplicación de la “cláusula suelo” declarada abusiva, la aplicación retroactiva del efecto restitutorio fue puesta en entredicho. En efecto, la conocida STS

de 9 de mayo de 2013 aplicó el criterio de la irretroactividad de los efectos de la nulidad, limitando la restitución que debía efectuar la entidad bancaria únicamente a los pagos realizados por el prestatario a partir de la fecha de la propia sentencia, y no a los pagos ya abonados con fecha anterior. Apuntala su decisión el TS en diversos argumentos bien recogidos y analizados por la obra.

Pero la jurisprudencia comunitaria ha procedido a desautorizar de plano la decisión inicialmente adoptada a nivel nacional por la citada STS de 9 de mayo de 2013 (así la STJUE de 21 de diciembre de 2016 –Caso Gutiérrez Naranjo–, echando por tierra el criterio de la irretroactividad del efecto restitutorio aplicable a la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

A partir del varapalo de la justicia europea, la STS de 24 de febrero de 2017 –y toda la jurisprudencia posterior que le sigue– rectificó su criterio, señalando que, en los casos de nulidad, conforme al art. 1303 CC, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles.

Y en cuanto a la "cláusula de redondeo de intereses al alza", explica cómo el TS declara la inmediata inaplicación de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés incluida en el contrato de préstamo concertado a las cuotas pendientes de pago. Asimismo, habrá que recalcular las cuotas correspondientes a la restitución del importe del préstamo que ya hayan sido satisfechas, desde la fecha de la primera revisión hasta la última cuota abonada, aplicando el tipo de interés de referencia pactado en cada momento y, en su caso, el diferencial pactado sin redondeo.

Respecto a la "cláusula IRPH", se exponen las sentencias que en apelación la declararon nula por abusiva, consideraron razonable sustituir dicho índice por el EURIBOR, así como efectuar un recálculo de las cuotas de amortización, de forma que se reintegrara al prestatario la diferencia entre lo pagado por aplicación del índice IRPH más el diferencial y lo que se habría pagado de aplicarse el EURIBOR más el mismo diferencial pactado.

La misma doctrina sobre la retroactividad de los efectos restitutorios respecto a la cláusula suelo se exponen como aplicable a estas otras cláusulas. Así, la restitución se retrotraerá hasta la fecha de celebración del contrato, incluyendo la totalidad de cuotas pagadas desde su firma.

Otra de las cláusulas que ha sido objeto de amplio análisis en esta obra es la denominada "cláusula gastos", de cuya anulación por abusiva también se desprende el efecto restitutorio del que venimos hablando, sobre todo la *restitutio* de los pagos indebidamente costeados por el consumidor/prestatario –así, que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional; lo mismo sucede con los gastos de notaría, registro, gestoría...–. El fundamento sería el nacimiento de un derecho indemnizatorio que asiste al prestatario frente al banco o en la proscripción del enriquecimiento injusto. Además y finalmente, a la condena a la devolución o reintegro por la entidad prestamista de las cantidades indebidamente pagadas por el prestatario se suma la condena al pago del interés legal del dinero aplicable a dichas cantidades.

Continuando con la "cláusula sobre intereses de demora", la obra describe dos posibles situaciones. Por una parte, los supuestos en que fuera objeto de declaración de nulidad una cláusula de intereses de demora que

no haya tenido ocasión de ser aplicada, en cuyo caso, la nulidad no puede traer consigo, en la práctica, la restitución de cantidades en concepto de intereses de demora, pues estos nunca habrían sido devengados por el banco ni abonados por el consumidor. Y por otra parte, las situaciones en que se declare la nulidad de una cláusula de intereses moratorios que sí haya sido aplicada efectivamente a un determinado prestatario, habiendo este tenido que pagar ciertas cantidades por tal concepto. En tales casos, la nulidad llevará aparejada la condena a la entidad financiera a devolver al prestatario la totalidad de cantidades cobradas en concepto de intereses moratorios, con los intereses legales que proceda.

### 5.7. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO: CONTINUACIÓN O SOBRESEIMIENTO DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Ante el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del prestatario, las entidades financieras pueden aplicar el efecto del vencimiento anticipado de la deuda, y con ello iniciar el procedimiento especial de ejecución de la garantía hipotecaria, a fin de cobrar la deuda pendiente.

Por su parte, el prestatario-ejecutado tiene a su alcance la posibilidad de plantear al juez, en el marco de dicho procedimiento de ejecución hipotecaria, la solicitud de declaración de nulidad por abusiva de la propia cláusula de vencimiento anticipado que hubiera propiciado la ejecución de la deuda.

Así, precisamente en el supuesto de que el juez estimara la petición del consumidor afectado por la ejecución, y declarase la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, en la obra se analizan las dudas planteadas sobre las consecuencias de naturaleza procesal que dicha situación ocasionará respecto del procedimiento ejecutivo en marcha. Por ello, compete al juez –se afirma– determinar si procede la continuación o no del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien si debe dictar auto de sobreseimiento de la ejecución, remitiendo el asunto para su enjuiciamiento y fallo al procedimiento declarativo ordinario que corresponda.

El criterio sentado por el Tribunal Supremo permite a las entidades financieras bien iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria o bien continuar la ejecución ya iniciada, habida cuenta de las indudables ventajas que dicho proceso especial supone para el consumidor, especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes de la LEC, que no resultarían aplicables en el juicio declarativo. Así, se considera que habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 693.2 de la LEC, que avala la continuación de todos aquellos procesos de ejecución hipotecaria, aun en el caso de que se declare la cláusula como abusiva. El TS no estima adecuado ni beneficioso para el prestatario aplicar un criterio que obligase a los prestamistas a acudir directamente a la vía declarativa, cegando con ello la vía ejecutiva especial.

Para terminar, hay que destacar también la utilidad de la parte final de la obra, donde de forma sistemática, cronológica y ordenada por bloques temáticos, se enumera la jurisprudencia más reciente y destacada que se

analiza en el cuerpo del libro. Resulta de especial interés y ayuda la citada recopilación jurisprudencial, pues facilita la consulta de las resoluciones por temas. Así tanto el concepto de consumidor y los requisitos de las cláusulas abusivas, o los bloques individuales de cláusulas abusivas en la hipoteca, y en fin los efectos de la declaración de abusividad, son temas adecuadamente tratados con el abundante y actualizado soporte de jurisprudencia. Igualmente resulta destacable la bibliografía por las aportaciones doctrinales más recientes y especializadas de carácter nacional.

Por todo ello, nos hallamos ante una obra científica del máximo interés académico y práctico, no solo por la temática tratada, de plena actualidad y en constante evolución, sino por el sistema y la metodología aplicada por el autor a la hora de abordar cada uno de los temas y epígrafes que integran el libro. A ello se suma el valor añadido de tratarse de una publicación vinculada a un Proyecto de Investigación Nacional de I+D relativo a "Los consumidores en la vivienda colaborativa" –2017-2019–.

En efecto, la conjunción del análisis legislativo, jurisprudencial y doctrinal de la materia aporta al lector y al estudioso una valiosa información, así como diversas claves y soluciones prácticas al problema inveterado de las cláusulas abusivas que afectan a los préstamos hipotecarios. Así, la obra resulta de un enorme interés para un amplio espectro de público potencialmente interesado que lo convierten en una obra de obligada lectura.

# LA PARTICIÓN CONVENCIONAL
## de Manuel Espejo Lerdo de Tejada

**Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez**
Notario Honorario del Colegio Notarial de Madrid

Manuel Espejo Lerdo de Tejada acaba de publicar una importante monografía sobre la partición convencional, editada por la *Biblioteca de Derecho Privado* de Ediciones Olejnik. Es un trabajo profundo y detallado en el que examina esta forma de partición con base doctrinal y jurisprudencial, pero desde un punto de vista eminentemente práctico. Reconoce que, siendo tributario del pensamiento de Vallet de Goytisilo, sistematiza el tratamiento actual doctrinal y jurisprudencial de los problemas que suscita esta clase de partición, llenando una laguna al ser pocos los estudios monográficos que la han abordado hasta ahora. Por ello, estimo que se va a convertir en una obra imprescindible para aquellos juristas que en sus despachos tienen que enfrentarse con la tantas veces complicadas particiones hereditarias. Los notarios agradecerán encontrar en ella respuestas a muchas de las dudas que este negocio jurídico les plantea. En estas líneas pretendemos hacer un resumen de esta obra, que necesariamente será incompleto, pero que me daré por satisfecho si sirve para interesar al lector en su estudio.

En la primera parte el autor trata del c**oncepto y contenido de la partición convencional** considerándola como un contrato plurilateral (cfr. art. 1058 CC), mediante el cual se pone fin a la comunidad hereditaria, a través de la adjudicación a cada partícipe de la propiedad exclusiva de bienes concretos y determinados de la herencia (cfr. art. 1068 CC), lo que se hace en una cuantía proporcional a las respectivas cuotas de participación en la comunidad (cfr. art. 1074 CC); o mediante la atribución del exceso en metálico cuando la división *in natura* resulte imposible (cfr. art. 1062 CC). Destaca como, si bien, el Código Civil carece de reglas específicas sobre la estructura interna de la partición, existe una práctica que da en seguir la estructura diseñada en las normas procesales relativas a la división judicial de la herencia (arts. 782 y ss. LEC), aunque desde el punto de vista sustantivo, nada obliga a que la partición convencional siga esas reglas. A nuestro juicio, es importante este matiz, sobre todo porque en algunas sentencias y resoluciones de la DGRN para distinguir entre las normas particionales y la partición propiamente dicha ordenada por el testador, se considera que solo existe ésta cuando contenga todas las operaciones particionales, considerando tales las que siguen las reglas referidas, extremo del que disiento,

porque sustantivamente, como dice ESPEJO, no existe obligación alguna de seguirlas.

Para nosotros es también reconfortante en estos comienzos la afirmación que si bien es habitual que la partición comprenda la liquidación de las deudas ello no es imprescindible y que en realidad sería posible que la partición no venga acompañada de liquidación, sino que las deudas subsistan, porque así lo muestra el art. 1082 CC que reconoce que la partición puede llevarse a efecto si los herederos dan garantía de pago a los acreedores, o, incluso si no dan esa garantía porque los acreedores no la solicitan. Estamos totalmente de acuerdo con esa afirmación y de esa forma nos apartamos del aforismo usado en algunas ocasiones para llegar a conclusiones discutibles: "Primero es pagar que heredar".

Hace un estudio Manuel ESPEJO de la causa del contrato particional, señalando como si bien la existencia de un acuerdo particional tiene una sustantividad causal propia, no se puede obviar, sin embargo, que las operaciones de inventario, valoración y liquidación de deudas, todas en su conjunto o cada una de ellas, pueden responder a causas diversas, no siempre puramente particionales, pero que cuando nos enfrentamos a una partición convencional, la causa particional experimenta una expansión que se extiende sobre todo lo acordado, por lo que si una determinada operación realizada en el contrato se la pretendiera sustraer del régimen de la partición, debería demostrarse que su causa es otra diferente a la particional. Esta prueba, de realizarse, permitiría que el acto escapara de las normas de la partición y se le aplicaran las relativas al contrato de que se tratara.

Entre las operaciones particionales se encuentra la colación, cuya omisión no impide, a su juicio, llevar a cabo la partición. El olvidado artículo 1050 del CC da base para ello. Este artículo, como olvidado lo transcribimos: "Si entre los coherederos surgiere contienda sobre la obligación de colacionar o sobre los objetos que han de traerse a colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza". El precepto, como él dice, no es muy operativo, pues si los herederos se ponen de acuerdo sobre la fianza, seguramente se pondrían de acuerdo antes sobre la colación. De aquí que recomienda buscar soluciones más prácticas.

La voluntad de los herederos mayores de edad para hacer la partición es defendida por el autor en sus varias manifestaciones, así para realizar una partición parcial en sentido subjetivo, solo con uno o algunos herederos que saldrán por ello de la comunidad hereditaria, como en sentido objetivo, respecto algunos bienes de la herencia, permaneciendo la comunidad hereditaria respecto a los demás. Ahora bien, nos dice ESPEJO, lo que ninguna norma vigente permite es que esa división parcial pueda ser impuesta o exigida por cualquiera de los partícipes; puede ser acordada, pero no es posible reclamar por los coherederos que se realice una partición incompleta.

En esta línea de respetar la voluntad de los herederos trata el autor en profundidad de un tema delicado que es el de la libertad dispositiva en esta clase de partición convencional. Cita la jurisprudencia consolidada en la materia que se pronuncia en el sentido de que en el mismo acto particional se pueden incluir actos muy diversos, incluso de disposición, o prescindir de acreditar el régimen matrimonial del causante; separarse de lo dispuesto por el causante en su testamento, renunciar a los derechos concedidos, cederlos a otros coherederos, modificar las cuotas o ejecutar un testamen-

to revocado; y también prescindir de las consecuencias de determinadas normas legales que son imperativas para la voluntad del testador, pero dispositivas para los coherederos, como pudiera ser modificar los modos o tiempos previstos para la conmutación del usufructo vidual. Todo ello claro, en la medida en que los partícipes no tengan que respetar los derechos de terceros otorgados por el testador. Ocurre, sigue diciendo, que es necesario calificar con precisión jurídica todos estos pactos que pueden ser algo más que una pura y simple partición y esta calificación puede ser esencial para la determinación de las reglas aplicables al contrato, no solamente las civiles (muy en particular las normas acerca de la ineficacia o eficacia de la partición: ténganse presente, por ejemplo, las que regulan la rescisión por lesión y el saneamiento), sino también, las que afectan a terceros (rescisión por fraude de acreedores), o, por último, las normas fiscales.

Dentro de esas facultades de los herederos contempla que podrá realizarse la partición sin necesidad de ajustarse a las normas de los arts. 1061 y 1062 CC. Estamos de acuerdo en ello, pero lo que no vemos claro es la afirmación de que ello jugará entre los coherederos, pero en cambio, en cuanto a los terceros, si inaplicar dichas normas afecta a los derechos de los acreedores, de la Hacienda pública, etc., no se podrá admitir. Efectivamente estos artículos están imponiendo hacer lotes semejantes, pero del hecho que no lo sean, si respetan las cuotas ordenadas por el testador y responden a una valoración real de los mismos, no vemos razón para que los terceros consideren lesionados sus intereses.

Se reconoce que la autonomía de la voluntad particional, tiene en ocasiones límites, que existen normas imperativas que pueden ser aplicables a cada caso, muy especialmente lo relativo al consentimiento, la capacidad y los requisitos adicionales de asistencia o apoyo a la persona que tiene modificada su capacidad y que resulten exigibles. En esta línea, cuando se realicen actos que superen lo puramente particional, habrá que tener en cuenta la posible existencia de unos requisitos de consentimiento superiores a los que normalmente se requieren para efectuar la partición, porque podemos estar ante actos dispositivos para los que no se encuentran legitimados los representantes, legales o voluntarios, de determinados coherederos. La cuestión se plantea, naturalmente, cuando son los titulares de la patria potestad los que consienten en representación de sus hijos menores de edad; y, entonces, a su juicio, es conveniente recabar la autorización judicial; pensamos, no obstante, que será necesario dicha autorización cuando dicho acto sea alguno de los relacionados en el artículo 166 del CC, pero no en otros casos.

Se contempla como, a veces, en la partición convencional pueden los coherederos resolver entre sí alguna controversia: en ese sentido, se dice con razón que la partición puede tener causa transaccional, como ha sostenido la doctrina, la jurisprudencia y la doctrina registral. Si constara, añade el autor, que ciertamente ha existido transacción, lógicamente es imposible que se pueda aceptar la rescisión de la misma: “si por la transacción se evita o soluciona el pleito que el ejercicio de la acción rescisoria supone (...), ¿qué razón podrá alegarse para no reconocer efectos a un pacto de armonía y conciliación entre los copartícipes hereditarios, pacto que evita las perturbaciones consiguientes a la rescisión y que logra la quietud y satisfacción de los interesados? (...) ¿será posible entablar con fruto la acción rescisoria

cuando, según el art. 1816, la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada?". Se debe estar de acuerdo en que la rescisión por lesión de un acto de esa naturaleza no puede estar dentro de las previsiones del Código. No obstante, a veces, puede ser difícil valorar si estamos o no ante una transacción en el supuesto que tenemos por delante.

La segunda parte trata de **la partición convencional como culminación del proceso sucesorio**. Partiendo del principio general, recogido en el artículo 1058, que los herederos mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, llega a la conclusión que ello debería ocurrir incluso cuando la partición la haya realizado el testador o designado por éste contador partidor. La razón que le parece justificar esta tesis es que siendo la partición por el testador y por comisario dos mecanismos particionales dirigidos a evitar los desacuerdos y litigios entre los coherederos, es sensato entender que cuando éstos llegan a convenir apartarse de lo previsto por el testador, o prescinden de la actuación del contador-partidor, la finalidad preventiva que pretendía el testador se ha logrado y resultaría inútil y dilatorio impedir que los herederos lleguen a un acuerdo que, de todos modos, podrían concretar más tarde, pero con mayores costes fiscales y de todo tipo.

Al analizar la partición en la que los herederos prescinden de la hecha por el testador cita alguna jurisprudencia que, a nuestro juicio, no deja claro si estamos o no ante un negocios dispositivo entre los herederos distinto del particional propiamente dicho, en el sentido que efectivamente en virtud de la autonomía de la voluntad los herederos pueden pactar lo que tenga por conveniente, pero quizás como acto posterior, aunque se haga en el mismo documento, de haber adquirido los bienes hereditarios como consecuencia de la aceptación de la herencia y de la partición ordenada por el testador.

Espejo considera perfectamente posible que los coherederos realicen una verdadera partición convencional apartándose de lo previsto particionalmente por el causante (no se podrán apartar de las cuotas de institución, pues si se apartan de ellas habrá cesiones de las mismas, no partición). Ello se debe entender justificado teniendo en cuenta las limitaciones intrínsecas que la partición por el testador puede presentar (valoraciones de bienes hechas con anterioridad a la muerte, carácter dinámico de su patrimonio, modificación de las circunstancias personales de los herederos, etc.), y las necesidades específicas de los coherederos que pueden preferir unánimemente modificar las adjudicaciones realizadas por el testador. Pero qué sea en cada caso un negocio que las partes llamen de partición convencional y que se aparte de la ordenada por el testador es algo que no se puede responder con una regla general; no es descartable que se trate de otro tipo de negocio o que incluya alguna previsión que no sea simplemente particional sino que encubra un acto de disposición o de renuncia de derechos por parte de los coherederos.

Nosotros no vemos claro esta posibilidad de que los herederos realicen una verdadera partición apartándose de la ordenada por el testador y ello porque si el testador hizo la partición no hay nada que partir porque no existe comunidad hereditaria. El artículo 1068 del CC dispone como la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de

los bienes que le hayan sido adjudicados y la hecha por el testador es una partición legalmente hecha. De otro lado, el testamento es ley máxima de la sucesión, salvo respeto a las legítimas y si cambiaron las circunstancias que le llevó al testador a hacer una determinada partición la puede modificar hasta el momento de su muerte, incluso mediante actos intervivos. La práctica nos ha enseñado que, a veces, el testador mediante estas particiones pretende defender a los herederos más débiles de carácter.

En esta línea favorecedora de la autonomía de la voluntad de los herederos se aborda el supuesto permitido por el Código Civil de que el testador prohíba expresamente la división. A su juicio, lo que nunca puede resultar limitado por una simple prohibición del testador es la facultad de los coherederos de practicar de forma unánime la partición, aunque sea antes del tiempo previsto por el testador. Nosotros partiendo de la voluntad del testador no estamos seguros que esa prohibición, siempre que no grave la legítima, lo sea por un plazo determinado y responda a un interés legítimo, puedan vulnerarla los herederos. Lo que sí admite el autor y estudia despacio es que el testador pueda retrasar la producción del efecto propio de la partición (cfr. art. 1068 CC) mediante expedientes que supongan instaurar una situación de provisionalidad sobre el patrimonio hereditario, mediante las condiciones, o que instauren un régimen peculiar sobre el mismo, como la sustitución fideicomisaria o el llamamiento a un usufructo universal. No obstante, a su juicio, el acuerdo entre los herederos de no practicar la partición con las limitaciones temporales del art. 400 CC es válido.

Admite también la posibilidad de que todos los herederos de común acuerdo puedan prescindir del contador partidor lo que hoy se puede considerar como una práctica común, con la limitación que advierte el autor que el testador lo hubiese prohibido. Pero una cosa es prescindir del contador partidor y otra de la partición ya hecha por éste, pues en este segundo caso, a nuestro juicio, no estaremos ante una partición sino ante un negocio dispositivo diferente.

De gran interés nos parece el tratamiento que hace de los casos en que cabe plantearse la suspensión de la partición o de su efectividad. El embarazo de la viuda es el supuesto paradigmático, pero aborda otros no previstos expresamente por el legislador, pero en los que podría aplicarse la analogía, como la convivencia no matrimonial del causante, el ejercicio contra los coherederos de alguna acción de filiación cuyo resultado pueda afectar a la sucesión abierta, aumentando o disminuyendo el número de sucesores; y la institución en el testamento de una fundación todavía no constituida.

Respecto al ejercicio de las acciones de filiación con gran acopio de argumentos llega a la conclusión que el inicio de una acción de filiación que pueda afectar al patrimonio de una o varias herencias, no es razón bastante para impedir la partición, o comprometer de otro modo la gestión y administración del patrimonio hereditario. A su juicio, el art. 966 CC no consiente ser aplicado generalizadamente fuera de su ámbito propio. Será la autoridad judicial, en el marco de un procedimiento, quien podrá adoptar medidas cautelares parecidas a las reguladas en el mismo, si ello procediera en aplicación de la legislación procesal.

No cabe duda de la posibilidad que tiene el causante de realizar la partición mediante un acto de carácter unilateral, y no testamentario. En ese

caso se pregunta el autor si ¿es o no posible la intervención en ese acto de los futuros herederos? Si se admitiera, ¿estaríamos ante una partición unilateral o contractual? Ello puede tener mucha relevancia, por ejemplo, a efectos de si se le puede aplicar la rescisión por lesión (cfr. art. 1075 CC). Otra cuestión de interés sería la de los actos con función muy próxima a la particional, pero que presentan forma y efectos *inter vivos*. Asimismo nos podríamos preguntar si los futuros herederos pueden válidamente convenir, antes de la muerte del causante, la partición de sus bienes.

Como es bien sabido, los artículos 658 y 1271 CC aparentemente cierran el paso a los contratos sucesorios, aunque sea criticado por sectores doctrinales. No obstante, el artículo 1271 resulta difícil de interpretar al remitirse al artículo 1056 en el que se regularía un contrato de división del caudal hereditario. Destaca el autor como la posibilidad de un contrato de partición parecería clara a partir de los textos legales, pero no resulta tanto cuáles debían ser sus efectos, pues cualquiera de las construcciones doctrinales ofrece puntos débiles. Por ello, a la vista de esos problemas, los antecedentes históricos del art. 1271 CC permitirían apreciar que en la aparición de nuestros preceptos están involucradas tres figuras diferentes: la partición hecha por el causante, con la intervención de los herederos, aunque esta última no dotara a la partición de carácter irrevocable; las donaciones *intervivos* con función de reparto, éstas sí irrevocables como tales donaciones; y los pactos entre los propios herederos, irrevocables de suyo para ellos, y cuyo contenido fuera establecer anticipadamente las reglas de la partición de una herencia que se espera recibir en el futuro.

Respecto a la intervención de los herederos en la partición hecha por el testador considera que puede tener algunas consecuencias importantes: 1º. Podría suplir la falta de testamento que se considera por muchos autores básica para que el causante pueda hacer la partición. 2º. Podría solucionar también el delicado tema de la discrepancia cuantitativa entre la cuota de institución y el valor de los bienes que el testador asigne en la partición como pago de dicha cuota. En esta materia se hace un estudio completo y de gran interés doctrinal y jurisprudencial de los distintos aspectos que el tema plantea.

Al examinar la aplicación del artículo 1079 del CC en lo relativo a la adición a la partición por omisión de algunos bienes o valores recuerda como García Goyena, comentando la norma similar del Proyecto de 1851, decía que si la omisión se debía a dolo o fraude de algunos de los partícipes, quedaba excluida la aplicación del precepto, y procedía la nulidad de la partición, lo que ha recogido algunas sentencias del TS, porque la justificación de la norma existe solamente en los casos de actos de buena fe, que "merecen siempre grande consideración, y se conserva a todos los coherederos su derecho respectivo sin las dilaciones y gastos de una nueva y absoluta partición".

En el estudio de la aplicación del artículo 1079 que podrá hacer por vía convencional o por el juicio divisorio del artículo 782 y siguientes de la LEC, recuerda la regla general, aplicada por el Tribunal Supremo que viene a ser la de mantener las operaciones divisorias en cuanto sea posible, sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes, incluso cuando la partición haya sido hecha por el propio testador; y es esta la regla que recoge el autor, siguiendo a Vallet: las operaciones complementarias pueden ser suficientes para solucionar el problema particional,

atendiendo solo al bien omitido y dejando fuera los bienes ya repartidos, cuyas adjudicaciones se respetan. En cuanto a la valoración de los bienes omitidos, habrá que tener en cuenta el valor actual, no el que tuvieran en el momento de la apertura de la sucesión, ni el que hubieran tenido al realizarse la primera partición. Se trata, en efecto, de repartirlos, y la regla general de valoración es la de tomar en cuenta el valor que alcancen los bienes en el momento de la partición. La adición de la herencia, en el caso contemplado, no puede impedirla cláusulas estilo como esta "con las adjudicaciones efectuadas se dan por plenamente satisfechos y pagados de sus derechos, no pudiendo hacerse reclamaciones recíprocas".

Recoge la doctrina del Tribunal Supremo acerca de que la acción del artículo 1079 es imprescriptible, aunque lógicamente la matiza si en el demandado se hayan dado los requisitos para la usucapión.

La parte tercera trata de **los sujetos de la partición**, que deben dar a ella su consentimiento, aunque sea tácito. Cuando falta el consentimiento de alguno de los partícipes, ello conlleva la ineficacia del acto particional. Sin embargo Espejo, en contra de alguna postura jurisprudencial y doctrinal, considera que en estos casos la partición no es radicalmente nula, sino incompleta. Aplica, a nuestro juicio, con acierto, la doctrina del negocio incompleto porque si bien es cierto que falta un consentimiento necesario deberán quedar vinculados los partícipes que han consentido.

La preterición de un coheredero en la partición está contempla en el artículo 1080 del CC, siendo sus efectos diferentes si los no preteridos han actuado de mala fe o lo han hecho de buena fe. Debe considerarse que concurre buena fe cuando los coherederos ignoran de modo inculpable la existencia del coheredero o legatario de parte alícuota cuya intervención omiten. El caso normal en que será aplicable el art. 1080 CC está representado por la simple preterición particional sin interferencia alguna de las normas de la preterición legitimaria, pero se ha dicho que puede producirse también en el supuesto de la preterición testamentaria de un heredero forzoso. Espejo, siguiendo a Vallet, estima que esta preterición puede darse incluso cuando se trate de la preterición de un legitimario, ya que el art. 1080 CC no distingue si el preterido es o no heredero forzoso, por lo que la consecuencia jurídica será similar para los dos supuestos. Con todos los respetos no estamos seguro que el artículo 1080 esté contemplando la preterición de legitimarios, especialmente cuando se trate de la preterición no intencional de hijos o descendientes, con las consecuencias de anularse la institución de heredero o incluso todas las disposiciones de contenido patrimonial, conforme al artículo 814 del CC.

Se hace en la monografía un estudio de gran utilidad práctica de las personas que deben consentir la partición. Fácilmente se dice que primeramente serán los herederos, pero se reconoce que su determinación puede, a veces, estar llena de interrogantes, sobre todo si entran en juego instituciones sucesorias complejas como pueda ser la transmisión del *iusdelationis*, el derecho de acrecer y la sustitución vulgar, las sustituciones fideicomisarias, el derecho de representación, etc.

Desarrolla a continuación la presencia de los legatarios de parte alícuota, del usufructuario considerando que deberá intervenir cuando lo sea de una parte y siempre que sea el cónyuge viudo por su carácter de legitimario. En

este sentido considera que los legitimarios deberán siempre intervenir en la partición, coincidiendo con la doctrina de la DGRN, que lo exige incluso aunque el testador manifieste en su testamento que el legitimario recibió en vida por vía de donación lo que por legítima le corresponda. No estamos conforme con esto último. A nuestro juicio, si el testador manifiesta que el legitimario ha recibido en vida lo que por legítima le corresponda, relacionando además las donaciones que le hizo, podrá ejercitar lógicamente las acciones que le correspondan en defensa de su legítima, especialmente la de complemento del artículo 814, ejercitable antes o después de la partición, pero no hay que imponer a los herederos que intervengan necesariamente si él no ha mostrado disconformidad ninguna.

Tema discutible en relación a los sujetos es el de la sustitución fideicomisaria, llegando a la conclusión que los fiduciarios, en su condición de herederos, deben estar facultados para partir la herencia con los demás coherederos, ya que impedir al fiduciario realizar la división le priva de la posibilidad de gozar de la posición jurídica a la que ha sido llamado, a lo que se añade que la partición no supone un acto dispositivo, sino determinativo. Respecto a la posición de los fideicomisarios coincidimos con lo por él afirmado que no parece necesario que intervengan en la partición. El sentido de esta figura es crear herederos sucesivos, y ciertamente esto limita las facultades de disposición del primer llamado, pero coartarle la facultad de partir parece excesivo, y contrario a la naturaleza de la institución. A los fideicomisarios les basta poder entrar en posesión de la herencia en el momento oportuno que es el establecido por el testador: hasta entonces deben confiar en el fiduciario. Y, obviamente, si se ha realizado en fraude de sus derechos podrán combatirla.

También coincidimos con el autor que en el caso de cesionario de cuota es a él a quien corresponde intervenir en la partición como subrogado en la posición del cedente, pero que si como consecuencia de la partición resultan obligaciones para el cedente, por haber incurrido en alguna conducta que comportara responsabilidad *ultra vires hereditatis*, entendemos entonces necesaria su intervención en la partición

Se estudian a continuación problemas específicos de capacidad y legitimación para intervenir en la partición, como el de los menores emancipados que se ha complicado con la nueva redacción del párrafo tercero del artículo 1057 del CC, el de la intervención de la persona sujeta a curatela, el del defensor judicial cuando exista conflicto de intereses que exigiría la aprobación judicial, aceptando la doctrina de la DGRN de no dar por sentado que siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de caso, la del representante del ausente o la problemática de la autocontratación en la representación voluntaria y recogiendo por último la doctrina de la DGRN respecto a quien está legitimado para la realización de la partición en el caso en que el testamento excluya al otro progenitor de la administración de los bienes de los hijos menores y nombre un administrador testamentario que renuncia al cargo.

Estudia con detenimiento la intervención de los acreedores de los herederos en la partición partiendo lógicamente del art. 1083 CC según el cual: “Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su

costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos", lo que significa que se permite a los acreedores particulares de los coherederos vigilar las operaciones particionales, precepto, que concuerda con lo dispuesto en el art. 403 CC para la comunidad de bienes y, si el heredero hubiese aceptado acogiéndose al beneficio de inventario, nos recuerda la norma del artículo 1043 que los acreedores del heredero no pueden intervenir en la partición de la herencia en tanto no se hayan satisfecho las deudas de la herencia y los legados. Siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que esta intervención no puede llevarse al extremo de que en el juicio se reconozca como partes a otros acreedores que los que lo sean del propio causante, ni tampoco los del heredero pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición extrajudicial, aunque no se les pague o afiance el importe de sus créditos, mas siempre les queda a salvo su derecho para pedir la retención o embargo de los bienes que resulten a favor de su deudor, ejercitar a nombre del mismo la acción de rescisión, solicitar que se adicione la partición con alguno de los bienes o valores omitidos e impugnar los demás actos que se hayan ejercitado en fraude suyo.

Es importante lo que ocurre cuando los acreedores han comunicado a los herederos el deseo de participar. Pueden, a su juicio, suceder dos cosas diferentes. Que, pese a ello, no sean notificados de que se va a proceder a la división. En este caso, se piensa que hay una inversión de la carga de la prueba del fraude. No son ellos los que tienen que probar que la partición se ha hecho en fraude de sus derechos, sino los coherederos que no ha habido fraude. El efecto, por tanto, de no contar con el que ha manifestado su oposición a que se practique la división sin él, es una inversión de la carga de la prueba del fraude. Si, en cambio, se les notifica que se va a proceder a la división y no acuden, la situación es igual a la de los que no se han opuesto. Pueden atacar la partición, si hay fraude, según las reglas generales. Si acuden, se tratará de que sean convocados a la Junta en la que se nombra contador y peritos (art. 783.5 LEC) y que sean citados para la formación del inventario (art. 793.3. LEC). En ambos casos se trata de que presencien las actuaciones, no que intervengan en ellas como parte.

Es muy interesante el planteamiento sobre la intervención de los herederos en la partición judicial y en la partición realizada por el contador partidor dativo, en el sentido de que si prestan su consentimiento o aprobación a la misma existiría base para hablar de una partición convencional; y en el caso de la partición realizada por el contador-partidor testamentario, si bien es cierto que no es preciso que intervengan los herederos, no obstante, también resulta frecuente en la práctica que el contador recabe la intervención o la conformidad de aquellos, para así reforzar la partición y asegurarse de que nadie la impugnará. En estos casos cita el autor una copiosa jurisprudencia que considera como la intervención de los coherederos hace que la partición se convierta en partición contractual.

La parte cuarta de la monografía trata **de la forma de la partición**, partiendo de la libertad de forma puede hacerse en escritura pública, como forma que dotará a la misma de un valor superior, pero también en documento privado; y verbalmente, que lógicamente deberá probarse mediante testigos, pero incluso mediante actos concluyentes de los herederos. En

esta última, la posesión de los bienes por los herederos será elemento determinante, pero estudia la problemática del concepto por el cual se está poseyendo, que puede en muchas ocasiones tener "un carácter equívoco" que es bastante para desvirtuar su valor como declaración.

A veces, se eleva a escritura pública una partición previamente hecha entre los coherederos y trata el autor de los problemas que puede plantear las discrepancias entre la escritura y el previo acuerdo particional. Ciertamente este problema se plantea con carácter general en todos los supuestos de elevación a escritura pública de un negocio anterior, pero en sede particional se añaden dificultades adicionales. A juicio de ESPEJO nada impide a las partes modificar libremente lo que libremente establecieron. Otra cosa será averiguar exactamente qué quisieron en la segunda partición con relación a la primera si no lo expresan con claridad: ¿revocación? ¿complemento? ¿interpretación auténtica?... Por otra parte, en lo que hace a la partición convencional, sabemos que la partición legalmente hecha confiere la propiedad de los bienes a sus adjudicatarios sin necesidad de tradición (cfr. art. 1068 CC). ¿Se podría calificar como partición a la documentada sucesivamente que se aparta de la primera y pretendiera modificarla sustancialmente? Hay dos respuestas posibles: que debiéramos hablar de un nuevo acto de disposición, y en este caso necesitado de tradición, por más que naturalmente los herederos pudieran concertarlo si lo desean; o que no haya obstáculos para calificar la segunda como nuevo acto particional, con sus efectos propios, solución por la que se inclina.

Las consecuencias **del carácter contractual de la partición** realizada por los coherederos se abordan en la parte quinta de la monografía. Partiendo de este carácter contractual se estima que habrán de aplicarse las normas generales sobre los contratos, con los límites del artículo 1255 del CC y con la posibilidad de formalizarse mediante otorgamientos sucesivos, pero teniendo en cuenta, que hasta que no concurre el consentimiento del último no existe verdadera partición (ni contrato), de modo que la voluntad de cada uno de los declarantes seguiría siendo revocable. El artículo 1262. 2 del CC puede serle de aplicación a una partición así formalizada. La interpretación de la voluntad particional parece lógico que se rija también por las normas de los contratos, pero teniendo en cuenta que deben tenerse muy presente las disposiciones testamentarias y el famoso principio de la conservación de la partición

De igual forma cabe sostener que el acuerdo particional o alguna de sus cláusulas, como cualquier otro contrato, pueda quedar sometido a condición, suspensiva o resolutoria, y término final o inicial incluso, aunque sea poco frecuente a un modo, en la medida en que los coherederos pueden aprovechar la partición para realizar otro tipo de actos jurídicos que eventualmente puedan ser gratuitos, realizando el autor algunas reflexiones importantes sobre la disposición modal en la partición.

Especial interés tiene la referencia que se hace al supuesto de derivarse de la partición la obligación de hacerse entre los herederos compensaciones en metálico. Se plantea el autor el caso de que estas compensaciones no sean pagadas y si ello podría dar lugar a la resolución de la misma por incumplimiento. Quizás, si lleváramos el carácter contractual de la partición a sus últimas consecuencias podría sostenerse que este incumplimiento o

cualquier otro asumido por los herederos podría dar lugar a la aplicación del artículo 1124 del CC siempre, claro está, que se dieran los requisitos que para la resolución la jurisprudencia considera aplicables. ESPEJO nos dice que resulta complicado que los incumplimientos parciales del contrato tengan relevancia suficiente para resolver la partición en su conjunto, venciendo además la existencia de un principio de conservación de la partición tan vigoroso como el que inspira las normas aplicables a la misma. Lo que sí le parece es que no existe inconveniente en preverse una adjudicación sometida a una condición consistente en el pago.

En la parte 6 se aborda **la eficacia de la partición**, en virtud de la cual se pone fin a la comunidad hereditaria. Comienza por la determinación de su naturaleza jurídica y tras recoger la discusión clásica de si tiene naturaleza declarativa o traslativa, acepta la opinión prevalente de que es determinativa o especificativa. Citando a LACRUZ enseña como esta última tesis viene a significar que: «los objetos recibidos en la partición se subrogan de tal modo en la anterior cuota sobre el caudal que, igualmente, se entienden recibidos del causante y por sucesión universal. Pero «la extinción del consorcio no retrotrae el momento extintivo al instante fundacional; ni hay razón alguna para considerar inexistente la comunidad, ni aun para acortar un minuto, en hipótesis, la duración que realmente tuvo». Es decir, es necesario diferenciar, la naturaleza y eficacia de la partición en relación con la transmisión sucesoria, en este sentido tiene función traslativa, pero conjuntamente con la delación; mientras que en la relación de los herederos entre sí la función es más propiamente determinativa. Para la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios no es necesaria la *traditio*, ya que el título transmisivo no es la partición sino la sucesión. Advertencia ésta que consideramos importante, porque muchas veces parece olvidarse porque la propiedad no se adquiere en estos casos por la *traditio*, como ocurre en sede contractual, tal y como resulta del artículo 609 del CC.

En esta parte de la monografía estudia la venta por un coheredero de un bien integrante de la herencia antes de la partición, aplicando correctamente como el contrato realizado por el coheredero puede ser válido en sí mismo, pero su posible eficacia jurídico-real derivada se encuentra supeditada a que la cosa se adjudique efectivamente al coheredero que ha otorgado el acto. Es ello lo congruente con la doctrina sobre la venta de cosa ajena. Por ello, se muestra extrañado (diríamos con toda la razón) y comenta sentencias recientes que consideran nula esa clase de venta.

En este capítulo de la eficacia se estudia como los coherederos responden mutuamente de la evicción y del saneamiento de los bienes que a cada uno de ellos hayan sido adjudicados en la partición, pero hace notar que el Código no exige que la partición en la que se fundamenta esta responsabilidad sea convencional, por acuerdo entre los coherederos. Por eso, la responsabilidad se debe aplicar a todo tipo de partición, salvo a la hecha por el causante, supuesto que resulta expresamente excepcionado por el art. 1070 CC. Los requisitos de la evicción son los mismos que en la compraventa, deteniéndose en examinar en qué momento ha de valorarse el bien perdido como consecuencia de la evicción, llegando a la conclusión de que el valor se debe referir al que se le dio a la cosa en la partición, pero conforme a su equivalencia dineraria en el momento de la evicción. A su

juicio, apartándose de otras opiniones doctrinales, considera que el artículo 1069 al hablar de evicción y saneamiento, está realizando una remisión a las reglas del saneamiento de la compraventa que comprende también los vicios ocultos, aunque dada las diferencias que se advierten entre la partición y la compraventa pueden justificar determinadas modificaciones en dichas normas que ESPEJO estudia con detenimiento.

Lógicamente en el estudio de la evicción y saneamiento trata las excepciones que la misma puede tener, como son las derivadas del pacto de exclusión hecho en la partición, la aparición de causas posteriores a su formalización o las derivadas de la culpa del adjudicatario. Respecto a la extinción de la obligación de saneamiento señala que además de los tres casos en los que, conforme al artículo 1070, no llega a nacer la obligación de saneamiento, puede existir al menos otro caso en que, naciendo la obligación, se extinga con posterioridad: la renuncia del coheredero a exigirla después de producirse la hipótesis que genera la responsabilidad. Es obvia la admisibilidad de esta renuncia posterior, ya que está permitida la que se hace al tiempo de la partición y también la prescripción se debe considerar extintiva de la obligación de saneamiento.

La obligación por el saneamiento se distribuye entre los coherederos en proporción a su respectivo haber, con una responsabilidad mancomunada, aunque si algún coheredero no ha recibido sino su legítima, o aun por encima de ella pero en una cantidad que no permite afrontar su proporcional obligación de evicción, la salvaguarda de aquélla significará un límite a su participación en la evicción que, como en el caso de insolvencia de un coheredero, dará lugar a una nueva redistribución entre los otros.

Tratamiento especial tienen los créditos adjudicados. Efectivamente el artículo 1072 dispone: *"*Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición*"*. De aquí comenta ESPEJO que si a un coheredero se le adjudicara en ella algún crédito que nunca existió, que se extinguió por cualquier causa, o que prescribió, juega con normalidad la obligación de garantía entre los coherederos, consistente en la indemnización a prorrata con arreglo a los arts. 1069 al 1071 CC, pero si el crédito existía y la insolvencia es posterior a la partición cesa la obligación de sanear, pues consideraba la doctrina tradicional que la culpa era del adjudicatario al no haber cobrado puntualmente, a lo que contrapone con razón el autor que para el caso de créditos que no hayan vencido al hacerse la partición, parece necesario aplicar la norma en el sentido de que la solvencia debe existir en el momento en que el crédito llegue a ser cobrable, y a partir de ese momento el riesgo comienza a recaer en el acreedor (el adjudicatario).

En cuanto al pago de las deudas hereditarias se parte del art. 1082 CC: "Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos*"*. De este precepto, a nuestro juicio más que de ningún otro, completado con el artículo 788 de la LEC (cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia oposición no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción) resulta la prioridad de los herederos del causante para el cobro de sus créditos, pero se destaca como la

misma podría resultar dificultada en la práctica si los bienes heredados y adjudicados se integraran plenamente en el patrimonio de cada heredero antes de que hubieran sido satisfechas las deudas de la herencia: y el art. 1082 CC trata de evitar precisamente este efecto. Mientras que la partición no tenga efectividad, será imposible jurídicamente que los acreedores particulares de los herederos embarguen bienes de la herencia. Se trata, entonces, de dar viabilidad al criterio general del art. 405 CC, según el cual: "La división de una cosa común no perjudicará a tercero, (...) Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad". Se estudian diversas fórmulas para el pago de sus deudas a los acreedores, no solo dentro de la partición, así el testador puede prever el pago de las mismas mediante un legado a favor del mismo acreedor (art. 873 CC); o asignar su pago a una persona determinada a la que se le deja un legado con la carga de pagar determinadas deudas, supuesto que debe calificarse como disposición modal (art. 797 CC); también son posibles las adjudicaciones de bienes de la herencia para pago de las deudas. Asimismo, atribuir bienes como pago de la asunción de deudas (o adjudicación en pago, a la que se refiere la última parte del art. 1084 CC). Matiza el autor que teniendo en cuenta la finalidad del precepto, no podrán invocar la facultad del art. 1082 CC aquellos acreedores cuyo crédito ya se encuentre garantizado, salvo que se alegue la insuficiencia de la garantía.

Es muy importante el estudio que se hace de la expresión "oponerse a que se lleve a efecto la partición", llegando a la conclusión que los acreedores no tienen la facultad de oponerse a que los herederos realicen el acto mismo de la partición de herencia, sino exclusivamente la de que dicha partición se lleve a cabo con la entrega de los bienes, pidiendo al Juez que ordene a los albaceas y a las entidades bancarias donde se hallen depositados bienes, valores o numerario, que se abstengan de entregar los bienes a los herederos y que dirija mandamiento a los Registros correspondientes a fin de que se de publicidad a la administración judicial (cfr. art. 797.3 LEC). Desarrollando esta idea pensamos que ello podría ocurrir incluso respecto a la partición realizada por el testador, el contador partidor y quizás hasta para la entrega o toma de posesión de los legados. El acreedor cuyo crédito estuviese vencido puede pedir directamente el pago, sin emplear la vía del art. 1082 CC, aunque también podría optar por aceptar el afianzamiento. En cambio, los acreedores cuyo crédito no estuviese vencido no pueden impedir la partición en tanto que llegue el momento del pago; en cambio, sí que podrán pedir el afianzamiento.

La importancia que para Espejo tiene el pago a los acreedores deriva que, a su juicio, en nuestro Derecho la partición de herencia constituye un fenómeno que comprende no solamente el reparto de los bienes entre los coherederos sino también las operaciones de liquidación. Por eso, aunque en la partición concurra el consentimiento de todos los coherederos y legatarios de parte alícuota, no queda ultimada en tanto no se pague o afiance el importe de los créditos. Y esta facultad de los acreedores en garantía del pago de sus créditos no debería quedar afectada por ningún acto u omisión del deudor o de los deudores: se haya llamado como heredero a uno o a varios, y hayan o no aceptado. Tampoco el causante que haya nombrado administrador de la herencia podría menoscabar de ese modo la facultad de

los acreedores hereditarios, ni tampoco nombrando comisario o contador-partidor, o prohibiendo la intervención judicial del caudal hereditario, pues el causante ningún poder tiene, en cuanto deudor, para menoscabar unilateralmente las facultades de los acreedores hereditarios.

En el estudio que se hace de la responsabilidad de los coherederos por las deudas hereditarias se parte lógicamente del artículo 1084 del CC. Este precepto regula exclusivamente lo que sucede después de la partición, no lo que sucede antes, estableciendo que la responsabilidad de los coherederos una vez hecha la partición es solidaria, aunque si aceptaron acogiéndose al beneficio de inventario esta responsabilidad solidaria recae sobre los bienes que se le hayan adjudicado. Tras referirse a las particularidades de los legatarios de parte alícuota, entra con detenimiento en un tema poco tratado y es de la responsabilidad de los legitimarios. Lógicamente dependerá del título por el que reciban su parte; es decir, según la obtengan como herederos, como legatarios, donatarios o *ex lege*, aunque obviamente le afectan las deudas por cuanto disminuyen su derecho. Pero se pregunta Espejo si después de la partición aparecen nuevas deudas que no se tuvieron en cuenta, o que sí se contabilizaron, pero no se satisficieron por estar pendientes de litigio, ser dudosas, o no estar vencidas o porque el heredero que asumió la responsabilidad de satisfacerlas, finalmente no lo hace. En estos supuestos –aparte de la eventual corrección de los cálculos de la legítima si la deuda no se tuvo en cuenta– se plantea un problema de responsabilidad que puede afectar al legitimario en lo que recibió o debe recibir ahora, según los nuevos cálculos, en pago de su legítima. A su juicio, es indudable la preferencia de los acreedores de la herencia sobre los legitimarios. Ese principio está claro en nuestro Derecho, por lo que no se debe impedir al acreedor la satisfacción de su interés a causa de un derecho subordinado.

Manuel Espejo había ya tratado con profundidad y originalidad la cesión de la herencia o una cuota de ella, no es de extrañar que trate en esta monografía con extensión las consecuencias en cuanto a los acreedores de la cesión del derecho hereditario. Para él, para resolver este punto, será necesario dilucidar la fuente de la que nace la responsabilidad por las deudas hereditarias a cargo del heredero. La fuente remota es la Ley, pero la fuente próxima de la responsabilidad del sucesor es su aceptación de la herencia porque es ella la que le convierte en heredero (y es el heredero el que continúa las relaciones jurídicas del *de cuius* según el art. 1257 CC), por lo que nada hace pensar que los acreedores tengan derecho a que el deudor sea precisamente el llamado (por Ley o por testamento). De lo que deduce que la posibilidad de una eficacia plena de la cesión de la herencia dependerá en gran parte de la fase del fenómeno sucesorio en que nos encontremos; si hubiese aceptado el cedente, ya no podrán darse no será posible que el heredero quede desvinculado de la responsabilidad por las deudas de la herencia. En cambio, en tanto el llamado no haya aceptado (caso del art. 1000.1º CC), o lo haya hecho a beneficio de inventario, o se esté todavía en condiciones de aceptar de ese modo, no es posible ver ningún obstáculo teórico a la posibilidad de enajenación de la herencia con efectos plenos (es decir, “liberatorios” para el heredero cedente). Ciertamente, será siempre posible que el cesionario de la herencia no cumpla adecuadamente su cometido de liquidar la herencia, pero entonces no procederá pedir responsabilidades al cedente, sino al cesionario, análogamente a lo que sucede

en el caso de la herencia administrada por persona distinta del heredero (cfr. art. 1031 CC). En consecuencia, lo normal en la cesión de la herencia es que el cesionario asuma por completo la función del heredero, dejando liberado de la misma por completo al cedente, que sólo conservará algún papel en la sucesión en aquellos casos en que sus propios actos le hayan acarreado su responsabilidad personal e ilimitada. No cabe duda que es una tesis original, pues generalmente se sostenía que al implicar la cesión de la herencia su aceptación, siempre respondería el heredero frente a los acreedores, sin perjuicio de las relaciones internas entre cedente y cesionario y del consentimiento de la cesión por los acreedores respectivos.

Pagada la deuda hereditaria por uno de los herederos, conforme al artículo 1085, la responsabilidad interna entre los coherederos tiene carácter mancomunado o parciario porque eso es lo que procede en aplicación de las reglas que rigen las obligaciones solidarias, pero parece lógico que si un heredero resulta insolvente deben los demás suplir su falta y del mismo modo, los herederos con responsabilidad ilimitada deberán suplir lo que no cubran los herederos con beneficio de inventario. Cuando una deuda hereditaria tenga por objeto un cuerpo determinado o esté garantizada con hipoteca, aunque la responsabilidad solidaria sea de todos los herederos, "normalmente, el acreedor se dirigirá contra el titular del bien hipotecado o del cuerpo determinado objeto de la deuda", aunque habrá que examinar si la finca hipotecada se adjudicó a ese heredero con su carga o libre de ella. Por último el supuesto del coheredero que sea a la vez acreedor le da el artículo 1087 un tratamiento parecido a los créditos que nacen del pago por el heredero de las deudas hereditarias, es decir el de la responsabilidad mancomunada.

En la parte 7 de la monografía se estudia **la ineficacia de la partición**, no concretándola a lo que la rúbrica de la sección correspondiente del CC acota con la palabra rescisión, pues se nos dice que el sentido del término "rescisión" empleado por el art. 1073 CC es el vulgar o genérico comprensivo de todas las hipótesis de invalidez del negocio. De aquí que las normas de los artículos 1073 y siguientes se aplicarán solo a los casos en ellas previstos, pero en los supuestos imprevistos deberían aplicarse las normas generales de la ineficacia contractual, a pesar de la dificultad que, en algunos casos, ello suponga.

La primera dificultad surge porque el régimen de la ineficacia puede seguir diversos sistemas, según la naturaleza de la partición. Comenzando por la convencional considera Espejo que podrá distinguirse, como en sede contractual, entre la nulidad y la anulabilidad. Estudia en primer lugar los vicios de la voluntad: el error que se encuentra regulado para los casos en que recaiga sobre la valoración del bien, suponga la omisión de bienes relictos o conduzca a la preterición de alguno de los coherederos, pero ello no excluye que pueda apreciarse fuera de estos casos conforme a la doctrina general del negocio jurídico, como lo ha hecho la jurisprudencia en algunos supuestos, por ejemplo, la no computación de donaciones, errónea calificación de la naturaleza de un bien, interpretación del testamento. El dolo o la violencia en la partición no se contemplan en el CC, pero parece lógico aplicar las normas que éste dedica en la ineficacia contractual a ambos vicios.

Es muy interesante el casuismo al que se desciende en otros supuestos de ineficacia, así la falta de causa en la partición que podría darse por estimar erróneamente que el causante estaba muerto, por haberse tomado por válido un determinado título sucesorio sin serlo o por tomarse por existente la comunidad hereditaria, cuando había una válida partición. En otras ocasiones la ineficacia puede producirse por faltar algún elemento esencial del negocio partitivo, como la falta de consentimiento que puede darse por la preterición de un heredero forzoso, el supuesto contemplado en el artículo 1081, ya que si uno de los adjudicatarios de bienes no lo fuera realmente heredero, la partición carecería de causa respecto de él. La ineficacia puede proceder de defectos en el objeto como serían los que se presenten por la inclusión en la partición de bienes no pertenecientes al causante. Pero todos estos supuestos de ineficacia examinados se atenúan, por así decirlo, por el principio sentado por la jurisprudencia de la conservación de la partición (*favor partitionis*).

No son pacíficos los plazos de prescripción para solicitar la ineficacia de la partición. Espejo considera que cuando la nulidad de la partición es consecuencia de un defecto en el título sucesorio, estará sujeta a los plazos que afecten a la impugnación del mismo. Y que, en el resto de supuestos el plazo de cuatro años a contar desde que la partición se hizo es el más razonable, aunque no se debe descartar que, en función del vicio de voluntad que se alegue el plazo se deba contar desde otro momento. Entiende que debe rechazarse que la acción para obtener la restitución de las adjudicaciones sea imprescriptible, o que la acción de restitución contara con un plazo más largo, coincidente con el general de las acciones personales (hoy cinco años ex art. 1964 CC). No obstante, en los casos en los que no exista propiamente partición; por ejemplo, por falta de consentimiento de uno de los interesados, no deben seguirse las ideas anteriores, porque en realidad no hay nulidad, sino inexistencia.

La declaración de nulidad de la partición por sentencia firme conlleva la ineficacia de todo aquello derivado de la partición, como son las adjudicaciones. En cuanto a los negocios realizados por los adjudicatarios en que dispongan de una cosa que hayan adquirido por la herencia, son ineficaces para transmitir la propiedad (salvo por usucapión ordinaria), pues el transmitente no contaba en realidad con ella, dejando a salvo la protección de los terceros amparados por los artículos 34 de la LH y 464 del CC.

La última parte de la monografía está dedicada a **la rescisión de la partición** consagrada con carácter general en el artículo 1074 del CC: "Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas"; precepto aplicable a la previa liquidación de la sociedad conyugal. Hace ver el autor como en la partición convencional puede resultar extraño que pueda rescindirse por lesión, siendo así que todos los herederos han mostrado su conformidad a la misma y las razones que les llevaron a aceptarlas pueden ser muy variadas, como las renuncias, transacciones, razones subjetivas etc. No olvidemos lo estudiado anteriormente que, a veces, la frontera entre lo puramente particional y otras causas no es muy nítida.

La rescisión de la partición se produce también como consecuencia de una mala valoración de los bienes que no es exactamente igual a los vicios

ocultos ni en su presupuesto ni en su consecuencia jurídica. En este último caso podrá decirse que, salvo discrepancias importantes, debe imputarse al coheredero el posible daño, por motivo de su negligencia. Siguiendo a VALLET contempla diversos supuestos en los que no procederá la rescisión por una valoración incorrecta, así cuando afecta por igual a todos los herederos o existe proporcionalidad en su repercusión, cuando a ninguno de los herederos les afecte en más de la cuarta parte o cuando las adjudicaciones se hacen en proindiviso ordinario que respeta las cuotas de institución. Se hace una advertencia importante y es que en el caso de la partición parcial, será necesario tener en cuenta todas las particiones ya realizadas a efectos de analizar si concurre o no lesión, porque puede suceder que la lesión de más de un cuarto que provoque alguna de ellas, haya quedado compensada en las particiones posteriores o incluso, pensamos nosotros, sumando todas ellas no existe la lesión de una cuarta parte. Compartimos lo sostenido en cuanto a la rescisión por lesión a la legítima, en el sentido que si en ella no intervino el legitimario procederá en todo caso, pero si se trata de una partición convencional en la que el propio legitimario intervino deberá aplicarse la regla de la lesión en más de la cuarta parte.

Se considera que están legitimados activamente para ejercitar la acción rescisoria de la partición, tanto los herederos como los legatarios de parte alícuota. Se duda de los legatarios, cuando sus legados resulten reducidos por insuficiencia del caudal, como también de los acreedores de un heredero perjudicado en la partición, que, a consecuencia de ello, no puedan cobrar sus créditos. En cambio, no ve posible extender la legitimación a los sustitutos fideicomisarios, pues la legitimación es del fiduciario, quien debe ejercitar en plazo la acción. Los sustitutos, en cambio, podrán reclamar al fiduciario los perjuicios que su actuación en la partición les pudo causar y, eventualmente, dirigirse contra los cómplices del fraude, pero no ve claro que esta acción sea la rescisoria de la partición. Obviamente la rescisión no puede ser apreciada de oficio por los Jueces ni por los Registradores. En cuanto a la legitimación pasiva debe dirigirse contra todos los herederos, estén o no beneficiados o perjudicados por la partición. Ahora bien, se recuerda que, conforme al artículo 1078 del CC si el heredero lesionado ha enajenado los bienes inmuebles que le fueron adjudicados no podrá ejercitar la acción rescisoria de la partición. Hipótesis esta última que es estudiada con detenimiento. Como también se tratan otros supuestos que impedirían el ejercicio de la acción, así la renuncia por los coherederos hecha en la propia partición, la transacción llevada a cabo, anterior o posterior a la partición realizada. La acción deberá ejercitarse en el plazo de cuatro años, contados desde que se hizo la partición, dudándose si ese comienzo del plazo afecta a los menores, a las personas con la capacidad modificada juridicialmente y a los ausentes y afirmándose que lo es de caducidad.

Si prospera la rescisión el demandado, podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. En un orden puramente teórico, los efectos de la rescisión deberían consistir en volver a realizar la partición, pero en esta materia se aparta el Código del régimen general de la rescisión, en que la indemnización era un remedio subsidiario (art. 1295 CC); mientras que aquí es un remedio electivo para el demandado. Se estudian los problemas que se plantean cuando los demandados sean varios y no se pongan de acuerdo entre una u otra solución o cuando se trate de

particiones muy complejas y el tiempo en que el demandado puede decidir como corregir la lesión. Los demandados podrán indemnizar en numerario (en cuyo caso es una deuda de valor), o con la misma cosa en que resultó el perjuicio, o también con cosas de la misma naturaleza, especie y calidad.

# COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

# EL PODER DE REPRESENTACIÓN EXTINGUIDO Y LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS DE BUENA FE. CONSIDERACIONES SOBRE LA STS 19 JULIO 2018 (RJ 2018\4500) (1)

**Manuel Espejo Lerdo de Tejada**
Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla

**Resumen:** La STS objeto de comentario instaura la sospecha sobre los poderes que fueron otorgados en escritura pública y que se extinguieron sin revocación expresa o, en general, de un modo imperceptible para los terceros. Frente a esta doctrina, se propugna en el estudio el criterio de la protección de la apariencia que durante tanto tiempo ha prevalecido en nuestra Jurisprudencia, y que, es el único que resulta coherente con las normas vigentes sobre la eficacia de los poderes otorgados en instrumento público.

(1) El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII): Mercado inmobiliario y crisis económica" (DER 2015-66043-P), y de la Red de Excelencia "Registro, mercado crediticio y crisis económica" (DER16-81966-RED) financiados por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España, y del Grupo de Investigación SEJ584: "Sociedad, Mercado y Derecho".

## SUMARIO

I. PREMISAS

II. LOS DATOS DE HECHO DEL LITIGIO Y LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS POR LOS TRIBUNALES PARA RESOLVERLO

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA DOCTRINA DE LA STS 19 JULIO 2018

IV. BREVE ESQUEMA DE SUPUESTOS EN QUE PUEDE DARSE LA REPRESENTACIÓN APARENTE Y CRITERIOS NORMATIVOS DE SOLUCIÓN DE LOS MISMOS

V. LAS TAREAS DEL NOTARIADO ANTE EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL ACTUAL SOBRE LA EXTINCIÓN DE LOS PODERES NOTARIALES

## I. PREMISAS

Según nos parece, en la experiencia jurisprudencial sigue cumpliéndose el juicio de DÍEZ-PICAZO acerca de la representación: uno de los institutos "más delicados y difíciles del ordenamiento jurídico privado", y "uno de los más importantes para el desarrollo de toda la vida social y económica" (2). Hemos pensado en estos asertos al leer la interesante STS 19 julio 2018 (RJ 2018\4500), que ha abordado un nuevo caso en que el representante ha usado en su beneficio del poder de representación una vez que el apoderamiento se ha extinguido (3), quizá por revocación, o, probablemente mejor, como

(2) DÍEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 21.

(3) Previamente la STS 13 febrero 2014 (RJ 2014/1343) había tratado de un caso en que el poder había terminado por el fallecimiento del poderdante. Nos ocupamos de ella en: "La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 1, 2015, a cuyas consideraciones nos remitimos para una más extensa argumentación de las posturas que en este trabajo sostenemos. Para otros pronunciamientos de la jurisprudencia reciente, cabe remitirse a las Sentencias mencionadas en los Fundamentos de Derecho de la STS 19 julio 2018.

se sugiere también en algunos de los argumentos de la sentencia de instancia, por cumplimiento de la función para la que el mismo poder había sido otorgado: "*el poder o bien se había extinguido por cumplir su función (otorgamiento de préstamo hipotecario ante La Caixa el día 25 de abril de 1991) o bien se había revocado tácitamente al romper su relación de pareja a finales de 1991, sin que tuviera sentido que se usase 17 años después"* (4). Se trataría, sin embargo, no de analizar este aspecto de la extinción del poder, que en realidad es irrelevante para la resolución del litigio, sino de reflexionar sobre la relevancia de dicha extinción frente a los terceros que contrataron con el apoderado. En concreto, el tercero del caso era un prestamista no profesional que, a través de una empresa de intermediación, hizo un préstamo personal al apoderado, y obtuvo por la actuación representativa de este último una garantía hipotecaria sobre un bien de la poderdante. Para la STS este tercero no quedaba protegido por faltarle buena fe. Naturalmente no podemos saber con seguridad si la solución a la que se ha llegado es acertada o no, porque eso depende de la condición subjetiva del tercero, que no vamos aquí a pretender conocer mejor que los propios Tribunales, y que ni siquiera estos quizá logran penetrar del todo, pero sí podemos decir que las razones utilizadas por la STS para estimar la mala fe del mismo no nos parecen concluyentes para afirmar que conociera la extinción del poder; es verdad que la operación tiene un carácter sospechoso: pero no se puede asegurar que no pretendiera simplemente especular, como sucede en tantos otros casos con este tipo de préstamos. Y tampoco se puede decir que las conductas de la poderdante y el apoderado estuvieran libres de toda sombra de especulación. También discrepamos de otra fundamental afirmación de la STS, en este caso dogmática; en concreto, que sea exigible para proteger al tercero no solamente su propia buena fe, sino también la del apoderado. A explicar nuestra postura se dirigen las páginas que siguen.

* * *

Ante conflictos como los que se producen en el litigio, algunos han considerado que la solución es entender que el poder tiene un carácter abstracto respecto de la relación base que lo causa, lo que

(4) Así explica este modo de extinción del poder Díez-Picazo, *La representación en el derecho privado*, cit., p. 293: "si el encargo representativo se dio para asuntos concretos, parece claro que debe entenderse acabado al quedar aquellos asuntos resueltos".

justificaría la pervivencia de los efectos del mismo en relación a los terceros; pero contra esta explicación se ha alegado con razón que conllevaría la indefensión del representado en unos casos en que la conducta de los sujetos protegidos por la norma no lo merecería; así "frente a la mala fe, a la culpa o negligencia de representante y tercero. Tanto mayor y peligrosa [la indefensión], dada la usual amplitud e indeterminación con la que se redactan los poderes y el hábito de no revocarse los poderes por los poderdantes, al terminarse el asunto, por delicadeza hacia el mandatario" (5). Es mejor considerar que la solución del conflicto entre el *dominus* y el tercero de buena fe (6) debe guiarse más bien por los principios de la representación aparente; es decir, ante una contraposición de intereses entre el poderdante y aquel tercero que contrata con el sedicente apoderado apoyado en la confianza de que el poder, manifestado en una objetiva situación de apariencia proveniente del poderdante, sigue en vigor, sin que realmente sea así, el litigio debe decidirse atendiendo a la buena fe del tercero. Solamente de este modo se pueden ponderar adecuadamente por los Tribunales, a los que esta materia queda reservada, las circunstancias de hecho objetivas y subjetivas, relativas a la conducta desplegada por el tercero para tomar conocimiento de la realidad del apoderamiento y de su vigencia, de acuerdo con la que pueda considerarse diligencia normal en una persona media (7), y, de conformidad, también, con los criterios que suministra el propio ordenamiento.

En definitiva, el sistema jurídico debe resolver el conflicto que se plantea entre dos intereses antagónicos: de una parte el del *dominus negotii,* o representado, que contaría a favor de su prevalencia en todo caso con el argumento de la seguridad de los derechos, seguridad que implica que estos últimos solo pueden quedar alterados mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad de su titular; de otra parte, el interés del tercero que puede alegar que él confió razonablemente en la apariencia de subsistencia del apoderamiento. Es decir, el tercero ha confiado en la apariencia, y como conse-

(5) De Castro y Bravo, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, p. 123.

(6) Cfr. Jordano Barea "Prólogo" en Gordillo Cañas, *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, p. 20. Estamos ante el grave problema para el legislador que representa la colisión entre la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico y del que habla Ehrenberg, *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, Introducción y traducción de Antonio PAU, Madrid, 2003, p. 24.

(7) Gordillo, cit., p. 281.

cuencia de ello ha contratado con el representante, pero más tarde el *dominus* rechaza quedar vinculado negocialmente pretendiendo hacer valer la extinción del poder; teóricamente un conflicto así tendría dos soluciones diversas: hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia, y sacrificar la buena fe del tercero, con lo que el negocio no produciría efectos; o, a la inversa, proteger la confianza del tercero, sustituyendo contra el *dominus* la realidad por la apariencia, con lo que el mismo sería eficaz (8); en el primer caso, finalmente el tercero debería buscar su defensa en la responsabilidad del sedicente representante que le indujo a contratar; mientras que en el segundo, el *dominus* podría exigir responsabilidad a quien hizo uso del poder de representación realmente extinguido.

A partir de la existencia de algunas normas singulares, como son los arts. 1733, 1734 1735 y 1738 CC, se ha podido decir con razón, durante muchos años y hasta hace muy poco tiempo, que el Tribunal Supremo ha deducido "la existencia de un principio general" consistente en que el tercero de buena fe puede confiar en la existencia y la subsistencia del poder cuando el representado crea la situación de confianza o apariencia acerca de ello (9). Unos buenos ejemplos, relativos todos ellos a casos en que se había producido la revocación del poder la cual no había trascendido de modo suficiente a los terceros, los encontramos en las SSTS que citaremos a continuación, más que suficientes para demostrar un sentir general de la jurisprudencia:

a) La más reciente, la STS 17 abril 1998 (RJ 1998\2505): "el cese (...) como Consejeros-Delegados de la entidad mercantil (...) cuyo acuerdo no fue inscrito en el Registro Mercantil, (...) no puede en modo alguno afectar a los compradores (...) que desconocían la existencia del referido acuerdo de cese y que, actuando con plena y absoluta buena fe, celebraron el contrato de compraventa litigioso, confiando plenamente en la exactitud de lo que publicaba el Registro Mercantil, en el sentido de que don Francisco y doña Tatiana C. L., que intervinieron como vendedores, en dicho contrato, en representación de la expresada entidad mercantil, ostentaban el cargo de Consejeros-Delegados de la misma, por lo que el citado contrato de compraventa ha de ser necesariamente tenido por válido para

(8) Seguimos de cerca el planteamiento de Gordillo, cit., p. 150; vid., también, en el mismo sentido, Rivero Hernández, *Representación sin poder y ratificación*, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 111 y ss.; y también, p. 200.

(9) De Castro, cit., p. 123.

dichos compradores. Por otro lado, y a mayor abundamiento, si no se ha probado tampoco en el proceso que don Francisco y doña Tatiana C. L. hubieran tenido conocimiento del referido acuerdo, por el que se les cesaba como Consejeros-Delegados de la referida entidad mercantil, el contrato de compraventa por ellos celebrado, en representación de dicha entidad mercantil, ha de tenerse por válido y ha de surtir todos sus efectos con respecto a los terceros (los compradores don Vicente-Gerardo B. R. y don Francisco M. M.-G.) que contrataron con ellos de buena fe, conforme preceptúa el artículo 1738 del Código Civil. En definitiva, los principios de seguridad jurídica y de protección de terceros de buena fe imponen que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitaciones o supresiones del poder de representación, que no hayan podido conocer, ni racionalmente prever".

Cabe la duda de si el argumento "a mayor abundamiento", que parece tener también en cuenta la buena fe de los representantes, fue relevante para la STS, pero da toda la impresión que se dice que bastaba la buena fe del tercero para entenderlo protegido. En todo caso, aunque en el supuesto se dijera que no constaba que los Consejeros-Delegados hubieran tenido conocimiento del acuerdo de su cese tomado por la Junta General de Accionistas, nos parece que resultaba difícil que se les pudiera calificar como de buena fe, ya que en una organización empresarial resultaría poco creíble que esos Consejeros-Delegados no hubieran conocido o, al menos, debido conocer dicho acuerdo.

b) Pero hay casos todavía más claros en los que se sostiene directamente la irrelevancia de la buena fe del representante y, de paso, se aprovecha para desactivar parte de la letra del art. 1738 CC, no por desprecio a la misma, sino por estimar necesario interpretarla atendiendo al sistema en que se inserta. Así la STS 3 julio 1976 (ROJ: STS 1136/1976 – ECLI: ES:TS:1976:1136) se planteaba derechamente si un contrato de compraventa tenía o no validez, por haber sido otorgado cuando el poder que amparaba al representante del vendedor estaba revocado con conocimiento del mandatario, ignorándolo el comprador. Para las sentencias de instancia el tercero adquirente había de ser protegido en su buena fe con base en el art. 1738 CC, argumento en el que insistía la STS: "es un hecho cierto, que el Código Civil en su artículo 1738, lleva en sí, un supuesto determinado, cierta protección especial de los terceros adquirentes, encaminada a evitar que la inexistencia o la extinción del derecho del transferente, pueda perjudicar al tercero, y así, dicho precepto defiende a éste sobre la base de una especie

de protección de la 'confianza en la apariencia frente a la realidad jurídica' constituyendo dicha norma, una excepción a los principios generales, a tenor de los que, el error invalida de derecho el consentimiento, ya que se encuentra justificado por los principios de equidad, y como esta validez, constituye una ficción jurídica establecida por la Ley para beneficiar a los terceros de buena fe, ya que el conocimiento de la revocación del 'poder' que no llega a éstos sólo cabe imputar al poderdante el riesgo en la creencia del mismo, que sólo él ha creado, y por eso, la buena fe de aquéllos, es en estos casos fundamento suficiente por sí solo para que sean protegidos, y así, se expresa la doctrina científica y la sentencia de 5 de febrero de 1948 pues si el 'mandato' constituye una relación que afecta a mandante y mandatario, en tanto que el 'poder' es relación que afecta a terceros, ha de concluirse, que siendo aquél una relación jurídica basada en la confianza que entre sí tienen los que la conciertan, y a la que es completamente extraño el tercero, la regla general es que éste desconozca las vicisitudes que puedan influir en su desenvolvimiento, y como los motivos en los que se apoya el recurso no tienen trascendencia a los efectos de casación ya que como se aduce con anterioridad, aquella ficción jurídica de protección a los terceros, constituye una excepción a los principios generales de la contratación, en el ámbito del consentimiento, es visto, que carece el motivo de toda trascendencia, por lo que decae el mismo" (10).

c) Asimismo, como pronunciamiento ya clásico en esta materia, tenemos la STS 5 diciembre 1958 (ROJ: STS 1586/1958 – ECLI:ES:TS:1958:1586), según la cual la recta interpretación del art. 1738 CC significa que: "que surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado de buena fe con el mandatario, lo hecho por éste después de darse cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, entre las que está su revocación, pues la ignorancia de esa causa que menciona no debe limitarse al mandatario, sino extenderla a los terceros contratantes, lo mismo que concurra o sin concurrir con la de aquél, ya que la relación que este artículo regula es con los terceros de buena fe y los efectos para con éstos".

Hay que hacer notar que incluso autores que no aceptan la existencia en nuestro Código de un principio general de protección de

(10) Para De la Cámara Álvarez, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, p. 166, en este caso "la protección a la confianza en la apariencia jurídica puede, de alguna manera, enlazar con la eficacia peculiar de la escritura pública". Ello le va a conducir, finalmente a considerar adecuado el resultado al que llega la STS.

la apariencia en la representación, terminan reconociendo que la solución de esta clásica STS fue justa (11). Y alguno de ellos, queriendo ser respetuoso con la letra y los antecedentes del art. 1738 CC, termina fundamentando en la interpretación del art. 1734 CC la correcta solución del caso, lo que nos parece acertado, precisamente por la necesidad de interpretar las normas no aisladamente sino como parte de un sistema coherente: "la sentencia apunta (...) hacia lo que puede y a mi juicio debe ser una posible manifestación de la protección a la confianza en la apariencia jurídica en sede de representación voluntaria (...) quien consiente o tolera el comportamiento reiterado de una persona como representante suyo y que cumple en tal concepto una serie de actos de la misma naturaleza o tipo, que se celebran con terceros quienes llegan a tratar habitualmente con el representado a través del representante, produce una situación objetiva en el tráfico que ha de surtir efectos en beneficio de los terceros de buena fe, mientras esa situación objetiva no se desvanezca, bien por comunicación directa a los contratantes habituales, bien rompiendo ostensiblemente la relación fáctica en virtud de la cual el apoderado aparece como tal, sin que sea suficiente la simple revocación de los poderes" (12).

Ahora procedería recordar que también en la llamada jurisprudencia menor, existen pronunciamientos específicos sobre el alcance que hay que dar a la interpretación del art. 1738 CC: así en la SAP Pontevedra 9 julio 2012 (ROJ: SAP PO 2067/2012), en un caso de revocación, se otorgó la protección del tercero en razón de su buena fe, con independencia de que el mandatario conociera o no la revocación. Y en el mismo sentido se pronunció la SAP Valencia 29 diciembre 2011 (ROJ: SAP V 7208/2011): "el tercero que ha venido contratando asiduamente con el mandatario que incluso profesionalmente se dedica a esa función representativa, ignore la revocación (a lo que se equivale cualquier otra causa de extinción del mandato como la muerte) por lo que sigue contratando como venía haciéndolo hasta entonces y en obsequio al principio de confianza, de la buena fe y de rapidez del tráfico mercantil, aún en el supuesto de que el mandatario sea consciente de la extinción del contrato, puede no obstante quedar vinculado el principal mandante frente al tercero que actúa de buena fe en el ámbito de una práctica habitual

(11) Así De los Mozos, *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Bosch, Barcelona, 1965, pp. 268-271. Y así también De la Cámara Álvarez cit., pp. 160-161.

(12) De la Cámara Álvarez, cit., p. 161.

e ignorando la nueva circunstancia determinante de la extinción de la facultad de representación del mandatario".

En la actualidad, en cambio, el Tribunal Supremo, una muestra más sería esta STS, parece haber abandonado dicho criterio general, pues la subsistencia de los efectos del negocio concluido con un tercero de buena fe, con base en un poder aparentemente regular ya no dependerá solamente de esos dos datos (implicación del *dominus* en la creación de la apariencia que hace confiar de buena fe al tercero), sino también de la buena fe del representante (13). No se aprecia así que el art. 1738 CC en realidad "regula las relaciones entre mandante y mandatario y protege al mandatario de buena fe que, ignorante de la muerte del mandante, ejecuta el encargo" (14); mientras que son otras las normas que directamente se refieren a la protección de los terceros que confían en la apariencia del poder. A nuestro juicio, se introduce así con esta doctrina jurisprudencial un elemento perturbador de la coherencia interna del ordenamiento que, sin duda alguna, reconoce expresamente varios supuestos en que la buena fe del representante no es necesaria, lo cual es manifestación de un principio general; y así, sin razón suficiente para

(13) La RDGRN 10 mayo 2018 (RJ 2018\2483) ha explicado sintética y claramente la evolución a la que nos referimos en el texto: "la jurisprudencia tradicionalmente había desvinculado la protección del tercero de buena fe de la buena fe del mandatario o apoderado; sin embargo, apartándose de esta tesis, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6308) y de 13 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1343) consideran que la buena fe del apoderado es imprescindible para que el poderdante quede vinculado por el negocio representativo, sin que sea suficiente con la buena fe del tercero".

(14) Así literalmente lo sostiene Alfaro Águila-Real, "Más sobre el art. 1738 CC", en https://derechomercantilespana.blogspot.com/2015/04/mas-sobre-el-art-1738-cc.html (consultado el 5 de enero de 2019), cuya opinión me interesa destacar, pues es muy crítica con la posición que sostuvimos en nuestra obra antes citada. Coincide en este punto con Gordillo, cit., p. 256 para quien el art. 1738 CC es "una norma dirigida a la directa protección del representante de buena fe, que, además e indirectamente, se traduce en una disposición de tutela del tercero (en cuanto contraparte negociadora del representante) en tanto a ello no obste su mala fe"; precepto que no agota las posibilidades autónomas de protección del tercero de buena fe, como habíamos explicado en "La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo", cit., p. 29. Por otra parta, la tesis del texto también se refleja en un pasaje de la STS "*El art. 1738 CC protege al representante cuando actúa desconociendo la extinción del poder y, en tal caso, afirma la continuidad de la relación representativa frente a los terceros de buena fe".*

ello, en otros supuestos equiparables, según esta interpretación, sí sería exigible la buena fe del representante. Lo que sucede, además, en esta STS es que la solución de la doble buena fe se expande y contamina un supuesto en que no debiera aplicarse por existir una norma expresa que lo impide.

## II. LOS DATOS DE HECHO DEL LITIGIO Y LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS POR LOS TRIBUNALES PARA RESOLVERLO

La STS 19 julio 2018 destaca positivamente por contener unos Fundamentos de Derecho muy claros, por lo que no necesitan apenas comentario, y basta su lectura para hacerse cargo perfectamente de los hechos, de los diferentes argumentos utilizados por los tribunales que conocieron del caso, y quizá, de que los argumentos jurídicos utilizados para la defensa del tercero fueron bastante mejorables. Únicamente debiéramos tomar en consideración un dato adicional que se encuentra solo implícito, pero que es importante a nuestros efectos: los términos del poder eran lo suficientemente amplios como para que en ellos no se encontrara obstáculo alguno para la controvertida validez de la hipoteca concertada por el sedicente representante, aunque fuera para garantizar un préstamo personal del propio apoderado, lo que es obvio que no encaja fácilmente con una actuación en beneficio del representado(15); sin duda alguna la razón por la que esta cuestión no se subraya en la STS sería porque probablemente la suficiencia del texto del poder para la realización del negocio controvertido no era dudosa, y la reconocía incluso el propio *dominus*.

*"PRIMERO*

*Resumen de antecedentes*

*1.– El presente recurso plantea como cuestión jurídica la de la validez de la hipoteca constituida por el apoderado para garantizar*

(15) Así también, Mariño Pardo en "Revocación tácita del poder 'antiguo' y buena fe del tercero. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018", publicado en:

http://www.iurisprudente.com/2018/09/revocacion-tacita-del-poder-y-buena-fe.html (consultado el 4 de enero de 2019), quien afirma: "no parece que el poder contuviese ninguna limitación expresa ni de facultades ni de plazo apreciable por un tercero". De hecho en la SAP Vizcaya 17 octubre 2012 (JUR 2014\146386) que conoció el procedimiento penal sobre los mismos hechos se afirmó con toda claridad que: "En la facultad segunda de la escritura se hizo constar entre ellas las de constituir hipoteca por cualesquiera préstamos o crédito concedidos al propio apoderado".

*un préstamo personal concedido a su favor mediante el uso de un poder que le había otorgado la propietaria de la vivienda diecisiete años antes. El poder confería al apoderado amplias facultades respecto de la vivienda, incluida la facultad de venderla o de constituir hipoteca para garantizar préstamos, y se otorgó en un contexto en el que se iba a constituir un préstamo hipotecario para financiar la compra de la vivienda. Pese a la existencia del poder, ese préstamo hipotecario para financiar la vivienda lo concertó personalmente la propietaria. Poco después de otorgar el poder, terminó la relación sentimental que había existido entre las partes, sin que tuvieran más contacto.*

*El apoderado está en rebeldía y el recurso de casación lo interpone el tercero que le concedió el préstamo y a cuyo favor se constituyó la garantía, que las sentencias de instancia han declarado nula.*

*2.– La sentencia de primera instancia recoge como hechos probados, asumidos por la sentencia recurrida, los siguientes:*

*«1. La demandante mantuvo una relación con el Sr. Luis Manuel desde el año 1987, durante la cual se habían firmado diversos documentos por la Sra. Antonieta para la intervención formal en operaciones inmobiliarias gestionadas por el Sr. Luis Manuel, esencialmente en subastas judiciales. Precisamente en una de estas operaciones el Sr. Luis Manuel ofreció a la actora la posibilidad de adquirir por subasta judicial la vivienda litigiosa, a lo que ella accedió. Formalmente la Sra. Antonieta apareció como adquirente de la misma por título de compraventa de 30 de enero de 1991 en venta judicial, pero el precio no fue satisfecho en ese momento por la actora sino presumiblemente por el Sr. Luis Manuel, en la cantidad de 1.467.000 ptas. Este le dijo a la Sra. Antonieta que a efectos de que ella pagara el precio se iba a constituir un préstamo hipotecario sobre esa vivienda y tendría que ir pagando las cuotas. En el contexto de esta operación el Sr. Luis Manuel obtuvo de la Sra. Antonieta la firma de un poder el 27 de febrero de 1991 a su favor por el que le concedía amplias facultades respecto de la vivienda litigiosa, incluso la facultad de venderla o de constituir hipoteca para garantizar préstamos. Asimismo, el 28 de abril de ese año la demandante firmó una escritura de préstamo hipotecario sobre esa vivienda, por importe de 4.000.000 pesetas, siendo ella la que ha abonado todos los plazos del mismo hasta su cancelación. El importe del préstamo no se recibió por la demandante sino por el Sr. Luis Manuel, sin que se haya acreditado para qué fines lo destinó.*

*»2. La Sra. Antonieta realizó los pagos de las cuotas del préstamo entendiendo que era la forma en la que pagaba el precio de adqui-*

*sición conforme se le había indicado por su pareja. Por tanto es su legítima propietaria.*

*»3. La relación entre la Sra. Antonieta y el Sr. Luis Manuel terminó ese año 1991, sin que tuvieran más contacto.*

*»4. En el año 2008, el Sr. Luis Manuel hizo uso del poder notarial que le había concedido la Sra. Antonieta para, sin su conocimiento ni consentimiento, emplearlo para conseguir un préstamo personal de 141.000 euros, que fue mediado por una empresa especializada y en el que aparecía como acreedor prestamista Roberto. El plazo de devolución del préstamo era de 6 meses. El Sr. Luis Manuel compareció ante notario exhibiendo el poder, que no había sido revocado formalmente por la Sra. Antonieta, con el objeto de poder hipotecar la vivienda para garantizar el préstamo y así obtener su concesión, a sabiendas de que no iba a devolver el capital. Actuó con el único objeto de recibir el dinero, sin intención alguna de cumplir con su obligación de devolución y a sabiendas del perjuicio que causaba a la Sra. Antonieta, pues la operación estaba avocada a la ejecución de la garantía hipotecaria.*

*»Llegada la fecha del vencimiento, el Sr. Luis Manuel no devolvió ninguna cantidad, por lo que el acreedor inició el proceso de ejecución hipotecaria que se sigue actualmente ante el Juzgado de Primera Instancia n° 2.*

*»El 16 de septiembre de 2008 la Sra. Antonieta tuvo conocimiento, por primera vez, del uso de ese poder para constituir la hipoteca cuando fue requerida de pago en la ejecución hipotecaria, procediendo a revocar dos días después el poder notarial».*

*3.– En virtud de denuncia de la Sra. Antonieta, se instruyeron diligencias penales que terminaron por sentencia firme de la Audiencia Provincial de Bizcaia de 17 de octubre de 2012, por la que se absolvió al Sr. Luis Manuel del delito de estafa.*

*4.– Tras auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2013 por el que se inadmitió el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el 17 de noviembre de 2013, la Sra. Antonieta interpuso demanda contra el Sr. Luis Manuel y el Sr. Roberto.*

*De modo principal solicitó la declaración de nulidad radical del poder para formalizar la garantía hipotecaria (con subsistencia del préstamo personal entre los demandados), la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria y la cancelación de la anotación de la hipoteca. De forma subsidiaria solicitó la nulidad del préstamo personal suscrito entre los demandados e, igualmente, la nulidad*

*del procedimiento de ejecución hipotecaria y la cancelación de la anotación de la hipoteca.*

*El Sr. Luis Manuel fue declarado en rebeldía y el Sr Roberto contestó a la demanda, solicitando su desestimación. En síntesis, alegó: que desconocía la relación de la demandante con el Sr. Luis Manuel, pero que el dinero del préstamo con garantía hipotecaria concertado en el año 1991 sobre la vivienda lo percibió la Sra. Antonieta y fue el Sr. Luis Manuel quien meses antes había pagado el piso; que no es un prestamista profesional, pero que la entidad Credit Services le aconsejó conceder el préstamo litigioso como forma de obtener rentabilidad a su dinero y que el préstamo no era usurario; que siempre ha actuado de buena fe, asesorado por una entidad profesional y especializada, con intervención notarial e inscripción en el Registro de la Propiedad; que la querella criminal fue interpuesta por la demandante en 2008 contra el Sr. Luis Manuel y contra el Sr. Roberto y, al decretar el sobreseimiento de la causa contra el Sr. Roberto, el auto del juzgado de 12 de enero de 2011 hizo constar que no existía indicio alguno de que conociera que la denunciante ignoraba el contrato ni le era exigible una investigación de tal extremo, pues el poder utilizado por el Sr. Luis Manuel no adolecía de defecto alguno y no estaba revocado; que el poder fue revocado por la Sra. Antonieta después del otorgamiento de la escritura, por lo que aunque se hubiera consultado el Archivo de revocación de poderes que estuvo vigente hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, no hubiera podido encontrarse la revocación; que se subsanó la omisión referida al domicilio de la hipotecante no deudora con fecha 6 de marzo de 2008, conforme al art. 153 del Reglamento notarial; que la escritura de préstamo hipotecario es válida y eficaz.*

*5.– La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda: declaró la nulidad de la garantía hipotecaria sobre la vivienda de la actora por inexistencia de consentimiento de la propietaria al haberse realizado por el Sr. Luis Manuel sin ostentar su legítima representación, haciendo uso de un poder notarial tácitamente revocado y ordenó la cancelación de la inscripción de dicha garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad.*

*Valoró que las circunstancias en las que se había otorgado el poder habían cambiado en los dieciocho años transcurridos (cuando se otorgó eran pareja y se iba a pedir un préstamo hipotecario para financiar la vivienda), lo que era perfectamente conocido por el apoderado, que sabía que el poder estaba extinguido cuando lo utilizó. Añadió que:*

*«En todo caso no se considera que el acreedor hipotecario pueda ampararse en la buena fe para mantenerse ajeno a las consecuencias antijurídicas del contrato que firmó, pues no actuó con la mínima diligencia que le era exigible para cerciorarse de que la propietaria del inmueble realmente estaba al tanto de la operación. No se preocupó realmente de la efectividad de su garantía hipotecaria, no exigió la tasación de la finca para saber cuál era su valor real, no intentó comprobar su real situación posesoria. Simplemente se fió de lo que manifestaba el deudor, a quien no conocía de nada y sabiendo que el poder de representación de la propietaria era muy antiguo y además solo se aportaba fotocopia. El Sr. Roberto dice en el juicio que si el notario lo daba por válido él no tenía por qué dudar. No se comparte el argumento pues, con independencia de las responsabilidades en las que este profesional pudiera incurrir, el acreedor es quien tiene que asegurarse con unas mínimas comprobaciones de la solvencia del deudor y de la garantía que le ofrece. De hecho, no se molestó siquiera en indagar la capacidad económica del deudor para devolver el préstamo, confió en las recomendaciones de la empresa intermediaria.*

*»En definitiva, no puede darse por cierto que actuara en connivencia del Sr. Luis Manuel, pero sin duda su total desinterés por el éxito de la operación y por la viabilidad de la garantía fueron elementos y piezas clave para permitir que el deudor consiguiera lo que se había propuesto: recibir dinero sin nada a cambio, perjudicando a la Sra. Antonieta sobre quien recaería el peso de pagar, con su casa, el préstamo».*

*Declaró en cambio no haber lugar a la declaración de la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, sin perjuicio de que se solicitara esta declaración ante el juzgado en el que se estaba tramitando.*

*6.– El demandado interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial.*

*La sentencia tuvo en cuenta, en síntesis, las siguientes razones:*

*i) Frente a lo que sostenía el demandado apelante, no hay incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo concedido en el fallo de la sentencia de primera instancia.*

*ii) El juez civil puede valorar de modo diferente al penal lo acontecido, máxime cuando la sentencia era absolutoria para el Sr. Luis Manuel y se había producido el sobreseimiento contra el Sr. Roberto.*

*iii) Es doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6308) y 13 de*

*febrero de 2014 (RJ 2014, 1343), que el art. 1738 CC requiere, para su aplicación, dos condiciones: que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe y que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquier otra de las causas que hacen cesar el mandato.*

*iv) La acción de nulidad de la hipoteca por falta de consentimiento, dada la revocación del poder, es imprescriptible. Asume el razonamiento del juzgado, según el cual, la constitución de la garantía hipotecaria en 2008 adolece del vicio de nulidad por falta de consentimiento porque el poder empleado para actuar en nombre de la propietaria no era válido, al estar tácitamente revocado y sin vigencia.*

*v) Comparte el razonamiento de la sentencia de primera instancia que declaró que el acreedor hipotecario demandado no actuó con la mínima diligencia que le era exigible para cerciorarse de que la propietaria del inmueble estaba al tanto de la operación, en atención a las circunstancias.*

*Dice la sentencia de la Audiencia:*

*«[S]abedor el Sr. Luis Manuel de la revocación del poder, en este momento poco importa que el Sr. Roberto lo supiera o no o confiara en la intervención del notario para estimar correcto el uso de un poder cuanto menos sospechoso por su antigüedad (1991), y quien pese a acudir a ver por fuera la finca, como admite en su declaración en el presente procedimiento (minuto 10,06 y ss Cd n° 1) no intentó comprobar la realidad de la autorización para la constitución de la hipoteca de una vivienda a nombre de persona distinta de quien era el prestatario, cuando, además, estamos ante una financiación fuera de los canales habituales ante la intervención de una intermediadora financiera como Credit Services que es con la quien se pone en contacto el Sr. Luis Manuel, quien busca al prestamista el Sr. Roberto, conociéndose ambos en el Notario, y quien se encarga de toda la tramitación del contrato de préstamo y de la garantía hipotecaria».*

*SEGUNDO*

*Recursos de casación y de infracción procesal*

*Frente a la sentencia de apelación, el demandado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, fundado en un motivo, y recurso de casación fundado en dos motivos.(...)*

*TERCERO*

*Recurso extraordinario por infracción procesal*

*1.–Formulación del motivo.*

*El motivo denuncia «infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2.º LEC, en concreto se denuncia la vulneración del principio de congruencia en tanto que la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya infringe los preceptos contenidos en los arts. 216, 217 y 218 LEC. Asimismo se denuncia vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE (ex art. 469.1.4.º LEC), en concreto infracción del principio de justicia rogada, con la consiguiente vulneración del derecho fundamental a tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE .*

*En el desarrollo del motivo se razona que el suplico de la demanda pedía la nulidad radical del poder para formalizar la garantía hipotecaria y que la sentencia, tras reconocer que el poder era válido cuando se otorgó, concede la nulidad de la hipoteca con el argumento de que el poder había sido tácitamente revocado, lo que la demandante no instó. Añade que este modo de proceder supone alterar y modificar el debate, lo que le ha causado indefensión.*

*Realiza además otras consideraciones acerca de los pronunciamientos que sobre esta cuestión contiene la sentencia penal dictada por la Audiencia en el sentido de que la constitución de una hipoteca en el año 1991 por la Sra. Antonieta no era concluyente en orden a extinguir el apoderamiento, que no procedía la aplicación analógica del art. 102 CC o que, de haber existido revocación tácita, ello no significaba necesariamente el conocimiento por parte del acusado (Sr. Luis Manuel) de querer engañar a la querellante (Sra. Antonieta). También denuncia lo que a su juicio son incongruencias, al considerar revocado un poder por el cese de la relación sentimental entre poderdante y apoderado cuando lo cierto es que la demandante invocaba la vinculación del poder a las gestiones bancarias previas necesarias para la hipoteca constituida por la propia Sra. Antonieta en 1991.*

*2.– Desestimación del motivo.*

*Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.*

*1.ª) Con carácter general, venimos considerando que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia» [sentencias 173/2013, de 6 de marzo (RJ 2013, 2586)]. De tal forma que, para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (ultra petita), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplica-*

*do por las partes (extra petita) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (infra petita), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretase como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutiva de las sentencias que deciden el pleito» [sentencias 468/2014, de 11 de septiembre, y 375/2015, de 6 de julio (RJ 2015, 4477)].*

*En el caso no hay incongruencia. La sentencia de primera instancia ya razonó que, aunque el suplico de la demanda literalmente pedía la declaración de nulidad radical del poder para formalizar la garantía hipotecaria, no suponía incongruencia la declaración de nulidad de la garantía hipotecaria por inexistencia del poder por estar revocado porque en la fundamentación jurídica de la demanda se hacía expresa referencia a la revocación tácita del poder y a la nulidad del contrato de garantía hipotecaria por inexistencia de consentimiento y el demandado se había defendido de estas alegaciones.*

*La sentencia recurrida, por su parte, observó que de la demanda se infería que no había existido por parte de la demandante consentimiento para constituir la hipoteca sobre su vivienda en garantía del contrato de préstamo entre los demandados, negando la validez del poder esgrimido para ello por el Sr. Luis Manuel, aduciendo a tal efecto diversos hechos fácticos en atención a los cuales consideraba que el poder o bien se había extinguido por cumplir su función (otorgamiento de préstamo hipotecario ante La Caixa el día 25 de abril de 1991) o bien se había revocado tácitamente al romper su relación de pareja a finales de 1991, sin que tuviera sentido que se usase 17 años después (véase el relato de hechos de la demanda, hecho segundo), en coincidencia con el relato de la querella (doc. n° 1 contestación) y su fundamentación jurídica en el apartado de formas de revocación legal o tácita de poderes. Como argumentó la sentencia recurrida, no hay duda de que la pretensión de la demanda, y de lo que se ha defendido la parte demandada, es que la ausencia de poder y con ello de consentimiento para la constitución de la hipoteca, tenía como consecuencia su nulidad, como lo evidencia el hecho de que de igual modo se pedía en el suplico de la demanda que se cancelase la anotación de hipoteca (inscripción) y las que de ella trajeran causa y que se declarase nulo el procedimiento de ejecución hipotecaria, todo lo cual solo era posible si la constitución de la hipoteca era nula.*

*2.ª) Por otra parte, no debe confundirse el vicio de incongruencia con el acierto del razonamiento jurídico, que solo es revisable en casación [sentencia 580/2016 de 30 de julio (RJ 2016, 4582)]. En el caso, la parte recurrente impugna en este motivo las razones por las que la sentencia recurrida considera que el poder estaba revocado, y las valoraciones jurídicas no están sometidas al recurso de infracción procesal.*

*3.ª) En particular, por lo que se refiere a la eficacia de la sentencia penal que absolvió al Sr. Luis Manuel del delito de estafa, tampoco se trataría del vicio de incongruencia.*

*Hay que recordar que, en línea con la jurisprudencia constitucional, esta sala ha afirmado que el art. 222.4 LEC se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones. Únicamente en cuanto a la fijación de hechos pudiera producirse tal efecto, pues la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica [sentencias de la Sala Primera 23/2012, de 26 de enero (RJ 2012, 1905), y 532/2013, de 19 de septiembre (RJ 2013, 7604)].*

*En el caso, además, los razonamientos de la sentencia penal que invoca la parte recurrente se dirigieron a excluir que existiera engaño bastante para una condena penal del apoderado, y la misma sentencia penal absolutoria terminó afirmando que:*

*«En definitiva, todas esas circunstancias conducen a la sala considerar que se ha producido por parte del acusado un incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Código Civil para el contrato de mandato, al otorgar un contrato en perjuicio de este, con mala fe y dolo de carácter civil, con abuso o uso indebido de las facultades otorgadas por el poder, que deben ser enjuiciadas por los tribunales civiles, pero no cabe considerar que la utilización de un poder que se encontraba vigente en el momento del hecho constituya un engaño, ya con respecto a la querellante, ya con respecto al prestamista señor Roberto, pues en definitiva, lo que subyace es que en el caso de que la querellante hubiera sido consultada ella en absoluto hubiera dado el consentimiento para dicho contrato, pero esta deducción de la falta de consentimiento, y las consecuencias perjudiciales para la misma, no puede equivaler en absoluto a la causación por parte*

*del acusado de un engaño en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria».*

*CUARTO*

*Recurso de casación*

*1.–Formulación del primer motivo.*

*En el primer motivo el recurrente denuncia infracción del art. 1735 CC. Alega que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo a tenor de la cual la revocación del mandato, ya sea tácita o expresa, debe comunicarse al mandatario. Cita las sentencias de 10 de julio de 1946, 3 de julio de 1962, 14 de junio de 1965, 22 de marzo de 1986, 1 de julio de 1975, 24 de octubre de 2008, que interpretan y aplican el art. 1735 CC .*

*En su desarrollo, el recurrente alega que la sentencia recurrida basa la revocación del poder en el cese de la relación afectiva existente entre la poderdante y el apoderado, lo que considera absurdo si se tiene en cuenta que el poder se otorgó precisamente en el momento en que dicha relación tocaba a su fin, por lo que considera que la supuesta revocación tácita nunca llegó a conocimiento del apoderado y mucho menos del propio recurrente o del notario que autorizó la escritura. Reitera el argumento de los efectos vinculantes de la sentencia absolutoria penal y que, en todo caso, correspondería al mandante desplegar la diligencia debida para hacer llegar al apoderado su voluntad de revocación.*

*2.–Desestimación del primer motivo.*

*El motivo se desestima por las razones que exponemos a continuación.*

*El art. 1735 CC, cuya infracción denuncia el recurrente en este primer motivo, contiene un supuesto específico de revocación implícita del poder (aceptando la aplicación de las normas del mandato a las relaciones representativas, dada la ausencia de disciplina legal en nuestro Código civil) y que consiste en que el poderdante nombra un nuevo apoderado para el mismo negocio. No es esto lo que ha sucedido en el presente caso litigioso ni es el art. 1735 CC el aplicado por la sentencia recurrida, lo que sería suficiente para desestimar el motivo del recurso. Pero si, en aras de agotar la respuesta a los argumentos del recurrente, tenemos en cuenta el asunto que plantea de la carga del poderdante de notificar la revocación, el motivo debe ser igualmente desestimado por varias razones.*

*En primer lugar, el recurrente no es el apoderado, sino el «tercero» con el que aquél contrató, lo que es relevante a efectos de precisar la protección que se le dispensa y la razón fundamental por la que esta sala considera que, en el presente caso, no debe quedar*

*protegido, tal y como se analizará en el segundo motivo del recurso de casación.*

*En cualquier caso, contra lo que dice el recurrente, el efecto que persigue la revocación es que el representado no siga vinculado por la actuación del representante y se alcanza también cuando se considera probado que el representante la conoció o pudo conocerla con una diligencia que las circunstancias del caso concreto demanden. Y en el presente supuesto litigioso, tal y como ha quedado recogido en el primer fundamento de derecho de esta sentencia, la Audiencia Provincial, confirmando la sentencia de primera instancia, considera probado que el representante, Sr. Luis Manuel, conocía y sabía que no podía usar el poder pasados diecisiete años desde la pérdida de relación con la apoderada.*

*El recurrente también menciona su propia falta de conocimiento de la revocación, que es una cuestión que es tenida en cuenta en el art. 1734 CC cuando establece la carga del representado de notificar a los terceros la revocación del poder dado para contratar con determinadas personas, lo que no ocurre en el presente caso. Esta circunstancia es también relevante en la aplicación del art. 1738 CC, que es objeto de atención en el análisis del segundo motivo del recurso de casación, por lo que nos remitimos a lo que allí diremos.*

*En el desarrollo del motivo, además, el recurrente mantiene que el poder estaba vigente y que, en su caso, de no estarlo, sería la propia poderdante quien debería asumir las consecuencias de no haber notificado al apoderado la revocación. Sucede, sin embargo, en primer lugar, que la sentencia recurrida, con propios argumentos y por remisión a los empleados por la sentencia recurrida, explica los motivos por los que considera que el Sr. Luis Manuel sabía que el poder no estaba vigente. Y, en segundo lugar, por lo que se refiere a la protección del tercero, que es el objeto fundamental de este litigio, debe estarse a la aplicación del art. 1738 CC, del que nos ocupamos a continuación.*

*3.–Formulación del segundo motivo.*

*En el segundo motivo se denuncia infracción del art. 1738 CC. Se alega que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expresada en las sentencias de 24 de octubre de 2008 y sentencia de 1 de julio de 1971 que interpretan y aplican el art. 1738 CC.*

*En su desarrollo se sostiene que debe declararse que, conforme a los principios generales en materia de representación, se permite la actuación del mandatario con los efectos obligatorios correspondientes, con posterioridad al cese o revocación del mandato, pues*

*dicha decisión debe ser comunicada al mandatario tanto si es expresa como si nos encontramos ante la revocación tácita prevista en el art. 1735 CC, porque como dispone el art. 1738 CC lo realizado por el mandatario ignorando la muerte del mandante o cualquiera de las circunstancias que hacen cesar el mandato, es válido y produce todos sus efectos respecto a terceros que hayan contratado con él de buena fe.*

*4.–Desestimación del segundo motivo.*

*El recurrente reitera en el desarrollo de este motivo segundo la cita del art. 1735 CC, de cuya interpretación y aplicación al caso ya nos hemos ocupado en el primer motivo, y a lo dicho nos remitimos. Procede ahora que nos ocupemos únicamente de la infracción denunciada del art. 1738 CC.*

*El motivo se desestima por las siguientes razones.*

*Lo realizado tras la extinción del poder es nulo (art. 1259 CC), no vincula al representado (mandante, art. 1727 CC), y frente al tercero es responsable el representante (mandatario, art. 1725 CC). El art. 1738 CC protege al representante cuando actúa desconociendo la extinción del poder y, en tal caso, afirma la continuidad de la relación representativa frente a los terceros de buena fe.*

*Esta sala ha reiterado que la aplicación del art. 1738 CC requiere dos presupuestos: que el tercero con el que contrata el representante haya actuado de buena fe, o sea, que desconociera la anterior extinción del mandato; y que dicho representante, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la concurrencia de cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato [sentencias 984/2008, de 24 de octubre (RJ 2008, 6308), 98/2014, de 13 de febrero (RJ 2014, 1343) Rc. 200/2012, 4/2015, de 22 de enero (RJ 2015, 135)].*

*En el presente caso, la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la sala porque considera probado, como ya se ha explicado, que el representante conocía que no podía hacer uso del poder, lo que excluye la posibilidad de encaje en el supuesto de hecho del art. 1738 CC. Pero además, y esto es verdaderamente relevante a juicio de esta sala, de los hechos probados, tampoco se infiere que la diligencia del recurrente fuera la suficiente para desplegar la protección que dispensa el precepto, pues sería precisa una confianza razonable en la aparente subsistencia del poder que, en el caso, no se da.*

*Basta recordar a estos efectos, como dice la sentencia recurrida, que estamos ante el uso de un poder cuanto menos sospechoso por su antigüedad (1991) y que el recurrente, pese a acudir a ver por fuera la finca, no intentó comprobar la realidad de la autorización*

*para la constitución de la hipoteca de una vivienda a nombre de persona distinta de quien era el prestatario, a quien conoció en la notaría. Frente a ello, no es suficiente el argumento del recurrente, mantenido en todas las instancias y reiterado ahora en casación, de que si el notario dio por válido el poder y el registrador de la propiedad lo calificó, él no tenía por qué dudar. En cualquier caso, el carácter sospechoso del poder otorgado en 1991 para hipotecar una vivienda comprada por la poderdante ese mismo año, en garantía de un préstamo a la propia poderdante, era más que evidente en 2008 para hipotecar esa misma vivienda, no ya en garantía de otro préstamo a la propietaria, la poderdante, sino de un préstamo personal a quien solo formalmente, dado lo muy perjudicial de la operación para la poderdante, podía seguir considerársele su apoderado".*

## III. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA DOCTRINA DE LA STS 19 JULIO 2018

Quizá poner el foco en el art. 1738 CC, que literalmente no es un buen resumen del sistema de nuestro Código, está llevando a confusión a la jurisprudencia reciente. En realidad para entender bien este precepto es necesario ponderar su exégesis los criterios que inspiran las normas de los arts. 1733, 1734 y 1735; así como 1218, 1219 y 1230 CC. La STS dice fundamentar su criterio de solución en la falta de buena fe tanto en el representante como en el tercero, optando por continuar con una interpretación del art. 1738 CC que es contraria a una buena parte de su propia jurisprudencia anterior, como hemos destacado antes, aunque concuerda con sus posicionamientos más recientes, que recogen los Fundamentos de Derecho acabados de reproducir. No obstante, esta última doctrina jurisprudencial entendemos que no se conjuga bien con otras normas del sistema en que el precepto en examen se inserta; ni con el sentir jurídico actual, que impregnado por la jurisprudencia más clásica a la que antes nos hemos referido, también se ha manifestado en varias propuestas legislativas a las que aludiremos más adelante(16). Por nuestra parte, ya tenemos argumentada nuestra posición en otro trabajo, cuyas conclusiones entendemos bien fundamentadas, por tanto nos remitimos a ellas aunque algunas las vamos a reiterar y desarrollar aquí(17).

(16) Cfr. *infra* nota 18.

(17) "La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación apa-

En nuestra opinión resulta que la restricción para proteger al tercero, la exigencia de buena fe del mandatario, comporta incoherencias valorativas y sistemáticas imposibles de resolver con la interpretación literal de este artículo. Naturalmente reconocemos que es un criterio deliberadamente introducido en la explicación de los antecedentes inmediatos de las normas que tenemos que interpretar; lo que no nos resulta claro es que esta explicación deba ser determinante para delimitar el alcance del precepto vigente; porque los simples antecedentes históricos, representados en este caso por la autorizada opinión del redactor de la norma, serían solo uno de los elementos de la interpretación legal; que también se debe inspirar en razones sistemáticas e incluso en la realidad social del tiempo en que se debe aplicar la norma, lo que enlazaría con el criterio repetido en diversas propuestas normativas sobre la representación, mucho más próximas a una visión de las cosas acorde con lo que aquí sostenemos y contraria a la solución de la STS 19 julio 2018 (18).

---

rente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo", cit., *passim.*

(18) Con un acento o con otro, de un modo más o menos correcto, la idea de representación aparente que aquí defendemos está presente en los siguientes textos que quizá pudieran haber sido tenidos en cuenta y considerados, como en bastantes ocasiones hace el Tribunal Supremo en otras materias: a) Principios de derecho europeo de los contratos: art. 3:201: (3) "Si una persona por medio de sus declaraciones o de su conducta induce razonablemente y de buena fe a un tercero a creer que al representante aparente se le había concedido poder para llevar a cabo el acto realizado, debe considerarse como si a dicha persona se le hubiera concedido el poder": Díez-Picazo/Roca i Trías,/Morales, *Los principios del derecho europeo de contratos,* Madrid, 2002, p. 36; b) Marco común de referencia, II.–6:103: Apoderamiento (3) "Cuando una persona causa en un tercero la creencia razonable y de buena fe de que la misma ha autorizado a un representante para realizar ciertos actos, se considera como un principal que de esa forma autorizó al aparente representante": vid. Jerez Delgado (coord), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Madrid, 2015, p. 99; c) Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (Comisión general de codificación): art. 1284. (...) "La persona que con sus declaraciones o su comportamiento haya suscitado en otro la razonable y fundada confianza de que una persona era representante suyo, no puede después pretender la inexistencia del poder", y art. 1293. 3: "La extinción del poder no es oponible al tercero que no la conociera ni hubiera debido conocerla en el momento de celebrar el contrato, a no ser que se haya comunicado o hecho pública por los mismos medios por los que se comunicó o se hizo público su otorgamiento. En todo caso, la extinción del poder será oponible al tercero que sea adquirente a título gratuito y al tercero que solo hubiera tenido conocimiento del mismo a través de la mera declaración del representante"; d) Propuesta de Código

Hemos dicho que el criterio fue deliberadamente introducido por García Goyena quien al comentar el art. 1628 del Proyecto de 1851, antecedente del actual art. 1738 CC, explicó: "Sin embargo, el artículo 200 Prusiano, título 13, parte 1, dice: «Las obligaciones del mandatario para con un tercero son válidas, si éste ignoraba la muerte o la incapacidad del mandante, aunque el mandatario la supiera» pero esto sólo podrá sostenerse en el caso de nuestro artículo 1624" (19). Es decir, para el autor la eficacia frente a terceros del poder más allá de su revocación a la que se refiere el Código civil prusiano solamente procedería en el sistema del Proyecto de 1851, "cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas", pues entonces "su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber" (cfr. art. 1734 CC). Veremos si esta opinión es coherente o no con el resto del sistema del Proyecto, y del actual Código.

Este último precepto es traducción, modificada, del art. 2005 *Code* que dice: «La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire». La redacción más restringida del art. 1734 CC frente al art. 2005 *Code* fue obra deliberada de García Goyena. En efecto, para García Goyena la extensión general del criterio normativo de este último sería una innovación «dura y peligrosa», y «contraria a la práctica observada inconcusamente entre nosotros» (20), por lo que propuso limitar la medida protectora de los terceros a un solo caso: «Cuando el mandato se dió para contratar con personas ciertas y determinadas,

---

Civil de la APDC (Asociación de Profesores de Derecho Civil): art. 1131-5. Representación aparente. "Quien con su conducta o declaraciones suscita en otro la creencia legítima de haber otorgado poder en favor de una persona para realizar un acto en representación suya, resulta vinculado por esta actuación" y art. 1133-5. Protección de terceros. "1. La extinción del poder no es oponible al tercero que no la conoce ni debe conocerla en el momento de celebrar el contrato, a no ser que se haya comunicado o hecho pública por los mismos medios por los que se comunicó o hizo público su otorgamiento. 2. En todo caso la extinción del poder es oponible al tercero adquirente a título gratuito y al que solo haya tenido conocimiento del poder a través de la mera declaración del representante": *Propuesta de Código Civil,* Tecnos, Madrid, 2018, pp. 355 y 359.

(19) García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, Madrid, 1852, p.52. El art. 1624 del Proyecto de 1851 al que se refiere la cita es equivalente al actual art. 1734 CC.

(20) García Goyena, IV, cit., p. 53.

su revocación no puede perjudicar a éstas cuando no se les hizo saber».

Para demostrar el significado que se le quería dar a esta modificación literal hay que atender a la explicación que de la misma ofrecía García Goyena: «Todos los que nombran administradores saben que estos han de contratar con terceros, porque así lo exige la índole de la administración. ¿Cómo, pues, podrán hacer saber a todos la revocación de los poderes? ¿Avisándolo en los periódicos oficiales? ¿Haciéndola pública en el domicilio del administrador por edictos o pregones? Esto sería absurdo a la par que peligroso e inconveniente: otra cosa es cuando se da el poder para contratar con personas ciertas y determinadas, pues que tienen un fundamento especial en el mismo poder cuya revocación ha de ser fácil de poner en su noticia sin ningún inconveniente. Por estas consideraciones mías se redactó el artículo tal como se halla» (21).

Pero en el supuesto del poder otorgado en escritura pública, la incoherencia de la solución a la que apunta García Goyena con las normas que regulan estos instrumentos públicos es obvia: estas requieren la revocación de los mismos en documento público para que puedan perjudicar a terceros. No parece, por otra parte, que esta exigencia de revocación pueda considerarse exorbitante para el poderdante; al menos, no se refiere a ello el propio autor. Parece todo lo contrario: que es una carga absolutamente coherente con la especial fuerza probatoria del instrumento público, y con los criterios de diligencia prescritos para el mandatario por los arts. 1733 a 1735 CC

Parece imposible, en efecto, no abordar esta materia aplicando el criterio legal manifestado en el art. 1230 CC (que concuerda asimismo con el art. 1214 Proyecto de 1851; vid., también art. 1003,12 de este último): “Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero”. Por esta razón, sabemos que es normalmente aceptada la idea de que si bien la revocación de un poder otorgado en escritura pública no es formal como requisito para su existencia, sí que constituye un requisito de su eficacia frente a los terceros de buena fe (22).

(21) García Goyena, IV, cit., p. 53.

(22) Díez-Picazo, *La representación en el derecho privado*, cit., p. 302. Parecidamente Mariño Pardo en “Revocación tácita del poder ‘antiguo’ y buena fe del tercero. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018”, cit.: “una revocación de un acto formalizado en escritura pública, realizada no ya en documento privado sino en forma ‘tácita’, no podría en ningún caso perjudicar a un tercero” (si fuera de buena fe, claro está).

Por eso concordamos con PÉREZ RAMOS (23) en que, aunque admitiéramos como correcta la interpretación literal del art. 1738 CC que el Tribunal Supremo preconiza en los últimos tiempos, cosa que no hacemos más que a los efectos dialécticos, en el caso de los poderes notariales debiéramos tener presentes las normas de los arts. 1218 y 1219 CC, que deben llevar a corregir esa interpretación. Conforme al primero, la escritura de poder hace prueba "aún contra tercero", y por tanto, "incluso a favor de tercero" del "hecho que motivó su otorgamiento", es decir, del hecho de que alguien determinado ha concedido un poder con una específica extensión y a favor de una concreta persona. Y en consecuencia, el tercero puede confiar que el poder sigue vigente, ya que en virtud del art. 1219 CC la escritura hecha para desvirtuar otra anterior entre los mismos interesados –en su caso, la escritura de revocación de poder que pretende desvirtuar la anterior de apoderamiento– sólo producirá efectos contra terceros cuando el contenido de la escritura de revocación hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero. De manera que el tercero puede apoyarse en la escritura de apoderamiento y no le perjudicará la revocación en tanto no la conozca o pueda conocerla, porque entonces sería de mala fe. Cuanto más será así en el caso de revocación del poder en un escrito meramente privado o cuando ni siquiera la revocación se ha documentado por escrito meramente privado como es el caso verdaderamente acaecido en la STS 19 julio 2018 (24).

Incluso el propio GARCÍA GOYENA, al comentar la norma que se refiere a que el mandante puede compeler al mandatario a la devolución del documento en que consta el mandato recogida en el art. 1623 del Proyecto, que es casi idéntico al actual, art. 1733 CC (*"El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato"*), dice: "de este modo se impide que un mandatario poco

(23) PÉREZ RAMOS, "¿Qué le pasa al TS con los poderes?", *El Notario del Siglo XXI*, nº 54, marzo-abril 2014, p. 74. Disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3711-que-le-pasa-al-ts-con-los-poderes.

(24) Parecidamente DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, cit., p. 166: "la protección a la confianza en la apariencia jurídica puede, de alguna manera, enlazar con la eficacia peculiar de la escritura pública (...) la expresión 'aun contra tercero' [del art. 1218.1 CC] (...) no tiene sólo el sentido de que lo que prueba la escritura 'perjudica' a tercero, sino que el tercero puede dar por probado el hecho si éste le favorece".

delicado abuse del poder ya revocado" (25). Se ha explicado con precisión, y constituye un patrimonio doctrinal común, que lo que parece estar formulado en este precepto como una facultad del poderdante, pedir la devolución del documento, es más bien una carga para él si quiere que la revocación perjudique a los terceros. Lo que sería una facultad es la de revocar el poder, pero pedir el documento constituye una carga en el sentido de que "un poder revocado vale como subsistente frente a terceros de buena fe si el poderdante ha omitido exigir la devolución del documento de poder" (26).

Por lo tanto, al menos en el caso del poder otorgado en escritura pública, habría que añadir otra excepción a la única que García Goyena aceptaba para dar eficacia al poder tras su extinción: si el poder está conferido en escritura pública, frente a los terceros de buena fe no vale la revocación meramente privada. Ello conduciría inevitablemente a una solución diversa a la adoptada por la STS 19 julio 2018, salvo que el tercero fuera de mala fe. De otra forma, si renunciamos a esta interpretación sistemática y nos quedamos con la literal, la última parte del art. 1733 CC, quedaría sin sentido, pues el uso de la facultad a que se refiere dejaría de tener utilidad para el poderdante (27).

Quizá los argumentos de los párrafos anteriores sean los que explican que para la STS que estamos comentando no sea la falta de buena fe del apoderado lo más importante para resolver como hace, sino que lo *"verdaderamente relevante a juicio de esta sala"* sería que *"de los hechos probados, tampoco se infiere que la diligencia del recurrente fuera la suficiente para desplegar la protección que*

(25) García Goyena, IV, cit., p.56.

(26) Por todos: Díez-Picazo, *La representación en el derecho privado*, cit., p. 303. Incluso un autor poco proclive a aceptar la existencia de un principio de protección del tercero en virtud de la representación aparente, sí que acepta (con remisión a la opinión de Pantaleón) que "para vincular al principal con el tercero hace falta algo más que la buena fe de éste: hace falta que la creación de la apariencia en la que confió el tercero sea imputable al principal": así Alfaro Águila-Real, "Más sobre el art. 1738 CC", cit. No entendemos, entonces, que este mismo autor no critique la solución de la STS que ahora comentamos, pues no es posible imaginar una mayor implicación del principal en la creación de la apariencia que el otorgamiento de un poder en escritura pública: vid., en cambio, "El artículo 1738 del Código civil y la protección de la apariencia", publicado en https://almacendederecho.org/articulo-1738-del-codigo-civil-la-proteccion-la-apariencia/ (consultado el 5 de enero de 2019).

(27) Gordillo, cit., pp. 168-169 subraya que la norma trata de evitar al poderdante "la pervivencia de una apariencia que sólo puede perjudicarle en la medida en que sea legalmente protegida".

*dispensa el precepto, pues sería precisa una confianza razonable en la aparente subsistencia del poder"*. En efecto, si el requisito de la doble buena fe se mantuviera a rajatabla, tan importante sería su falta en uno como en otro de los sujetos que deben tenerla. Pero de estas palabras parece deducirse que la STS 19 julio 2018 debe ser consciente que tratándose de un poder en escritura pública, su falta de revocación también en esa clase de documento constituye un obstáculo legal a su oponibilidad a terceros, de modo que quiere hacerse fuerte en la falta de buena fe en dicho tercero(28). Pero, desgraciadamente, tampoco los argumentos para desvirtuar esta última nos resultan plenamente convincentes. En efecto, para la STS las razones que explicarían la mala fe del tercero serían la antigüedad del poder; y la falta de comprobación de la realidad de la autorización cuando se trataba de garantizar un préstamo personal del apoderado, es decir de realizar un acto perjudicial para la poderdante. En verdad estos argumentos son extremadamente débiles: no creemos que el tercero para actuar de buena fe deba hacerse cuestión de la fecha de un poder(29), ni comprobar la existencia de auténtica autorización, ni entrar a valorar las ventajas del acto para el representado. Todo eso privaría de sentido y utilidad a los poderes, pues obligaría a que el tercero contactara y negociara con el representado, para así poder verificar que el acto concretamente diseñado satisface sus deseos e intereses. No se olvide, por el contrario, que parece que ninguno de los muchos Tribunales que han conocido del caso ha podido encontrar en el texto del poder razón alguna para dudar de que el acto realizado resultara acorde con las facultades conferidas al representante. ¿Debía, en esas circunstancias, haber dudado el tercero?

En definitiva, si esos argumentos utilizados por la STS pueden sostenerse en un caso, pueden también ser válidos en todos siempre que el poderdante combata la eficacia de lo realizado por el apoderado. Realmente son argumentos solamente convincentes *ex post*

(28) Así, Mariño Pardo en "Revocación tácita del poder 'antiguo' y buena fe del tercero. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018", cit., quien afirma que "quizás consciente de la relativa debilidad del argumento", entra el "Tribunal Supremo a cuestionarse si el tercero en cuestión, el prestamista en el préstamo hipotecario, era o no de buena fe, afirmando que esta cuestión es 'verdaderamente relevante' en el caso".

(29) Para Mariño Pardo en "Revocación tácita del poder 'antiguo' y buena fe del tercero. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018", cit.: "resulta obvio, por lo menos hasta ahora, que un poder es de duración indefinida, si no se le ha fijado un plazo al concederlo".

*facto*, una vez que en sede judicial se desvelan las razones por las que el poder existía, que se dice que eran simplemente para hipotecar la vivienda comprada por la poderdante en 1991 en garantía de un préstamo concedido a la propia poderdante para la adquisición del mismo; y también las circunstancias personales de la poderdante y del apoderado que convivían *more uxorio* en 1991, pero que se separaron ese mismo año. Todos ellos son datos desconocidos para el tercero, y no es razonable que sus deberes de diligencia a la hora de conceder un préstamo con garantía hipotecaria lleguen a imponerle la indagación sobre esas cuestiones. Solamente desde la perspectiva actual, y no como dice la STS al tiempo de apoyarse en él el tercero para contratar, se puede decir que *"el carácter sospechoso del poder era más que evidente en 2008 para hipotecar esa misma vivienda, no ya en garantía de otro préstamo a la propietaria, la poderdante, sino de un préstamo personal a quien solo formalmente, dado lo muy perjudicial de la operación para la poderdante, podía seguir considerársele su apoderado"*; pero lo cierto más bien sería que lo que resulta evidente hoy tras un procedimiento judicial, no es razonable que se le pueda imputar al tercero que confía en la regularidad del poder a los efectos de concertar la operación de garantía del crédito, sin que le sean exigibles comprobaciones que en la mayoría de los casos lo que harían es comprometer la eficacia y la funcionalidad del poder como institución jurídica. A ese respecto ni la antigüedad del poder, ni la falta del interés de la operación para el poderdante nos resultan elementos suficientes para que un tercero que se comporte con la diligencia media pueda dudar de la subsistencia del mismo.

## IV. BREVE ESQUEMA DE SUPUESTOS EN QUE PUEDE DARSE LA REPRESENTACIÓN APARENTE Y CRITERIOS NORMATIVOS DE SOLUCIÓN DE LOS MISMOS

Entendemos que es necesario reiterar algunas ideas generales que ya hemos publicado y que nos parecen orientadoras para interpretar nuestro sistema(30). Ciertamente ahora se ponen en cuestión por esta nueva jurisprudencia, pero confiamos en que puedan convencer sobre la oportunidad de un cambio de rumbo que lleve a volver a la doctrina jurisprudencial clásica. En la recta interpretación

(30) "La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo", cit., pp. 27 y ss.

de nuestro ordenamiento, para que se pueda estimar la existencia de una situación de apariencia de representación que de lugar a la protección del tercero se deben haber producido los siguientes presupuestos:

a) La implicación del *dominus* en la creación de la apariencia de representación; es decir, el tercero se convence de la existencia de representación por estar el *dominus* «implicado» en la creación de la situación aparente. Lo que se debe descartar es que la protección del tercero proceda simplemente de su confianza en el representante: para dar solución a estos casos ya estaría la responsabilidad de este último frente al tercero. Debe provenir, más bien, de algún hecho con la suficiente entidad objetiva que se pueda valorar externamente como confianza razonable en la existencia en el caso de representación, aunque en realidad no concurra. Como se ha dicho autorizadamente: «Hay aquí algo más, pues, que la sola afirmación unilateral del representante y la mera buena fe *subjetiva* del tercero» (31).

Obviamente esto exige que el *dominus* esté implicado de algún modo en la existencia de la apariencia, si bien no debe exigirse tanta implicación que concluyamos que existe un apoderamiento tácito ni una voluntad en la creación de la apariencia: es que entonces la figura de la representación aparente se nos haría innecesaria. Lo normal será que en el origen de la situación de apariencia haya un comportamiento humano voluntario, pero la protección de la razonable confianza del tercero no se supedita a su concurrencia ni mucho menos a su demostración. La voluntariedad en la producción de la apariencia solamente tendría relevancia práctica a efectos de prueba: cuando el *dominus* conoce y no impide la creación de la apariencia su imputabilidad es tan clara que no ofrece ningún género de duda; cuando, por el contrario, desconoce la apariencia producida habrá que comprobar si dicha apariencia se ha producido en su esfera de riesgo. O si se quiere, con más precisión, la voluntad del afectado por la apariencia, se manifiesta simplemente en la creación de la esfera del riesgo que genera la apariencia, objetivamente suficiente para generar una confianza razonable (32).

(31) Gordillo, cit., p. 155.

(32) Se ha dicho, nos parece que correctamente, que “en la práctica se tratará no ya de investigar si hubo culpa, sino de comprobar la univocidad y no contradicción de las circunstancias que han permitido hacer surgir en el tercero expectativas, y su atribución al representado”: Rivero Hernández, cit., p. 116.

El otorgamiento de un poder en escritura pública, como sucede en nuestro caso, sería el supuesto más claro de implicación del *dominus* en la creación de la apariencia jurídica.

b) La colaboración del representante en la generación de la situación de conflicto. El representante debe servirse de los datos y circunstancias objetivos que ha generado el representado para actuar, en conformidad con ellos, como representante, en una hipótesis en la que propiamente no existe representación. La interpretación literal del art. 1738 CC podría llevarnos a la equivocada conclusión de que es imposible la aplicación de la teoría de la representación aparente cuando la buena fe del tercero no se produce en concurrencia con la del representante. Pero en realidad esa norma está pensando más en la posición jurídica del representante frente al poderdante, a los efectos de su responsabilidad, que en la vinculación del tercero con el poderdante, que se produce, en aplicación del principio de la representación aparente como consecuencia de otros preceptos.

En este sentido, pueden darse varias situaciones subjetivas, merecedoras cada una de ellas de soluciones diferentes:

Un primer caso en que el representante sin poder actúa culpablemente ante el tercero de buena fe, pero fuera del marco de la apariencia representativa (porque falta, por ejemplo, la implicación del *dominus* en la generación de la apariencia). La solución del caso es proteger la buena fe del tercero a cargo del representante (art. 1725 CC), pero no a cargo del pretendido poderdante (arts. 1259 y 1727 CC).

Un segundo caso de un representante sin poder (o con poder insuficiente o extinguido) que actúa ante un tercero de buena fe y se puede aplicar la representación aparente en sentido técnico. Entonces se protege la buena fe del tercero, haciendo eficaz el negocio representativo respecto al mismo; es decir, el *dominus* queda vinculado con el tercero a consecuencia de la actuación del representante aparente, sin que el estado subjetivo de este último lo pueda impedir (arts. 1733, 1734 y 1735 CC). Sería, a nuestro juicio, el supuesto que se produce en el caso de la STS comentada.

Un tercer caso en que el representante sin poder o con poder extinguido actúa de modo representativo con buena fe y ante terceros de buena fe. Por razones de equidad (para no imputar la responsabilidad al *dominus* que no siempre es culpable de no notificar la extinción del poder) se protege al representante liberándolo de responsabilidad personal ante el tercero, lo que conlleva reconocer la eficacia de su actuación respecto al *dominus* (art. 1738 CC).

La distinción de estos dos últimos supuestos resulta clara de la comparación de los arts. 1733, 1734 y 1735 CC, que solamente contemplan la buena fe del tercero, con el art. 1738 CC que prescribe que esa actitud subjetiva se debe dar cumulativamente en el representante y en el tercero.

c) La buena fe del tercero. Para que pueda aplicarse el efecto propio de protección de la representación aparente es necesario que se una a los anteriores elementos la buena fe del tercero, que ha sido descrita como la situación psicológica cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable y determinante de una situación realizada en la convicción de su juridicidad y en la confianza de su intrínseca eficacia (33). Corresponde al tercero llevar a los Tribunales al convencimiento de que la consistencia objetiva de la apariencia, su fuerza persuasiva y convincente determina su error invencible. Naturalmente, si en el caso concreto, resultara conocida la realidad por el tercero esto debería ser opuesto y demostrado por la otra parte (34). Pensamos que debe quedar excluido cualquier intento de circunscribir la situación generadora de apariencia protegible a los supuestos en que el poder constara en escritura pública, aunque en este caso la actividad probatoria del tercero debiera quedar sumamente simplificada, como en nuestro caso hubiera sido conveniente apreciar.

## V. LAS TAREAS DEL NOTARIADO ANTE EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL ACTUAL SOBRE LA EXTINCIÓN DE LOS PODERES NOTARIALES

Sea como fuere, parezca lo que parezca la solución de la STS, es indudable que la existencia de esta novedosa doctrina jurisprudencial recomienda una cierta reflexión sobre sus consecuencias generales en la labor notarial. Naturalmente no queremos agotar el tema, y tampoco nos referimos ahora exclusivamente al caso concreto; se trata, más bien de hacer algunas consideraciones o reflexiones generales, conscientes por otra parte de lo difícil y polémico del asunto.

La primera pudiera centrarse en la redacción de los poderes: quizá la labor preventiva de los Notarios deba extremarse para evitar que se planteen casos como el que estamos contemplando, sugiriendo que se contemple un plazo de vigencia para los poderes, o

(33) Gordillo, cit., pp. 279-280.
(34) Así Gordillo, cit., p. 296.

una mayor concreción sobre los supuestos en que se pueden utilizar. En definitiva, todo lo que acerque la redacción del poder a lo realmente querido por el poderdante, puede restringir la aparición de supuestos conflictivos. Por ejemplo, si en el caso concreto al Notario autorizante le hubieran constado los extremos que ahora la STS considera probados: que el poder se debía utilizar exclusivamente para los negocios relacionados con la adquisición del inmueble y para la financiación de la misma, pudiera haber propuesto una redacción del mismo y una duración de las facultades del apoderado más restrictivas que las que se contemplaron; así se hubiera impedido o dificultado el mal uso del poder (35). Claro que llevar a la práctica esta reflexión tiene una enorme dificultad, porque no es tan fácil hacer compatibles la prudencia con la utilidad al otorgar el poder: si las facultades conferidas al apoderado son muy restringidas podemos quedarnos cortos, y pueden surgir problemas a la hora de ejercitarlas de acuerdo con las necesidades del poderdante.

La segunda quizá sea más complicada de llevar a cabo y realmente revela los efectos tan indeseables que tiene el criterio de esta

(35) En el caso no se puede afirmar ni negar en qué términos se manifestó el poderdante al Notario, porque carecemos de datos seguros y es perfectamente posible que el poder se quisiera exactamente como se hizo; pero es indudable que en la actualidad, mientras esta doctrina jurisprudencial impere, cualquier Notario que vaya a autorizar un poder debe intentar, hasta el límite de lo posible, circunscribirlo a las estrictas necesidades que logre que el poderdante le manifieste. En realidad en el supuesto de la STS es probable, porque también hay bastantes indicios para sostenerlo, que el poder se adecuara a lo querido realmente o que, al menos, no llamara especialmente la atención en la Notaría. En pro de esa inteligencia estarían tanto la existencia de relaciones personales de convivencia y confianza entre el apoderado y la poderdante; como el hecho de que el apoderado se dedicara "a la adquisición de inmuebles producto de subastas judiciales" y que en dos ocasiones hubiera cedido a la poderdante el remate de dos viviendas, entre ellas, la litigiosa; como, finalmente, que el poder no fuera "de carácter general", sino que se refiriera "a diferentes facultades de administración y disposición sobre la vivienda citada, entre ellas la de la constitución de hipoteca" [datos todos estos subrayados por la SAP (Penal) Vizcaya 17 octubre 2012 (JUR 2014\146386) que conoció los autos penales sobre el caso]. Nada sería de extrañar, pues, que en la intención de la poderdante y el apoderado, la obtención de crédito garantizado con los inmuebles sucesivamente adquiridos en subastas judiciales pudiera servir para la financiación de las nuevas adquisiciones. En ese sentido ni la duración indefinida del poder, ni la existencia de esas facultades de gravar el bien serían extrañas a esta finalidad, sino más bien coherentes con la especial profesión del apoderado y con la lucrativa participación en ella, al menos incipiente, de la poderdante.

STS en el tráfico jurídico: si se extiende la sospecha sobre la vigencia de los poderes que esta STS instaura, parece que no habría más remedio que considerar que, en el acto en que se utilice el poder, el Notario debiera alertar a las partes sobre la posible irregularidad del mismo, con base en el art. 24.2 LN y sobre todo en el art. 156.8º RN con ocasión de la necesidad de realizar "el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación", al que también se refiere el art. 166 RN(36). Todo lo cual resulta muy complicado de

(36) No obstante, la RDGRN 10 mayo 2018 (RJ 2018\2483) de momento ha mantenido la nueva doctrina jurisprudencial al margen de la práctica notarial y registral, con independencia de las vicisitudes judiciales que pueda experimentar el acto realizado en representación. El caso era verdaderamente interesante: "Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada, otorgada el día 11 de enero de 2018, doña J. V. H., actuado en nombre y representación del titular registral, don J. L. V. H., en virtud de poder conferido a su favor mediante escritura otorgada el día 23 de octubre de 2017, vendió al ahora recurrente determinada finca registral por precio que se confesó recibido en metálico con anterioridad.

En la citada escritura de compraventa la apoderada declaró que las facultades de las que hacía uso se encontraban íntegramente vigentes, así como que no había variado el estado ni la capacidad civil de su representado.

Con posterioridad a la presentación del título al Diario (lo que tiene lugar al siguiente día del otorgamiento), el día 1 de febrero de 2018 se presenta en la oficina del Registro de la Propiedad de Madrid número 9 doña M. V. L. M., quien –según indica el registrador– le había acreditado, mediante la exhibición del libro de familia, haber sido la esposa de don J. L. V. H., a la vez que aportaba, como documento complementario, certificación literal de defunción de éste, de la que resulta que dicha persona falleció a la una horas y nueve minutos del día 11 de enero de 2018.

b) El registrador expresa, en su calificación, que se dan circunstancias objetivas que exigen aclarar, en aras de preservar la seguridad jurídica, la vigencia de las facultades representativas de doña J. V. H., toda vez que el representado, don J. L. V. H., falleció en el primerísimo inicio de la madrugada del mismo día del otorgamiento de la escritura, añadiendo ser de sentido común presuponer la improbabilidad, por lo intempestivo de la hora, que la escritura se hubiera autorizado en el intervalo de tiempo que transcurre entre las cero horas y la una horas y nueve minutos del día 11 de enero de 2018. Por todo ello, a su juicio, existían dudas fundadas y razonables de no resultar debidamente acreditada la subsistencia del poder de representación de la compareciente en la escritura, doña J. V. H., cuestión capital de la que depende la validez del negocio jurídico celebrado, toda vez que la muerte del poderdante determina la extinción del poder; dudas que podrían disiparse si el notario autorizante de la escritura diera fe de haber autorizado la misma antes del momento del fallecimiento.

c) El recurrente, en esencia, alega: que el registrador fundamenta su negativa, en aras de preservar la seguridad jurídica, sobre la base del artículo 1732, párrafo tercero, del Código Civil, relativo a la extinción del mandato,

admitir sobre todo por las dificultades operativas reales que comporta(37).

Finalmente, una última consideración *de lege ferenda* y también en materia muy polémica: a nuestro juicio se debiera reflexionar sobre si la mejor solución a los problemas como el del caso puede estar en la tecnología: que se impusiera el uso exclusivo de la copia autorizada electrónica de las escrituras públicas de poder, y asimismo que se garantizara de un modo seguro que una vez revocado el poder, la copia electrónica dejara de tener eficacia(38), sin ne-

---

pero omite el verdadero artículo que protege la seguridad jurídica, cual es el artículo 1738 del mismo Código, que establece la presunción de buena fe que no se ha aplicado al comprador según la calificación registral; que esta Dirección General ha admitido la eficacia legitimadora de la posesión por el apoderado de la copia autorizada de la escritura de poder a favor de tercero de buena fe, la cual además debe presumirse en el ámbito extrajudicial, aunque partiendo también de la presunción de buena fe del apoderado [Resolución de 2 de enero 2005 (RJ 2005, 671)], y que, en relación con el hecho de la presentación de una persona en las oficinas del Registro, diciendo ser la esposa del poderdante, a pesar de llevar más de diez años separada de hecho de su marido (y habida cuenta, además, de que la escritura de venta otorgada se presentó para su calificación e inscripción el día 12 de enero de 2018, y el día 1 de febrero de 2018 cuando apareció doña M. V. L. M. en las oficinas del Registro, ya tenía que estar inscrita la finca), concluye que lo presentado ese día 1 de febrero de 2018 no debería haber sido valorado por el registrador". La RDGRN revocó la calificación impugnada, pese a conocer la nueva doctrina jurisprudencial a la que nos estamos refiriendo en este trabajo.

(37) Se pregunta con razón Mariño Pardo en "Revocación tácita del poder 'antiguo' y buena fe del tercero. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018", cit.: "qué sucederá cuándo se anule un acto otorgado ante el notario y este no haya advertido al tercero de que el poder en cuestión, aunque vigente, es 'sospechoso' por antiguo, advertencia que, por otra parte, es muy razonable que nos falte la vergüenza torera para hacer, con el riesgo de convertir la escritura, que debería ser símbolo de seguridad jurídica, en una ruleta rusa ambulante, siendo la alternativa, el negarnos a autorizar si el poder es 'viejo', también de dudosa legalidad desde la perspectiva de la función notarial".

(38) Cfr., Tena Arregui, "Archivo de Revocación de Poderes. ¿Una pérdida irreparable?", *El Notario del siglo XXI, nº* 26, julio-agosto 2009; Brancós Núñez, "El documento notarial en soporte electrónico", *El Notario del siglo XXI, nº* 79, mayo-junio 2018. Ambos textos disponibles también en la web de la revista. Mariño Pardo en "Revocación tácita del poder 'antiguo' y buena fe del tercero. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018", cit. apunta más bien como solución el "registro de revocación de poderes (instrumento, quizás perfectible, pero de una utilidad evidente para la seguridad del tráfico…". Discrepa sobre la solución de estos casos mediante el registro de poderes Alfaro Águila-Real, "Más sobre el art. 1738 CC": "Y, no,

cesidad siquiera de que el poderdante reclamara la devolución del documento al apoderado, que es una exigencia que hoy en día pudiera perfectamente quedar facilitada en el caso de los documentos públicos electrónicos. Bastaría que el apoderado pretendiera utilizar el poder ya revocado para que quedara de manifiesto esta circunstancia y fuera imposible que el tercero se apoyara en apariencia alguna.

estos casos no justifican crear un registro de poderes ni ampliar los existentes. Son casos muy escasos y no justifican imponer una carga a todos los que otorgan un poder. Más bien deberían funcionar adecuadamente los mecanismos en vigor que parecen haber fallado en este caso como para que hayamos llegado al Supremo. ¿Advirtió el notario a la señora que otorgó el poder en 1991 de la conveniencia de limitar temporalmente la vigencia del mismo?". No me atrevería a conjeturar que los problemas del supuesto sean imputables al Notario que autorizó la escritura de poder, o solamente a él; perfectamente pueden obedecer también al designio de la poderdante: cfr. *supra* nota 35, y no parece fácil llegar a la verdad de las cosas con los datos de que se dispone. En cualquier caso, sea lo que fuere de esta cuestión, el argumento de este autor contra el registro de poderes nos parece que no alcanza a cuestionar la alternativa que puede suponer la mejora del régimen acerca de la copia electrónica del poder, que no impone carga alguna al poderdante, como no sea la que ya legalmente tiene de ser cuidadoso y revocar los poderes que no necesite.