

Revista Jurídica del Notariado



ENE-JUN 20



Nº 110

RJN

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENE-JUN 20



FUNDACIÓN
NOTARIADO

110

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

Suscripción y distribución:

FUNDACIÓN NOTARIADO

C/ Silvano, 55 - 28043 Madrid - España

Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

<https://www.efl.es/catalogo/manuales-juridicos/revista-juridica-del-notariado>

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

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

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

© FUNDACIÓN NOTARIADO

ISSN: 2695-8236

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 HONORARIO:

Victor Manuel Garrido de Palma

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA RJN:

- **Victorio Magariños Blanco.** Notario y miembro de la Comisión General de Codificación (Coordinador).
- **Sergio Cámara Lapuente.** Catedrático de Derecho Civil.
- **Alfonso Ventoso Escribano.** Notario y Registrador. Doctor en Derecho.
- **Francisco Lledó Yagüe.** Catedrático de Derecho Civil.
- **Silvia Díaz Alabart.** Catedrática de Derecho Civil. Vocal de la Comisión General de Codificación.
- **José Luis Merino Hernández.** Notario. Miembro de la Comisión General de Codificación. Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Aragón.

COMITÉ EVALUADOR DE LA RJN:

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

COMITÉ DE DIRECCIÓN DE LA RJN:

Carlos Jiménez Gallego

Francisco José Aranguren Urriza

Carlos Pérez Ramos (Coordinador de la RJN)

SUMARIO



LA TRIBUNA

- El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos** 11
Alfonso-Luis Calvo Caravaca

PRIMER ANIVERSARIO DE LA LCI

- Notas sobre la relevancia de la actuación notarial en los contratos de crédito inmobiliario** 41
Luis Humberto Clavería Gosálbez

- El ámbito de aplicación de la Ley de créditos inmobiliarios** 63
Carlos Jiménez Gallego

DERECHO NOTARIAL

ESTUDIOS DOCTRINALES

- La función notarial desde el análisis económico del derecho** 99
Rodrigo Tena Arregui

Identificación del otorgante de un instrumento público por el permiso de conducción del RD 818/2009, de 8 de mayo	113

Joaquín Serrano Yuste

Responsabilidad civil notarial. La existencia de cargas no advertidas al comprador y la dificultad de cumplir el deber de información	147

María del Mar Manzano Fernández

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

El TS “resucita” los poderes generales. Comentando la esperada sentencia del Pleno del TS de 27 de noviembre de 2019	179

Miguel I. Gallut Ortega

DERECHO CIVIL

ESTUDIOS DOCTRINALES

La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso	189

Francisco José Infante Ruiz

Validez, y posible eficacia frente a terceros, del pacto de extensión de hipoteca, en nuestra jurisprudencia	223

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

La inscripción del derecho real de hipoteca tras la declaración de concurso	267

Eduardo Hijas Cid

PRÁCTICA JURÍDICA

De la donación reversional. Comentando la RDGRN de 27 de marzo de 2019	325

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

La protección de las legítimas en el nuevo artículo 831 del Código Civil	389

Juan Bolás Alfonso

Crisis familiar y vivienda propiedad de tercero	405
Manuel García Mayo	

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

Algunos problemas de los legados de acciones o participaciones sociales. Comentando las SSTS de 19 de julio de 2018 y de 3 de junio de 2019	443
Ignacio Martínez-Gil Vich	

El Tribunal Supremo y la exoneración del pasivo insatisfecho. Comentando la STS de 2 de julio de 2019 ...	455
Amanay Rivas Ruiz	

La donación de inmuebles en documento privado no es justo título para usucapir. Comentando la STS de 5 de noviembre de 2019	465
Pedro Fernández Yáñez	

El requisito de buena fe del art. 1473 CC y su necesaria interconexión con el art. 34 LH. Comentando la STS de 14 de septiembre de 2018.....	471
Alfonso Romero y Carrillo de Mendoza	

La influencia de la repudiación en la computación y reducción de donaciones. Comentando la STS de 17 de septiembre de 2019	479
Carlos Pérez Ramos	

COMENTARIOS A RESOLUCIONES

Cuatro resoluciones, recientes y aparentemente contradictorias, de la DGRN	495
Tomás Giménez Duart	

DERECHO CIVIL AUTONÓMICO

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Interpretatio prudentium y ius controversum: a propósito de la regulación de la adopción y la autotutela en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia** 507
Ramón P. Rodríguez Montero

PRÁCTICA JURÍDICA

- Breve comentario al derecho de transmisión en la legislación catalana** 551
Alfonso Romero y Carrillo de Mendoza

DERECHO FISCAL

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Fiscalidad integral en las aportaciones de inmuebles a sociedades de capital: IRPF, IVA, IIVTNU, IRNR, IS, ITP, IAJD, IOS, IDON** 559
Jorge Díaz Cadórniga

PRÁCTICA JURÍDICA

- La renuncia a la herencia en el impuesto de sucesiones** 621
José María Vázquez Moreno

La Tribuna



EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA.
VALORES Y PRINCIPIOS REGULATIVOS
Alfonso-Luis Calvo Caravaca

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA. VALORES Y PRINCIPIOS REGULATIVOS

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

Miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT

Resumen: El comentario presenta y defiende que los Reglamentos promulgados por la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado, hasta hoy 18 en total, constituyen ya un auténtico sistema que desarrolla unos valores propios que, además, el TJUE ha puesto al servicio de los valores sustantivos del Derecho europeo.

Hay unos principios y valores generales, como la libre circulación de personas y factores productivos y que los litigios se resuelvan mediante un proceso justo que respete la tutela judicial efectiva. Y, a su lado, hay principios europeos en materia de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable. Respecto de este último, el punto de conexión preferido es el que elija autonomía de la voluntad y, subsidiariamente, la residencia habitual. La nacionalidad es un criterio relegado.

Palabras clave: principios generales, normas de conflicto, autonomía de la voluntad, residencia habitual, nacionalidad.

Abstract: The essay sets out and argues that the regulations enacted by the European Union in the field of private international law, up to now a total of 18, already constitute a genuine system that develops its own values, which, moreover, the ECJ has placed at the service of the substantive values of European law.

There are general principles and values, such as the free movement of persons and productive factors, and the premise that disputes should be resolved through a fair process that respects effective judicial protection. In addition to this, there are European principles of international jurisdiction and applicable law. With regard to the latter, the preferred

connection point is the one that chooses autonomy of will and, subsidiarily, habitual residence. Nationality is of little importance.

Key words: general principles, conflict rules, autonomy of will, habitual residence, and nationality.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - 1. Aspectos generales
 - 2. Principio de coherencia entre los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado
- II. PRINCIPIOS Y VALORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO
 - 1. Principios y valores generales
 - 2. Competencia judicial internacional
 - 3. Derecho aplicable
 - 3.1. Aspectos generales de las normas de conflicto europeas
 - 3.2. Punto de conexión preferido en Derecho internacional privado de la UE. La autonomía de la voluntad conflictual
 - 3.2.1. Aspectos generales
 - 3.2.2. Argumentos a favor de la autonomía de la voluntad conflictual
 - 3.3. Punto de conexión subsidiario preferido en Derecho internacional privado de la UE. La residencia habitual de la persona
 - 3.3.1. Argumentos a favor del punto de conexión "residencia habitual"
 - 3.3.2. Concepto de "residencia habitual"
 - 4. Eficacia extraterritorial de decisiones

I. INTRODUCCIÓN

1. Aspectos generales

1. La UE dispone de un "sistema propio de Derecho internacional privado", como el Derecho internacional privado que posee cada Estado. Es cierto que todavía se encuentra en un estado de construcción y que, por ello, es incompleto, apunta H. J. SONNENBERGER (1). En tal sentido ha indicado E.-M. KIENINGER, que la codificación del

(1) H.J. SONNENBERGER, "Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht", *IPRax*, 31, 4, 2011, pp. 325-335.

Derecho internacional privado es más un proceso que un hecho(2). Sin embargo, su crecimiento imparable y su vocación de regulación global del Derecho internacional privado permiten afirmar que existe ya un auténtico sistema de "Derecho internacional privado europeo" que constituye, ya en la actualidad, el sistema central de Derecho internacional privado de todos los Estados miembros(3). El Derecho internacional privado de la UE cuenta en la actualidad con 18 Reglamentos europeos que constituyen el armazón legal de una auténtica "*European Choice of Law Revolution*"(4). No sólo por

(2) E.-M. KIENINGER, "Die weitere Kodifikation des europäischen IPR", *IPRax*, 37, 2, 2017, pp. 200-208.

(3) M. REQUEJO, "Reflections on the Preambles to the EU Private International Law Regulations", en *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2018, pp. 425-439.

(4) Los reglamentos europeos que constituyen el núcleo del Derecho internacional privado de la UE son los que siguen: Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012); Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (DOUE L 338 de 23 diciembre 2003) y Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 junio 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L 178 de 2 julio 2019); Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008); Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II") (DOUE L 199 de 31 julio 2007); Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como "Reglamento Roma III"; Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009); Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (DOUE L 141/19 de 5 junio 2015); Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certifi-

la cantidad de instrumentos legales sino, principalmente, porque este Derecho internacional privado europeo desarrolla unos valores intrínsecamente europeos que representan una nueva manera de entender el Derecho internacional privado, señala TH. KADNER GRAZIANO(5). Un Derecho internacional privado que el mismo TJUE ha puesto al servicio de los valores sustantivos del Derecho europeo, como expone T. AZZI(6).

2. Principio de coherencia entre los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado

2. La coherencia del Derecho internacional privado de la UE puede entenderse en varios sentidos. Desde un punto de vista normativo se distingue, indica S. SÁNCHEZ LORENZO, entre coherencia vertical, horizontal y transversal(7). Desde una perspectiva sustantiva, sin embargo, una clasificación diferente puede sugerirse.

3. En primer lugar, como “coherencia interna” de los reglamentos europeos de Derecho internacional privado. Se trata de que cuestiones de Derecho internacional privado similares, como por ejemplo, la elección de la Ley aplicable o la precisión del lugar de la residencia habitual de una persona, tengan una misma regulación en los distintos reglamentos europeos de Derecho internacional privado. El Derecho internacional privado de la UE está compuesto

cado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012); Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016); Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016).

(5) T. KADNER GRAZIANO, “Codifying European Union private international law: The Swiss Private International Law Act: a model for a comprehensive EU private international law regulation?”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, 3, 2015, pp. 585-606.

(6) T. AZZI, “La cour de justice et le droit international privé ou l’art de dire parfois tout et son contraire”, en *Les relations privées internationales: Mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2014, pp. 43-58. También H. LABAYLE, “Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l’Union dans l’Espace de liberté, sécurité et justice”, *RTDE*, 42, 1, 2006, pp. 1-46.

(7) S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. 70, 2, 2018, pp. 17-47.

por normas generadas en momentos diferentes. Cada normativa de Derecho internacional privado europeo es el producto de negociaciones y tensiones particulares. Por tanto, lleva razón J. BASEDOW, cuando escribe es que la propia naturaleza de las normas es presentarse de modo descoordinado(8). En consecuencia, como hace notar L. WALKER, no es extraño observar que la regulación de ciertas cuestiones, –como el reenvío, la remisión a derechos plurilegislativos, etc.–, es distinta de reglamento a reglamento en el Derecho internacional privado europeo(9). Ciertos juristas han estimado que esta situación no es deseable y han defendido la elaboración de un “Reglamento general” o “Roma cero” que debería contener esa parte general del Derecho internacional privado europeo. Frente a ello, otros especialistas sostienen que la realidad normativa de la UE demuestra que el legislador europeo no cree en la parte general del Derecho internacional privado. El gigantismo de una teoría general del Derecho internacional privado no es apropiado para los tiempos líquidos actuales. El reenvío, por ejemplo, puede tener sentido en el Derecho internacional privado sucesorio, pero carece de toda razón, indica H. SCHACK, en el Derecho internacional privado de daños o de contratos(10). Por eso, la parte general del Derecho internacional privado europeo, que responde a la idea propia de la modernidad de una teoría válida de modo general, una cosmovisión del Derecho internacional privado, es una idea superada en los tiempos post-modernos actuales que no debería nunca ver la luz.

4. En segundo lugar, como “coherencia conceptual”. Se trata, apunta J.P. SCHMIDT, de que los conceptos jurídicos empleados por distintos reglamentos europeos tengan el mismo significado dentro de las lógicas divergencias debidas a la diferente función que tales conceptos despliegan en los distintos reglamentos europeos(11). Esta coherencia conceptual ha sido claramente aceptada por el legislador europeo (Cons. 7 RR-I, Cons. 7 RR-II y Cons. 7 RB I-bis, que se refieren a la coherencia entre las “disposiciones” de estos re-

(8) J. BASEDOW, “EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz: ein schwieriges Verhältnis”, *IPRax*, 37, 2, 2017, pp. 194-200.

(9) L. WALKER, “Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU”, *Journal of Private International Law*, vol. 14, 2, 2018, pp. 225-261.

(10) H. SCHACK, “Was bleibt vom Renvoi?”, *IPRax*, 33, 4, 2013, pp. 315-320.

(11) J.D. LÜTTRINGHAUS, “Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht: Grund und Grenzen der rechtsaktsübergreifenden Auslegung, dargestellt am Beispiel vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse”, *RabelsZ*, 77, 1, 2013, pp. 31-68.

glamentos europeos), pese a los problemas lingüísticos inevitables, como ha destacado T. RAUSCHER (12). Y pese, también, a la tradición jurídica condensada en cada concepto que puede sonar igual (= "domicilio", matrimonio entre personas del mismo sexo", etc.), pero refleja ideas muy distintas, como demuestra muy gráficamente I. ISAILOVIC (13).

5. En tercer lugar, como "coherencia externa". Se trata de que los Reglamentos europeos se coordinen entre sí de modo que sólo las cuestiones que expresamente están excluidas de dichos Reglamentos quedan todavía en manos de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado de los Estados miembros. El objetivo de esta "coherencia externa" o "coherencia inter-Reglamentos" radica en proporcionar un sistema de Derecho internacional privado europeo sin lagunas de regulación, indica J.D. LÜTTRINGHAUS (14). Ello potencia la certeza legal y confina a los sistemas nacionales de Derecho internacional privado de los Estados miembros a supuestos expresamente excluidos, puramente residuales (M. LEHMANN) (15). También el legislador europeo ha asumido esta "coherencia externa" de los reglamentos de Derecho internacional privado como un objetivo del sistema. Así puede verse en los Cons. 7 RR-I, Cons. 7 RR-II y Cons. 7 RB I-bis, que se refieren a la coherencia entre el "ámbito material" de estos reglamentos europeos, en expresión empleada por M. ANDRAE (16).

(12) T. RAUSCHER, "Von prosaischen Synonymen und anderen Schäden: zum Umgang mit der Rechtssprache im EuZPR/EuIPR", *IPRax*, 32, 1, 2012, pp. 40-48.

(13) I. ISAILOVIC, "Same Sex but Not the Same: Same-Sex Marriage in the United States and France and the Universalist Narrative", *AJCL*, 66, 2, 2018, pp. 267-315.

(14) J.D. LÜTTRINGHAUS, "Verboten des internationalen Arbeitsrechts unter Rom I: Das bei "mobilen Arbeitsplätzen" anwendbare Recht und der Auslegungszusammenhang zwischen IPR und IZVR (zu EuGH, 15.3.2011, Rs. C-29/10, Heiko Koelzsch vs. Großherzogtum Luxemburg, unten S. 582, Nr. 59)", *IPRax*, 31, 6, 2011, pp. 554-559.

(15) M. LEHMANN, "Eine Lücke im europäischen Kollisionsrecht der Schuldverhältnisse? Die Haftung wegen Vermögensübernahme und wegen Fortführung eines Handelsgeschäfts (OGH, S. 541)", *IPRax*, 35, 6, 2015, pp. 495-500.

(16) M. ANDRAE, "Der sachliche Anwendungsbereich der Europäischen Güterrechtsverordnung", *IPRax*, 38, 3, 2018, pp. 221-230. También B. HEIDERHOFF, "Die EU-Güterrechtsverordnungen", *IPRax*, 38, 1, 2018, pp. 1-11.

II. PRINCIPIOS Y VALORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

1. Principios y valores generales

6. Varios principios que inspiran el Derecho internacional privado europeo constituyen, al mismo tiempo, valores jurídicos fundamentales del mismo. Tales principios-valores se proyectan de manera decisiva en el Derecho internacional privado europeo, como ha enfatizado abundante doctrina (17).

(17) *Vid. inter alia*, S. ARNOLD (HRSG.), *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; S. ARNOLD, "Gründe und Grenzen der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht", en S. ARNOLD (HRSG.), *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 23-53; S. BARIATTI, "Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni", *RDIPP*, XLII, 2, 2006, pp. 361-376; J. BASEDOW, "Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 53-77; B. BERTRAND, "Les blocs de jurisprudence", *RTDE*, 48, 4, 2012, pp. 741-770; S. BRUNIER, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; A.-L. CALVO CARAVACA, "El DIPr. de la Comunidad Europea", *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, núm.2, diciembre 2003, pp. 277-300; M. FALLON / P. LAGARDE / S. POILLOT-PERUZZETTO (Dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt a. M., Wien, Lang, 2011; A. FURRER, "Die Rolle des IPR im Europäischen Privatrecht", *SZIER*, 18, 1-2, 2008, pp. 7-30; M. HO-DAC, *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne. Analyse sous l'angle du Droit International Privé*, Bruxelles, Bruylant, 2012; E. JAYME, "Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi", *RDIPP*, XLII, 2, 2006, pp. 353-360; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "The EU and a metamorphosis of Private International Law", en J. FAWCETT (Ed.), *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 111-136; P. LAGARDE, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *RabelsZ*, 68, 2, 2004, pp. 225-243; S. LEIBLE (Ed.), *General principles of European private international law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016; A. MALATESTA, "Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123 CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?", *RDIPP*, XLIII, 2, 2007, pp. 293-312; T. NEHNE, *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012; A.M. ROMITO, "Brevi riflessioni sul diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea", en *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1163-1169; M. SCHMITZ, *Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017; R. VIENENKÖTTER, *Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017; M.-P. WELLER, "Anknüpfungsprinzipien

En primer término, todo el Derecho internacional privado europeo persigue la libre circulación de personas y factores productivos en la UE. Todo el Derecho internacional privado europeo, subrayan H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, debe ser interpretado en función de dicho objetivo(18).

En segundo lugar, todo el DIPr europeo está presidido por el principio del "proceso justo", indica M. HAZELHORST(19). Los litigios y cuestiones jurídicas de Derecho internacional privado deben solventarse en todo caso mediante un proceso justo en el que se respete la tutela judicial efectiva de los particulares.

2. Competencia judicial internacional

7. La mayor parte de las normas europeas de competencia judicial internacional operan en dos tiempos (= *two stages process*).

Primer momento. Tales normas atribuyen dicha competencia a los tribunales de los Estados miembros en los casos conectados con la UE, esto es, en los casos que presentan una vinculación mínima con la UE.

Segundo momento. Posteriormente, numerosas normas europeas de competencia internacional concretan qué tribunales de qué Estado miembro son los territorialmente competentes para conocer del litigio. Aunque no todas las normas actualmente en vigor responden a esta segunda idea regulativa, dicha tendencia es mayoritaria: se procura que los particulares sepan, *ex ante*, qué concreto tribunal posee competencia internacional, esto es, no el Estado ante cuyos tribunales se debe litigar. Esta regulación resulta eficiente. Evita que los litigantes tengan que informarse sobre las normas de Derecho Procesal interno de cada Estado miembro para poder determinar los concretos tribunales que son competentes para decidir el litigio internacional. En consecuencia, subraya CH. KOHLER, las

im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der "klassischen" IPR-Dogmatik?", *IPRax*, 31, 5, 2011, pp. 429-437; M. WÜRDINGER, "Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Eine methodologische Untersuchung über die praktische Konkordanz zwischen Brüssel I-VO, Rom I-VO und Rom II-VO", *RabelsZ*, vol. 75, 1, 2011, pp. 102-126.

(18) H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, "Europäisches Kollisionsrecht 2010: verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?", *IPRax*, 31, 1, 2011, pp. 1-30.

(19) M. HAZELHORST, *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2017, pp. 33-34.

normas europeas de competencia internacional procuran, cada vez con mayor ahínco, que no quede espacio aplicativo para las normas "nacionales" de competencia judicial internacional de los Estados miembros(20).

8. Existen ciertas normas europeas de competencia judicial internacional que, en los casos no conectados con la UE, no comportan la incompetencia de los tribunales de los Estados miembros para conocer de tales supuestos. En efecto, en tales casos, dichas normas ordenan aplicar las reglas nacionales sobre competencia judicial internacional de cada Estado miembro. Este enfoque es erróneo. Supone que casos no vinculados con la UE pueden ser resueltos por tribunales de Estados miembros de la UE porque así les autorizan las normas nacionales, de cada Estado miembro que regulan la competencia judicial internacional.

El art. 6.1 RB I-bis (2012) opera de ese modo cuando afirma: "*Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25*".

Igualmente, el art. 7 RB II-bis [materia matrimonial] indica que "[s]i de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado".

La explicación de este proceder, que no constituye, naturalmente, ninguna justificación de esta equivocada línea de política legislativa, quizás radique en una idea vinculada con la soberanía estatal. Se trataría con ello de satisfacer dos objetivos: (a) Dejar cierto ámbito de operatividad a los Estados miembros para decidir si en relación con ciertos casos que la UE no considera conectados con la UE, tales Estados desean extender su jurisdicción a los mismos; (b) Permitir, explica A. BONOMI, que los Estados miembros puedan emplear foros exorbitantes recogidos en sus normas nacionales de competencia judicial internacional contra demandados domiciliados en terceros Estados que, a su vez, disponen de foros exorbitantes que utilizan contra las personas domiciliadas en los Estados miembros(21).

(20) C. KOHLER, "Abschied von der autonomen Auslegung des Begriffs "Zivil- und Handelssachen" in Art. 1 EuGVVO? (zu EuGH, 12.9.2013, Rs. C-49/12, The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs vs. Sunico ApS e.a., unten S. 84, Nr. 1)", *IPRax*, 35, 1, 2015, pp. 52-56.

(21) A. BONOMI, "European Private International Law and Third States", *IPRax*, 37, 2, 2017, pp. 184-193.

3. Derecho aplicable

3.1. Aspectos generales de las normas de conflicto europeas

9. Ya en el corazón mismo del sistema europeo de Derecho internacional privado cabe subrayar, con R HAUSMANN, varios datos de suma importancia valorativa para comprender la política jurídica de la UE en relación con el sector del Derecho aplicable en el Derecho internacional privado de la UE (22).

10. En primer lugar, las normas de conflicto europeas son *erga omnes*. Señalan la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales en todo caso, esto es, sea cual sea la nacionalidad, residencia de los litigantes y sea cual fuere la Ley aplicable al caso, esto es, aunque dicha Ley sea la Ley de un tercer Estado no miembro de la UE (23). En consecuencia, las normas “nacionales” de conflicto de Leyes de los Estados miembros, aunque no se han derogado, resultan inaplicables para determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales en las materias cubiertas por el Derecho internacional privado europeo. La neutralidad savignyana de las normas de conflicto europeas y la localización a través del principio de la vinculación más estrecha explican este hecho, apunta M.-P. WELLER (24).

11. En segundo lugar, las normas de conflicto europeas prefieren, sin duda, dos puntos de conexión (M. MELLONE): la autonomía de la voluntad conflictual (= punto de conexión prevalente: los particulares eligen la Ley aplicable a sus relaciones jurídico-privadas) y la residencia habitual (punto de conexión subsidiario) (25).

12. En tercer lugar, apunta J. BASEDOW, la nacionalidad de la persona queda confinada a funcionar como punto de conexión subsidiario sólo operativo en defecto de Ley elegida por las partes y en defec-

(22) R HAUSMANN, “Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo”, *RDIPP*, LI, 3, 2015, pp. 499-522.

(23) J. BASEDOW, “Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union”, *IPRax*, 31, 2, 2011, pp. 109-116.

(24) M.-P. WELLER, “Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der “klassischen” IPR-Dogmatik?”, *IPRax*, 31, 5, 2011, pp. 429-437.

(25) M. MELLONE, “La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie”, *RDIPP*, 46, 3, 2010, pp. 685-716; K. HILBIG-LUGANI, “Parteiautonomie im Zusammenspiel des neueren europäischen Kollisionsrechts”, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 116, 10, 2017, pp. 739-760.

to de residencia habitual común de las partes (26). Es "*l'effacement de la loi nationale au profit de la loi de la résidence habituelle*" (P. WAUTELET) (27). La pérdida de protagonismo y peso conflictual de la conexión nacionalidad de la persona en el Derecho internacional privado de la UE se explica, apunta P. MANKOWSKI, por razones técnicas (= surgen problemas cuando el sujeto ostenta más de una nacionalidad), por razones constitucionales (= en las relaciones privadas bi y trilaterales es contrario a la igualdad constitucional y a la no discriminación recogida por instrumentos legales internacionales preferir la nacionalidad del marido o de la mujer), por razones de buena administración de la Justicia (= la UE se ha convertido en un área de acogida de inmigrantes, de modo que la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la persona contribuye a la integración jurídica de los inmigrantes y facilita la labor de los jueces y autoridades de los Estados miembros) y por razones de Derecho Privado ligadas a los costes jurídicos (= para el particular, la aplicación de la Ley de la residencia habitual suele ser más sencilla, veloz y económica que la aplicación de su propia Ley nacional) (28). En este sentido, si el sujeto ostenta varias nacionalidades, el legislador europeo deja en manos del legislador nacional la precisión de cuál debe ser la nacionalidad prevalente a efectos de concretar la nacionalidad de la persona como punto de conexión (Cons. 50 R.1103/2016 y 1104/2016, Cons. 22 RR-III).

13. En cuarto término, es preciso subrayar que el Derecho internacional privado de la UE persigue, con extrema frecuencia, el principio del paralelismo (*Gleichlaufgrundsatz*) entre los criterios de competencia judicial y de Ley aplicable. Ello significa que resulta frecuente, y así es buscado por el legislador europeo, que cuando un tribunal de un Estado miembro tenga competencia internacional para decidir un supuesto, aplicará, en circunstancias generales, su propia Ley sustantiva. Con ello se ahorran costes ligados a la aplicación de un Derecho extranjero y se simplifica, en general, la labor judicial. No obstante, este *Gleichlaufgrundsatz* entre los criterios

(26) J. BASEDOW, "Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union", *IPRax*, 31, 2, 2011, pp. 109-116.

(27) P. WAUTELET, "Party autonomy in international family relationships: a research agenda", en *The citizen in European private law: norm-setting, enforcement and choice*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 23-48; P. WAUTELET, "Conflits de lois", *Journal des tribunaux*, 12 marzo 2005, n. 6173, pp. 180-184.

(28) P. MANKOWSKI, "Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute", *IPRax*, 37, 2, 2017, pp. 130-139.

de competencia judicial y de Ley aplicable no constituye una regla general ni tampoco una regla prevalente propia del Derecho internacional privado de la UE, sino un criterio operativo frecuentemente activado por los instrumentos legales europeos.

14. En quinto lugar, el reenvío se relega a casos muy concretos, residuales e infrecuentes, casos complejos, con la idea de evitar la aplicación del Derecho material de terceros Estados.

15. En sexto lugar, el Derecho internacional privado de la UE persigue, a través de los puntos de conexión "autonomía de la voluntad conflictual" y "residencia habitual de la persona", la aplicación de la Ley del Estado más estrechamente vinculado con la situación privada internacional en cuestión. Ello supone una reducción de costes conflictuales para los particulares interesados. Ahora bien, dicho objetivo resulta atemperado por la idea de "aceleración de la tutela jurisdiccional" para los ciudadanos que circulan por el espacio judicial europeo y de reducción de costes del proceso. Por ello, el legislador europeo persigue dotar de automaticidad al proceso de determinación de la Ley aplicable. Se prefieren puntos de conexión rígidos. Las "cláusulas de excepción" basadas en la "vinculación más estrecha" del caso con un concreto Estado queden confinadas a supuestos residuales, de aplicación infrecuente, sólo para casos particularmente complicados. Estas cláusulas pierden su primacía en la escalera conflictual, primacía que una vez tuvieron bajo la forma de "principios directivos superiores" a los que debían acomodarse las presunciones de determinación de la Ley aplicable, como se puede apreciar en el art. 4.1 CR 1980, hoy sustituido por el art. 4 RR-I.

16. En séptimo lugar, ciertos problemas clásicos de Derecho internacional privado se abordan con simplicidad. Así, la cuestión previa de Derecho internacional privado no recibe un tratamiento propio, de modo que debe sujetarse a la Ley designada por su propia norma de conflicto europea o nacional (= tesis de la conexión independiente). El conflicto móvil se elimina mediante puntos de conexión inmutables. El orden público internacional sólo opera en casos excepcionales y de modo restrictivo. El fraude de Ley internacional se trata de evitar mediante cláusulas que impiden a los particulares internacionalizar falsamente supuestos meramente internos. Por el contrario, la calificación se trata de manera muy particular a través de un método unilateral en el que interviene de modo decisivo el TJUE, indican K. LENAERTS / Th. STAPPER (29).

(29) K. LENAERTS / T. STAPPER, "Die Entwicklung der Brüssel I-Verordnung im Dialog des Europäischen Gerichtshofs mit dem Gesetzgeber", *Rabel-*

17. Finalmente, en octavo lugar, se observa en los instrumentos legales europeos una cierta "superación conflictual" (= es, hasta cierto punto, poco relevante cuál sea la Ley estatal que se aplique a una situación privada internacional). Con frecuencia, para el legislador europeo lo importante es que, creada en un Estado miembro una cierta situación privada internacional (= una persona jurídica, el nombre de una persona física, un matrimonio, una filiación), mediante la aplicación de una determinada Ley estatal, dicha situación privada internacional circule por toda la UE (= sea considerada existente y válida en toda la UE). Importa más que tal situación circule que cuál haya sido la Ley estatal aplicada para crear dicha situación. El principio del mutuo reconocimiento, indica C.F. NORDMEIER, apunta a esa dirección (30).

3.2. *Punto de conexión preferido en Derecho internacional privado de la UE. La autonomía de la voluntad conflictual*

3.2.1. Aspectos generales

18. El criterio preferido por el legislador europeo como punto de conexión principal en la mayor parte de los instrumentos legales de Derecho internacional privado es la elección de Ley por las partes o por la persona relevante o "autonomía de la voluntad conflictual" (31). Se trata de *"the pivot and the unchallenged cham-*

sZ, 78, 2, 2014, pp. 252-293. También S. ARNOLD, "Kollisionsrechtliche und international-verfahrensrechtliche Aspekte bei Schadensersatzansprüchen privater Auslandsfonds-Anleger (BGH, S. 563)", *IPRax*, 33, 6, 2013, pp. 525- 530.

(30) C.F. NORDMEIER, "Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte", *IPRax*, 32, 1, 2012, pp. 31-40.

(31) C. BIDAUD-GARON/A. PANET, "Les domaines orphelins de l'autonomie de la volonté: quels ersatz?", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 91-109; P. CALLÉ, "Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille)", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 31-40; S. CORNELOUP/N. JOUBERT, "Autonomie de la volonté et divorce: le règlement Rome III", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 179-203; G. CUNIBERTI, "Le fondement de la limitation du choix de la loi dans les contrats internes", en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSEL (HRSG.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber ami-*

corum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018, Bielefeld, Giesecking, 2018, pp. 31-37; G.M. DANUSSO, "Autonomia negoziale, scelta della legge applicabile e limiti posti dall'art. 3, C.3 del Regolamento (CE) 593/2008", en *Liber amicorum Pietro Rescigno: in occasione del novantesimo compleanno*, vol. 1, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 751-765; A. DIONISI-PEYRUSSE, "Autonomie de la volonté et loi applicable aux régimes matrimoniaux: le règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 245-264; C. DÖBEREINER, "Rechtswahlfreiheit im Ehegüterrecht", en A. DUTTA/J. WEBER (HRSG.), *Die europäischen Güterrechtsverordnungen: Tagungsband zu einem wissenschaftlichen Symposium des Deutschen Notarinstituts und der Universität Regensburg am 10. Februar 2017 in Würzburg*, München, Beck, 2017, pp. 63-84; M. FALLON, "Introduction aux conditions d'exercice de l'autonomie de la volonté dans les règlements européens", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 171-177; É. FONGARO/C. NOURISSAT, "Autonomie de la volonté et succession: le règlement successions", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 205-222; J.M. FONTANELLAS I MORELL, "Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión", *CDT*, 10, 2, 2018, pp. 376-408; H. FULCHIRON, "Disponibilité/indisponibilité: quelques réflexions de synthèse à la lumière d'une étoile morte", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 283-293; E. GALLANT-BUSNEL/F. JAULT-SESEKE, "Autonomie de la volonté et obligations alimentaires en droit international privé", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 223-244; C. GRIECO, "The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European Private International Law", *CDT*, 10, 2, 2018, pp. 457-476; P. HAMMJE, "Ordre public et lois de police: limites à l'autonomie de la volonté?", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 111-138; A. HELLGARDT, "Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie", *RabelsZ*, 82, 3, 2018, pp. 654-696; J. HEYMAN, "Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille: perspective fédéraliste", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 41-59; P. KINSCH, "Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 13-29; C. KOHLER, "La segmentation du statut personnel comme vecteur de l'autonomie de la volonté en matière familiale et successorale", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la*

pion of the private international law of contracts", indica P. MANKOWSKI(32). Su presencia puede apreciarse en los Reglamentos Roma I [contratos internacionales: art. 3 RR-I y Cons. 11 RR-II [obligaciones extracontractuales: art. 14], Roma III [divorcio y separación judicial: arts. 5-7], Protocolo de La Haya sobre alimentos de 23 noviembre 2007 [art. 8], Reglamento sucesorio europeo [art. 22], Reglamento sobre regímenes matrimoniales 2016 [art. 22], Reglamento sobre efectos patrimoniales de parejas registradas 2016 [art. 22].

19. La voluntad conflictual es empleada por el legislador europeo con una doble valencia. En primer término, opera como un medio de "auto-conexión de los particulares con un concreto ordenamiento jurídico": las partes se vinculan, de modo voluntario, con una determinada Ley estatal aplicable. Por tanto, el particular no es ya "objeto" sino "sujeto" de las normas de conflicto de leyes. En segundo término, opera también como un medio de la regulación privada de las relaciones jurídicas de los particulares (*Mittel der Privatisierung rechtlicher Gestaltung*) (H.P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER)(33). Es, por tanto, al mismo tiempo, un medio para designar el Derecho objetivo aplicable, recuerda también F. MAULTZSCH(34).

volonté dans les relations familiales internationales, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 73-90; C. NOURISSAT, "Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle et en matière familiale", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 61-71; S.M. ÖMÜR, *Rechtswahl als Rechtsgeschäft: Wirksamkeitsvoraussetzungen und das auf sie anwendbare Recht nach europäischem internationalen Privatrecht*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2016; E.A. OPREA, "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *CDT*, 10, 2, 2018, pp. 579-596; M. SCHMITZ, *Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017; P. WAUTELET, "Fraude et autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales", en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 139-168; J. WENNERBUSCH, *Rechtswahl im Spannungsfeld von Parteiautonomie und kollisionsrechtlichem Schutz des Schwächeren: eine vergleichende Untersuchung der Rechtswahlmöglichkeiten sowie der Effektivität des Schwächerschutzes im internationalen Scheidungs-, Unterhalts- und Erbrecht*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2018.

(32) P. MANKOWSKI, "Just how free is a free choice of law in contract in the EU?", *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2, 2017, pp. 231-258.

(33) H.P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, "Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation", *IPRax*, 29, 1, 2009, pp. 1-23.

(34) F. MAULTZSCH, "Party autonomy in European private international law:

3.2.2. Argumentos a favor de la autonomía de la voluntad conflictual

20. Las razones que explican el lugar de privilegio que ocupa la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado europeo son claras.

21. En primer lugar, este punto de conexión permite a los particulares una vida más flexible y líquida. Se trata de un punto de conexión flexible: las personas eligen con libertad y dentro de ciertos límites poco estrictos, la Ley estatal que prefieren ver aplicada a la situación jurídica que les afecta. Esta flexibilidad de elección y de cambio de la Ley aplicable encaja con el carácter líquido de la sociedad actual, en la que todo cambia a velocidad vertiginosa (Z. BAUMAN)(35). Por tanto la autonomía de la voluntad conflictual permite a los particulares una vida más flexible y líquida, pues eligen el modelo legal que prefieren y además pueden cambiarlo si lo desean mediante la elección de otra Ley estatal como expresa U.P. GRUBER (36).

22. En segundo lugar, este punto de conexión posibilita la mejor regulación legal para las partes. Es la eficiencia económica de la autonomía de la voluntad a la que se refiere, entre otros, M. DANOV (37). Este punto de conexión permite para satisfacer los intereses privados de las personas que se mueven por la UE. Las partes eligen la Ley que, por razones sustantivas, procesales o cualesquiera otras, más les conviene a la hora de regular sus relaciones jurídicas. Es el modo que unas partes concretas prefieren para distribuir entre ellas los recursos escasos existentes, de forma que tales recursos acaban en las manos de la persona que más los valora. De esa manera, la autonomía de la voluntad conflictual conduce a la solución más eficiente para los particulares, la que les proporciona la mejor regulación jurídica estatal, precisa H. JACOBS (38). O incluso,

uniform principle or context-dependent instrument?", *Journal of Private International Law*, vol. 12, 3, 2016, pp. 466-491.

(35) Z. BAUMAN, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*, Cambridge, MA, Polity Press, 2007, pp. 33-36.

(36) U.P. GRUBER, "Die konkludente Rechtswahl im Familienrecht (KG, S. 71)", *IPRax*, 34, 1, 2014, pp. 53-56.

(37) M. DANOV, "Global competition law framework: A private international law solution needed", *Journal of Private International Law*, vol. 12, 1, 2016, pp. 77-105.

(38) H. JACOBS, "Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen", *IPRax*, 35, 4, 2015, pp. 293-297.

la mejor regulación aunque sea una regulación no estatal, añade A. HELLGARDT (39).

23. En tercer lugar, la autonomía de la voluntad conflictual potencia la certeza jurídica, la estabilidad de las situaciones jurídicas y la libre circulación de personas y factores productivos en la UE. La libre elección de la Ley aplicable aumenta el grado de libre circulación de las personas, bienes, empresas, servicios y capitales en el espacio judicial europeo. Elegida la Ley aplicable a un contrato, a un daño, a un divorcio, sea cual sea el Estado miembro cuyas autoridades conocen del litigio y sea cual sea el país al que se trasladen las personas en cuestión, la Ley aplicable a la materia no cambia nunca, a menos que las partes lo quieran, apunta H. JACOBS (40). La Ley aplicable permanece, pues, estable y el cruce de frontera por las personas no supone un cambio en la Ley aplicable. La consigna es: ¡a circular! Este punto de conexión potencia la certeza y la estabilidad en la precisión de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, ya que aunque los sujetos circulen libremente por la UE, la Ley elegida como Ley aplicable a una situación privada internacional no cambia.

24. En cuarto lugar, este punto de conexión refuerza la buena administración de la Justicia. Este punto de conexión se prefiere también por su ahorro de costes para los tribunales. La ley elegida por las partes es la aplicable sin que el tribunal deba gastar recursos materiales ni tiempo en fijar cuál es la Ley aplicable a una situación privada internacional. La simplicidad de la autonomía de la voluntad conflictual para concretar la Ley aplicable es evidente. No hay que investigar acerca del país donde las partes residen, ni sobre la nacionalidad que ostentan ni debe investigarse cuál es el país más vinculado con el asunto. El automatismo judicial aumenta y ello coadyuva a la buena administración de la Justicia.

25. En quinto lugar, en ciertas materias, la libre elección del Derecho aplicable ha funcionado como punto de conexión de compromiso entre los partidarios de un punto de conexión, como la nacionalidad, y los defensores de otro punto de conexión distinto, como el domicilio o la residencia habitual. Así se aprecia en el Reglamento sucesorio europeo 650/2012 y en los Reglamentos 1103/2016 y

(39) A. HELLGARDT, "Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie", *RabelsZ*, 82, 3, 2018, pp. 654-696.

(40) H. JACOBS, "Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen", *IPRax*, 35, 4, 2015, pp. 293-297.

1104/2016 sobre los regímenes económicos matrimoniales y de las parejas registradas.

26. En sexto término, se favorece la integración europea de las personas. Mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, los particulares se sienten más vinculados a un sistema jurídico europeo que a un sistema jurídico nacional – estatal. En efecto, se diluye el poder de los concretos Estados miembros y decaen los vínculos entre las personas y los Estados miembros (A. DAVI).

27. Tras el triunfo planetario de la economía de mercado (9 noviembre 1989: caída o, más bien, derribo del Muro de Berlín), la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos del mundo han potenciado el principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Son los particulares los que de “modo descentralizado”, esto es, sin que exista una decisión al respecto por parte del Estado, deciden con quién y cómo contratar, con quién y cómo contraer matrimonio, qué nombre ostentar, qué relaciones económicas tener con su cónyuge, etc. (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (41). Se trata de un “orden constitucional policéntrico” (R. BARNETT) en el que los particulares bien informados prefieren las regulaciones que resultan mejores para sus intereses y descartan las regulaciones más deficientes y oportunistas (42). La idea, antigua pero muy certera, e impulsada con vehemencia por J. STUART MILL, de que “*las personas son los mejores jueces de sus propios intereses*” significa que, para unas concretas personas, las reglas que éstas elaboren (= “Derecho voluntario”) serán siempre mejores que el Derecho objetivo fabricado por el Estado (= “Derecho dirigista”). Cada persona sabe lo que le conviene mejor de lo que puede saberlo el Estado. Los poderes públicos, los parlamentos que crean las normas jurídicas carecen de la información necesaria para elaborar normas adecuadas para todas las personas, pues cada persona es diferente. El Estado debe dejar campo libre para que las personas regulen sus relaciones jurídicas con las reglas que ellos mismos crean (F.A. VON HAYEK), pues ello conducirá, necesariamente, al resultado más eficiente. En Derecho internacional privado ello se refleja en la idea de que las partes deben poder elegir con libertad la Ley estatal aplicable a sus relaciones jurídicas internacionales siempre que con ello no se perjudique a terceros, al

(41) F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Dcho. Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Univ. País Vasco, pp. 88-154.

(42) R.E. BARNETT / N.B. OMAN, *Contracts: Cases and Doctrine*, 6ª ed., William & Mary, 2016; R.E. BARNETT, “Some Problems With Contract as Promise”, *Cornell Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 1022-1033.

interés público, general o estatal ni a particulares situados en posiciones negociadoras débiles. No obstante, corresponde al Derecho elaborado por el Estado desarrollar varias funciones clave: (a) Fijar las reglas imperativas que permitan a las partes alcanzar acuerdos entre ellas y que garanticen que tales acuerdos se cumplan (*enforcement*). Se trata de elaborar reglas modales de elección del Derecho aplicable, en la expresión de M. Hook(43); (b) Establecer regulaciones imperativas para proteger a las personas que no pueden defender sus intereses por sí mismos en condiciones de igualdad con otros sujetos: menores, consumidores, trabajadores y otros colectivos con débil *bargaining power*, así como terceros directamente afectados por decisiones de otras personas. Con ello se persigue, en la medida de lo posible, que tales sujetos puedan negociar y elegir libremente en un plano de igualdad; (c) Crear normas objetivos aplicables en defecto de pacto entre las partes. En definitiva, ello se traduce en una expansión de la autonomía de la voluntad en todos los sectores del Derecho Privado. La autonomía de la voluntad conflictual alcanza el rango de solución de valor general para el Derecho internacional privado europeo. Pues bien, por coherencia estructural del Derecho Privado, la expansión de la autonomía de la voluntad conflictual en Derecho internacional privado encaja con la expansión de la autonomía material en amplios sectores del Derecho Privado material de los Estados miembros. Así se puede apreciar en campos como el derecho al nombre de las personas físicas, las relaciones jurídicas entre los cónyuges y entre los miembros de las parejas registradas, las sucesiones *mortis causa*, etc. Por tanto, la autonomía de la voluntad conflictual defiende la libre elección de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales como la mejor solución jurídica de Derecho internacional privado (= la más eficiente) porque premia a las mejores regulaciones jurídicas y castiga a las más deficientes y permite que las partes alcancen sus legítimos objetivos del modo más económico. En el mundo de la libre elección de Ley, las Leyes mejores desplazan a las peores y permiten a las personas aumentar su bienestar porque, de ese modo, los recursos acaban en las manos de las personas que más los valoran.

(43) M. Hook, "The concept of modal choice of law rules", *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2, 2015, pp. 185-211.

3.3. Punto de conexión subsidiario preferido en Derecho internacional privado de la UE. La residencia habitual de la persona

28. En defecto de elección de Ley, los instrumentos legales europeos de Derecho internacional privado hacen aplicable, como regla general, la Ley de la residencia habitual de las partes o de la persona en cuestión. Queda aparte el Reglamento 2015/848 [insolvencia] que por la especial configuración de la materia regulada, la insolvencia empresarial, de carácter mitad sustantivo y mitad procesal, pivota sobre la regla general de la aplicación de la *Lex Fori Concursus* (Ley del Estado miembro donde se ha abierto el concurso). Los argumentos a favor de la residencia habitual de la persona como punto de conexión en Derecho internacional privado son varios, sólidos y contundentes.

3.3.1. Argumentos a favor del punto de conexión "residencia habitual"

29. Los argumentos a favor del punto de conexión "residencia habitual de la persona" son varios y presentan un sólido anclaje valorativo.

30. En primer lugar, este punto de conexión disminuye los costes para las personas. La preferencia por la residencia habitual de la persona responde a la idea de "integración social". Se aplica la Ley de dicho país porque corresponde con el ambiente jurídico-social en el que más integrado está el sujeto. Se supone, por ello, que es la Ley cuya aplicación al supuesto comporta menores costes para las personas afectadas. El legislador europeo arranca de la idea de que la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la persona conlleva, para ésta, costes menores que los que suscita la aplicación de su Ley nacional. Porque la nacionalidad se ostenta, pero en la residencia habitual se vive. Por ello, la preferencia por la residencia habitual como conexión tiene una justificación económica. Es la Ley del país que presenta una mayor vinculación con la persona física, como pone de relieve A. DUTTA (44).

31. En segundo lugar, potencia la libre circulación de personas y su integración en el país donde viven. La aplicación de la Ley de la

(44) A. DUTTA, "Der gewöhnliche Aufenthalt: Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts", *IPRax*, 37, 2, 2017, pp. 139-146.

residencia habitual facilita la integración de los ciudadanos europeos y no europeos en el Estado miembro de acogida. De este modo, el criterio "residencia habitual" fomenta la libre circulación, pues el sujeto puede trasladarse de Estado a Estado sin que su Ley nacional suponga una cortapisa u obstáculo a su integración en el nuevo país de residencia habitual del mismo. Este punto de conexión permite, destaca M.-P. WELLER, la movilidad de la Ley aplicable y la aplicación de la Ley que responde al ambiente social actual de las personas(45). Es una "conexión de presente". A una sociedad líquida caracterizada por una movilidad estructural debe corresponder una conexión también líquida y movable.

32. En tercer lugar, este punto de conexión proporciona una aceptable estabilidad jurídica. La residencia habitual constituye un criterio dotado de un aceptable nivel de estabilidad jurídica. En efecto, la Ley aplicable no cambia aunque las personas viajen por el mundo, trasladen temporalmente su residencia a otro país, o cambien de nacionalidad.

33. En cuarto lugar, por último, puede afirmarse que este punto de conexión es fácilmente comprobable por las autoridades y por terceros, dejando al margen casos difíciles que siempre surgen, recuerda D. MARTINY(46). La residencia habitual constituye una vinculación "material y exterior" de una persona con un Estado. Se trata de un criterio objetivo, exterior y físicamente observable por la misma persona y por terceros (H. BATIFFOL / P. LAGARDE)(47).

3.3.2. Concepto de "residencia habitual"

34. El concepto de residencia habitual es un concepto europeo no definido por el Derecho europeo. Es el mismo para todos los Estados miembros de la UE y no debe definirse por referencia a un Derecho nacional concreto. Ahora bien, este concepto europeo de "residencia habitual" nunca ha sido definido por el legislador europeo(48). En realidad, el legislador europeo no ha querido definirla

(45) M.-P. WELLER, "Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie", *IPRax*, 34, 3, 2014, pp. 225-233.

(46) D. MARTINY, "Internationale Zuständigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt des verstorbenen Grenzpendlers", *IPRax*, 38, 1, 2018, pp. 29-35.

(47) H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 400-401.

(48) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Policies in the Choice of Law: Habitual Residence and the European Succession Regulation", en *Liber amicorum An-*

de modo axiomático por varias razones (STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, FD 45-47; STJUE 2 abril 2009, C-523/07, A, FD 33-34)(49).

En primer lugar, para evitar que las partes puedan tergiversar el sentido de una posible definición cerrada de residencia habitual y fingir residencias habituales que son, en verdad, falsas o ficticias.

En segundo lugar, para que el concepto mismo de residencia habitual opere de modo líquido y variable, esto es, para que pueda ser definido y concretado de manera distinta según sea la normativa europea que lo utilice y el objetivo que ésta persigue. En efecto, la determinación concreta del país donde la persona tiene su residen-

gelo Davì: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 747-761; C. CHALAS, "Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le règlement Bruxelles II bis (CJEU 8 juin 2017, aff. C-111/17 PPU, D. 2017. 1250, AJ fam. 2017. 493, obs. A. Boiché, RTD eur. 2017. 849, note V. Egéa, dr. fam. no. 10 oct. 2017, Comm. 219, note A. Devers, Procédures no. 8-9, août 2017, Comm. 192, obs. C. Nourissat, Europe no. 8-9, août 2017. Comm. 336, obs. L. Idot)", *RCDIP*, 1, 2018, pp. 115-125; E. GEIMER, "Die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers durch das Nachlassgericht", en R.A. SCHÜTZE (HRSG.), *Fairness Justice Equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 117-120; G. JOHN, "Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Teil 1", *GPR*, 15, 2, 2018, pp. 70-79; ID., "Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Teil 2", *GPR*, 15, 3, 2018, pp. 136-142; T. KRUGER, "Habitual residence: the factors that courts consider", en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 741-754; S. KURTH, *Der gewöhnliche Aufenthalt in Art. 4, 21 Abs. 1 EuErb-VO*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2017; A. LIMANTE, "Establishing habitual residence of adults under the Brussels IIa: best practices from national case-law", *Journal of Private International Law*, 14, 1, 2018, pp. 160-181; B. RENTSCH, "Präzedenzfall versus Machterhalt: eine kritische Rekonstruktion der EuGH-Rechtsprechung zum gewöhnlichen Aufenthalt", en *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler: München 2016*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 273-302; ID., *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017; R. VIENENKÖTTER, *Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017; A. ZANOBETTI, "La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione", en *Liber amicorum Angelo Davì: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 1361-1404.

(49) STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, *Barbara Mercredi vs. Richard Chaffe* [ECLI:EU:C:2010:829]; STJUE 2 abril 2009, C-523/07, A [ECLI:EU:C:2009:225].

cia habitual se debe realizar con atención al sector o materia regulada y con atención a las circunstancias del caso concreto. Es el llamado "método de la interpretación funcional o teleológica". Se trata de favorecer el objetivo perseguido por el legislador europeo en el concreto instrumento legal del que se trate. Por ello, en cada sector los elementos relevantes que ponen de manifiesto dónde está la residencia habitual de la persona son diferentes. algunos ejemplos pueden resultar útiles: (a) Para concretar dónde se localiza la residencia habitual de la persona a efectos del divorcio es escasamente relevante el país en el que el sujeto tiene su centro de negocios o sus bienes; (b) Por el contrario, tales elementos sí revisten importancia para precisar el país donde la persona tiene su residencia habitual a los efectos de un contrato internacional celebrado en el marco de los negocios propios de la persona; (c) En los Reglamentos que regulan la competencia internacional, la residencia habitual se concreta con especial atención a la tutela judicial efectiva, esto es, con la intención de favorecer el acceso de las personas a los tribunales; (d) En los Reglamentos que regulan la situación jurídica de los menores exigen interpretar la noción de residencia habitual del menor en el sentido en el que se favorezca de manera más decisiva la posición jurídica de dicho menor.

En tercer lugar, para que pueda determinarse la residencia habitual del sujeto mediante un análisis del "conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso" que debe desarrollar la autoridad competente. Sólo el análisis de las circunstancias de cada caso concreto permite deducir con corrección el país donde la persona tiene su residencia habitual. Así, es claro que el hecho de que un menor de cierta edad esté escolarizado en un concreto Estado es relevante para concretar el país de su residencia habitual. Por el contrario, si se trata de un bebé, el hecho de que éste no se halle escolarizado en un país es un dato con muy escaso peso conflictual. El hecho de que una persona tenga varias propiedades inmuebles en varios países presenta un relieve distinto al hecho de que una persona tenga sólo una propiedad inmueble en un concreto país.

35. No obstante lo anterior, la jurisprudencia europea ha trazado algunos rasgos básicos y generales de la residencia habitual como punto de conexión válidos para todos el Derecho internacional privado de la UE.

a) La residencia habitual se concreta en el país donde el sujeto está socialmente integrado: se localiza en el país donde tiene la per-

sona tiene su "centro social de vida" (= lugar en el que la persona tiene una integración en un "entorno social y familiar").

b) La residencia habitual comprende, por un lado, un elemento objetivo o material, que es la presencia física de una persona en un país. Sin presencia física no puede haber "residencia habitual". La residencia habitual en sentido europeo no es ni opera como el *domicile* inglés.

c) La residencia habitual comprende, por otro lado, un elemento adjetivo: su carácter "estable" o "regular". Por ello, la "mera presencia" de una persona en un país no basta para afirmar que dicha persona tiene en dicho país su residencia habitual (STJUE 2 abril 2009, C-523/07, A, FD 33). Residencia "habitual" es lo contrario a residencia "temporal" u "ocasional" y a "mera presencia". Es una residencia estable que, precisamente por ello, refleja una "integración en un entorno social y familiar". El carácter "habitual" de la residencia debe acreditarse mediante un examen de varias circunstancias: la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un concreto Estado, la nacionalidad de la persona, su escolarización, sus conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales de la persona en dicho Estado, así como un elemento subjetivo de singular relieve: la intención de la persona de establecerse en ese país.

d) Entre todos los elementos citados, tres revisten especial importancia para acreditar la habitualidad de la residencia: (i) Una cierta duración de la residencia es necesaria, pues ello revela una estabilidad suficiente de la misma. No existe una "duración mínima" de la residencia para que pueda considerarse como "habitual", pero es claro que una presencia de muy breve duración impide que pueda hablarse de residencia "habitual" de la persona en ese país. También puede afirmarse que una duración notable de la presencia física de un sujeto en un país opera como presunción *juris tantum* en favor de su residencia habitual en dicho país; (ii) En particular, en los casos de "traslado de la residencia habitual de un Estado a otro", es elemento primordial *"la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable"* (STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, FD 51). Por ello, una presencia de una persona durante dos años en un país puede parecer que comporta su "residencia habitual" en el mismo, pero si dicha persona está presente en dicho país a los solos efectos de estudiar una carrera universitaria, su ligamen con tal país es débil y puede concluirse que no comporta "residencia habitual" en el mismo. El elemento

subjetivo, esto es, la voluntad de conferir un carácter “estable” a la presencia física, despliega una función residual que se activa cuando la permanencia física de un sujeto en un concreto país no ha alcanzado una duración notable que pueda hacer presumir que tal sujeto ha querido fijar en dicho país su residencia habitual. De este modo, si una persona habita en un país X desde hace tres meses y se ha trasladado al mismo con su familia, trabaja en dicho país, ha comprado su vivienda habitual en el mismo y ha vendido todas sus propiedades en su país de origen Z, parece claro que su residencia habitual está ahora en el país X y no en Z; (iii) Por otra parte, según el legislador europeo y según también el TJUE, debe presumirse que una persona se integra con mayor velocidad en su país de origen que en otro país distinto. De ese modo, ganará su residencia habitual en el país de su origen, que suele ser el país de su nacionalidad, más rápidamente que en otro país.

4. Eficacia extraterritorial de decisiones

36. Las normas europeas de este sector regulan, hasta ahora, la circulación de sentencias y otras decisiones y documentos públicos en el interior de la UE, esto es, entre los Estados miembros: es la libre circulación de decisiones *ad intra* de la UE, subraya M. HAZELHORST (50). Estas normas están presididas por un principio clave: la decisión pública que procede de otro Estado miembro no es una decisión “extranjera” sino que es una decisión dictada por autoridades que participan en el espacio judicial europeo. Por ello, estas normas arrancan de un principio básico: como regla general, toda decisión dictada por tribunales de un Estado miembro surte efectos jurídicos en todos los demás Estados miembros, y sólo en supuestos excepcionales de extrema gravedad se denegarán los efectos extraterritoriales de dichas decisiones en los demás Estados miembros. En dicho contexto se inscribe, recuerda T. SCHILLING, la eliminación del *exequatur* en el Reglamento Bruselas I-bis (51). Del mismo modo, el mutuo reconocimiento de situaciones relativas al estado de las personas se inscribe en una libre circulación de decisiones que no se

(50) M. HAZELHORST, *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2017, pp. 9-13.

(51) T. SCHILLING, “Das Exequatur und die EMRK”, *IPRax*, 31, 1, 2011, pp. 31-40.

consideran extranjeras, sino dictadas por Estados que participan en un mismo espacio europeo de Justicia, apunta S.L. GÖSSL (52).

37. En el futuro es previsible que la UE acuerde elaborar criterios uniformes europeos válidos para regular los efectos legales, en todos los Estados miembros, de sentencias y otras decisiones dictadas en terceros Estados. Ello sería lógico, apunta M. GEBAUER, visto que la UE tiende a configurarse como un Estado con su propio sistema de Derecho internacional privado frente a terceros Estados (53). Hasta que llegue dicho momento, cada Estado regula, mediante sus normas “nacionales”, los efectos jurídicos que producen en su territorio las decisiones dictadas en terceros Estados.

38. El Convenio de Bruselas [competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil] de 27 septiembre 1968 reguló ambos sectores del Derecho internacional privado. Por ello, los Reglamentos que se ocupaban de regular tanto la competencia judicial como la eficacia extraterritorial de decisiones se nombraron como “Reglamentos Bruselas”. Es el caso del Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003 [materia matrimonial y responsabilidad parental] conocido como “Reglamento Bruselas II-bis”. Por otro lado, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 junio 1980 fue el primer instrumento legal que unificó de manera sistemática las normas de conflicto de Leyes en los Estados miembros. Por ello, los subsiguientes Reglamentos europeos que contenían exclusivamente normas de conflicto de Leyes se denominaron “Reglamentos Roma”, como el Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 [ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) o el Reglamento 864/2007 de 11 julio 2007 [ley aplicable a las obligaciones extracontractuales [(Reglamento Roma II). Sin embargo, al proliferar más tarde los Reglamentos que se ocupan de las tres cuestiones básicas del Derecho internacional privado esta nomenclatura parece haberse abandonado. De hecho, los “Reglamentos triples” no han sido nombrados de ninguna manera especial, como se aprecia en el Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 [competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de sucesiones *mortis causa*], en el Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008

(52) S.L. GÖSSL, “Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Status-Änderungen in der EU oder: Wann ist ein Name “rechtmäßig erworben”?” (EuGH S. 416)”, *IPRax*, 38, 4, 2018, pp. 376-382.

(53) M. GEBAUER, “Analoge Anwendung des § 107 FamFG bei inländischer Privatscheidung unter Beteiligung einer ausländischen Behörde (OLG Nürnberg, S. 528)”, *IPRax*, 38, 5, 2018, pp. 497-498.

[competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de obligaciones de alimentos] así como en el Reglamento 2015/848 de 20 mayo 2015 (*recast*) [procedimientos de insolvencia].

Primer aniversario de la LCI



NOTAS SOBRE LA RELEVANCIA DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN
LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Luis Humberto Clavería Gosálbez

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CRÉDITOS
INMOBILIARIOS

Carlos Jiménez Gallego

NOTAS SOBRE LA RELEVANCIA DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Luis Humberto Clavería Gosálbez

Catedrático de Derecho Civil

Profesor Emérito de la Universidad de Sevilla

Resumen: Entre las novedades importantes que contiene la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, transposición en España de la Directiva 2014/17/ del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, una de ellas constituye el objeto y el objetivo del presente pequeño estudio, la relativa a la actuación del Notario encaminada a robustecer la regularidad del proceso de perfeccionamiento de estos contratos, facilitando la correcta información del prestatario acerca del contenido y el alcance de dichos negocios jurídicos y coadyuvando así a su eficacia y a su cumplimiento efectivo, lo que conlleva un satisfactorio funcionamiento del circuito económico. Se analiza especialmente el sentido del art. 15 de la citada ley, así como los textos que más estrechamente se coordinan con él, abordando la inserción de estos preceptos en el campo de la protección del adherente en los contratos de contenido predispuesto e impuesto, lo que nos conduce a una reflexión sobre los tantas veces comentados controles de inclusión, de contenido y de transparencia.

Palabras clave: Art. 15 de la Ley de Crédito inmobiliario, Notario, transparencia material y transparencia formal en los préstamos hipotecarios.

Abstract: One of the important new features of Law 5/2019, of 15 March, regulating real estate credit contracts, transposition in Spain of Directive 2014/17/ of the European Parliament and Council, of 4 February 2014, constitutes the object and objective of this short study, that relating to the action of the Notary aimed at strengthening the regularity of the process of perfecting such contracts, providing the borrower with correct information about the content and scope of these legal

transactions and thus contributing to their effectiveness and effective compliance, which entails a satisfactory functioning of the economic cycle. The meaning of article 15 of the aforementioned law is analysed in particular, as well as the texts that are most closely coordinated with it, addressing the insertion of these provisions in the field of protection of parties to contracts with predisposed and imposed content, which leads us to reflect on the controls over inclusion, content and transparency so often commented on.

Key words: Article 15 of the Real Estate Credit Law, Notary, material transparency and formal transparency in mortgage loans.

SUMARIO

- I. PREÁMBULO
- II. DERECHO APLICABLE
- III. PEQUEÑO RELATO DEL PROCESO FORMATIVO DE UN CONTRATO DE CRÉDITO INMOBILIARIO
- IV. LA FINALIDAD DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO
- V. FUNCIÓN DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL PROCESO DE PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO: SANCIÓN DE LAS IRREGULARIDADES
- VI. CONCLUSIONES Y OBSERVACIÓN DE ÚLTIMA HORA

I. PREÁMBULO

El título que he escogido para este pequeño estudio ilustra, creo, al lector sobre el objetivo pretendido: habrá adivinado dicho lector que me refiero al significado y a la trascendencia que tiene esa actividad que el Notario (o la Notaria, en adelante, por brevedad, el Notario) debe realizar a la hora de asistir a un prestatario en virtud de los preceptos contenidos en la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI).

Mencionaré primeramente las fuentes del Derecho vigente (o posiblemente vigente) aplicable al respecto en España, con particular referencia, que puede ser ejemplificadora, a Andalucía, apuntando mis dudas sobre el asunto.

Seguidamente narraré el *iter* de la formación de ese contrato, de un contrato cualquiera de ese tipo, desde los primeros contactos entre los afectados hasta la firma de la escritura, para después referirme a la finalidad político-económica de la Ley y de la Directiva europea que la inspira y determina, desembocando así en la pretensión nuclear de este ensayo: qué función desempeña, en la mente del legislador, ese conjunto ordenado de actos del fedatario público respecto del tratamiento jurídico del contrato, debiendo plantearnos en qué medida esta singular normativa percute sobre las reglas previas de la formación de los contratos, tanto las ordinarias de los códigos de Derecho privado, como las sometidas al régimen de la predisposición e imposición de su contenido: ¿Qué sucede si no se cumplimentan esos trámites, si se omite alguno de ellos? ¿En qué medida quedaría afectada la eficacia de ese negocio jurídico? ¿Para qué ha decidido el legislador español, movido por el europeo, inundar de textos los ordenadores de bancos y de fedatarios, textos cuya comprensión exige a veces altos conocimientos de variadas materias y cuya extensión excede a la de una novela clásica decimonónica?

El trabajo terminará con unas breves conclusiones, conclusiones que, paradójicamente, concluirán poco, más bien pretenden inquirir y proponer. A las conclusiones añadiré una observación de última hora.

II. DERECHO APLICABLE

El objeto de nuestra atención será preferentemente el tenor de los arts. 14 y 15 de la mencionada LCCI: los amigos Notarios que me invitaron a escribir estas líneas me dijeron que me centrara sobre todo en el art. 15 (el acta), pero es evidente que este artículo debe conectarse con otros, el que acabo de citar junto a él y también el 10, el 11, el 12, el 22, etc., sin olvidar el art. 3.

Como es sabido, la LCCI se apoya en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 (en adelante, DIR), ya abordada por mí en alguna que otra mesa redonda, fuente que, además de obligar al legislador español, en la práctica afecta también directamente a los operadores jurídicos, como tendremos ocasión de comprobar, particularmente a propósito de otra

Directiva, que luego citaré, relativa a las cláusulas contractuales predispuestas e impuestas.

Junto a estas fuentes principales, debemos tener delante el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y se adoptan otras medidas en materia financiera (en adelante, RD309), preferentemente sus arts. 11 y 12, dirigidos a completar los artículos antes mencionados de la LCCI, así como su disposición transitoria 1ª, en la que se establece que el desarrollo reglamentario de la LCCI se entenderá realizado por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, OEHA), en cuanto que ésta no sea contraria a dicha Ley y este Real Decreto; determinación importante, pues esta Orden, lejos de derogarse, se mantiene en pie en considerable medida, si bien subordinada a la LCCI y al RD309 y, atención, completada y enmendada por la Orden ECE 482/2019, de 26 de abril (en adelante, OECE), que aparece precisamente en el mismo BOE del Real Decreto, el del día 29.

Directamente atinente al tema es asimismo la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos sobre la vivienda, Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, LA), fuente que, según me informan, viene aplicándose con regularidad en las Notarías andaluzas antes y después de la vigencia de la LCCI. Sobre el asunto creo necesarias algunas consideraciones: a mi juicio, los preceptos de la mencionada LA que aluden a los requisitos de esos contratos, a su forma y, en general, a su régimen jurídico-privado son de cuestionable aplicabilidad, por ser ajenos a la competencia del Parlamento andaluz en virtud del art. 149, núm. 1, apartados 6º y 8º, de nuestra Constitución (en adelante, CE); en efecto, o son Derecho mercantil, o pertenecen a las llamadas bases de las obligaciones contractuales dentro del Derecho civil, materia sustraída a los Parlamentos autonómicos incluso si son territorios antes denominados forales o especiales; por eso me parece tan ingenuo el párrafo penúltimo del apartado I de la Exposición de Motivos de la LA, en el que, advirtiendo el posible problema competencial, se dice que "...resulta necesario destacar que la protección prevista en esta Ley se asegura solo con medidas administrativas y, por tanto, no suponen ninguna obligación civil o mercantil...", lo que resulta clamorosamente desmentido por la primera parte de su contenido, como se advierte en la lectura de sus arts. 6 y ss., algunos descaradamente jurídico-privados, como, por ejemplo, el

art. 14. Es cierto que el actual Estatuto de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, establece en su art. 58, núm. 2, apartado 4º, entre las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma, la defensa de los derechos de los consumidores, lo que implica que el Derecho andaluz relativo al consumo se antepondría, en caso de conflicto, al Derecho estatal, en virtud del núm. 3 del citado art. 149 de la CE. Pero, entiéndase, sólo dentro de la materia sobre la que el Parlamento andaluz pueda pronunciarse. No entro ahora en el problema de la relevancia de la impugnación o no impugnación de esos preceptos, pero apunto la cuestión. Otra cosa es cómo funcione de hecho la aplicación del Derecho en la vida social. Cuando se suscite algún tema relativo a los deberes del Notario en las líneas siguientes, aludiré a figuras creadas por la LA (por ejemplo, el Documento de Información Personalizada Complementaria, en adelante, DIPERC), sin tener que recordar estas advertencias.

Complementariamente deberemos tener en cuenta los preceptos del Código civil (en adelante, CC) relativos a los vicios del consentimiento en el contrato (arts. 1265 y ss. y 1300 y ss.), en cuanto que la protección del cliente bancario que los artículos citados de la LCCI pretenden producir se halla sustancialmente encaminada a reforzar la correcta información del prestatario sobre el contenido de su préstamo, dificultando posibles errores, dolos o incluso intimidaciones.

Pero lo que, a mi juicio, presenta singular interés es la aplicabilidad al supuesto de estos préstamos de la normativa protectora del consumidor y de la de las condiciones generales de la contratación; de hecho, el art. 7 de la LCCI alude a éstas, así como la LA, en el núm. 2 de su art. 16, por cierto un precepto que, aun referido a tales cláusulas, sí pertenece a la competencia andaluza, en cuanto que contempla sólo sanciones administrativas, sin regular relaciones entre particulares. Dicho precepto alude asimismo al art. 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (en adelante, TRCU).

Parece darse por sentado, por consiguiente, que la normativa protectora del consumidor y la reguladora de las condiciones generales operan en nuestro contrato de préstamo hipotecario. ¿Es realmente así?

El art. 4 de la DIR contempla al consumidor como una de las figuras afectadas por ella, aludiendo a los consumidores los arts. 6 y ss. La LA, como dije, se refiere explícitamente a las personas consu-

midoras y usuarias. La OEHA alude al cliente de servicios bancarios, que es una figura no exactamente coincidente con la de consumidor, lo que viene a reproducirse en la LCCI, que se refiere a los prestatarios sin denominarlos consumidores, siendo orientativos los párrafos 3º y 4º del apartado III de su preámbulo, que, aludiendo a la DIR, afirma, no obstante, que ella "...extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores", de manera que quepa "...ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos" (pár. 4º). Lo mismo cabe decir de la OECE.

Ante ello, creo que, si el prestatario cliente bancario es consumidor, dándose sin duda en estos contratos predisposición e imposición, son aplicables, tras la LCCI, el TRCU y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) (en teoría, cabe contrato impuesto a un consumidor sin condiciones generales en sentido estricto, pero, coincidiendo sustancialmente las normas sobre predisposición de TRCU y LCGC, cabe aplicar también ésta, aunque sea por analogía). Por tanto, el prestatario será protegido por los llamados controles de inclusión (arts. 5 y ss. de la LCGC y 80 del TRCU) y de contenido (arts. 8 y ss. de la LCGC y 82 y ss. del TRCU), aunque ya anuncio que entiendo que los arts. 9, 10, 14 y 15 de la LCCI desplazan a las mencionadas normas de control de inclusión, pues estos preceptos de la LCCI contienen otro control de inclusión diferente del general, que sólo se aplica en la medida en que sea compatible con el de la LCCI. Aclaro que en su momento meditaré sobre el llamado control de transparencia, mencionado en algún que otro artículo de la LCCI (el 1 y el 15, núm. 6, texto del que hablaré más detenidamente) o en el art. 12, núm. 1, f), del RD309, control del que tanto han hablado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) o nuestro Tribunal Supremo (TS), como un control diferente de los otros dos antes citados, control sacado de la chistera de juristas y jueces al interpretar el núm. 2 del art. 4 de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (en adelante, DIR93).

Si el prestatario no es consumidor, no se le aplicaría, en principio, el control de contenido, pero sí el de inclusión, operando, por tanto, las normas aludidas de la LCCI y supletoriamente las de la LCGC y, tal vez, por analogía, las del art. 80 del TRCU, aunque creo que las reglas supletorias no serían necesarias para proteger al cliente bancario.

Como veremos, la clave de nuestro estudio será cómo juegan los arts. 14 y 15 de la LCCI en la fase formativa de estos contratos y cómo se conjugan con preceptos anteriores de otras leyes o cuerpos legales.

III. PEQUEÑO RELATO DEL PROCESO FORMATIVO DE UN CONTRATO DE CRÉDITO INMOBILIARIO

El capítulo II de la LCCI, tras enunciar unos principios informadores en el art. 5, contiene, en un lenguaje explícitamente normativo, una narración del proceso que conduce a la firma de la escritura de un contrato de esta índole.

El art. 6 de la LCCI nos indica el contenido mínimo que debe darse a la publicidad de estos préstamos, los datos y conceptos que debe comprender dicha publicidad. Ya la OEHA, en su art. 20, alude a la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario que debe elaborar el Banco de España para informar a posibles interesados, siendo discutible la vigencia de esta exigencia tras la entrada en vigor de nuestra LCCI, aunque, no obstante, sea indudable el deber de información completa en la publicidad de la entidad prestamista.

Junto a la citada publicidad y antes de posibles contactos personales con prestatarios, conviene citar el deber de los prestamistas de inscribir en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, RCGC) las cláusulas contractuales utilizadas en estos contratos que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación, lo que nos sugiere la vinculación de nuestra materia con el campo de la predisposición e imposición del contenido contractual, esto es, con los tradicionalmente llamados "contratos de adhesión". Véase también el núm. 6 del art. 14.

Seguidamente el prestamista se dirige a personas concretas informándoles exhaustivamente del contenido de estos contratos (art. 9 de la LCCI), comprendiéndose dentro de dicho contenido no sólo los datos personales del informador y los elementos principales del contrato, su causa y su objeto, esto es, el interés remuneratorio y demás prestaciones, sino también otros extremos de su contenido, como el reembolso anticipado, servicios accesorios, efectos de los incumplimientos, etc. El art. 9 mencionado viene a reproducir el art. 13 de la DIR y no alude a ficha especial alguna como la FIPRE (ficha de información precontractual) contemplada en el art. 21 de la OEHA y menos aún a documento alguno de información precontractual complementaria (DIPREC) como prescriben los arts. 8 y 9 de la LA. Soy informado de que, al menos ahora, la FIPRE de hecho

no siempre se exige justificarla antes de la firma del acta y de la escritura, aunque entiendo que, al menos formalmente, no cabría excluir tal exigencia a la vista de la disp. tr. 1ª del RD309. *De iure condendo* no la reputo necesaria.

Cuando el posible prestatario recibe dicha información, si decide contratar de alguna manera y con algún contenido, se dirige al prestamista informándole de su situación económica y de su solvencia, con el fin de que éste las valore y le aconseje sobre si debe desistir de su plan o si puede asumir el préstamo, matizando qué tipo de préstamo podría ser el elegido con arreglo a sus circunstancias y necesidades, sin olvidarse el prestamista de asegurarse de que el cumplimiento del contrato por parte del prestatario sea altamente probable: inspirados en el art. 18 de la DIR, los arts. 11 y 12 de la LCCI aluden a esa indagación de la solvencia del solicitante del préstamo, incentivando su art. 18 la pulcritud de la decisión del posible prestamista, que, si opta por una decisión afirmativa, remitirá esa información al prestatario en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) (arts. 10 y 14, núm. 1, a, de la LCCI, en aplicación del art. 14 de la DIR), junto con los otros documentos que menciona ese núm. 1 del art. 14 de la LCCI, en especial la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) (letra b de ese núm. 1). La FEIN tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad prestamista durante el plazo pactado para la firma del contrato, que, como mínimo, deberá ser de 10 días. Advierto ya que estos documentos comprenden un contenido muy amplio y se refieren a múltiples elementos del contrato, no sólo a sus prestaciones principales. Hago notar asimismo que reputo sustituida la Ficha de Información Personalizada (FIPER), contemplada en el art. 22 de la OEHA, por la antes mencionada FEIN, mereciendo la misma observación la DIPERC andaluza del art. 10 de la LA, que, sin embargo, me dicen, sigue exigiéndose en muchas Notarías.

El posible prestatario, decidido a contratar, declara que ha recibido toda esa documentación y que se le ha explicado su contenido; y el prestamista envía telemáticamente al Notario escogido por el prestatario todos esos documentos y la declaración de su recepción por el prestatario, declaración en la que también dice que se le explicó el contenido de toda esa documentación.

Seguidamente el prestatario, según el art. 15 de la LCCI, acude a la Notaría y el Notario le explica el contenido de los documentos, especialmente el de la FEIN y la FiAE, responde a las preguntas del interesado y somete a éste a un test encaminado a asegurarse de

que ha comprendido el sentido de la operación, el significado de las cláusulas y las consecuencias de su incumplimiento.

Me parece interesante reseñar aquí que en los dos casos que presencié la información que el Notario de Sevilla Don Javier Feás Costilla aportó a los clientes y el modo de transmitirla fueron tan efectivos y didácticos que me parece imposible que los interesados no entendiesen lo que la ley pretende que entendieran; y que, sin embargo, sin tal intervención notarial, los interesados no habrían podido comprender algunos aspectos técnicos sofisticados que una persona media no jurista ni economista no está en condiciones de entender.

Cabe plantear que una cláusula oscura con arreglo al art. 80 del TRCU o al art. 5 de la LCGC quede incluida gracias a la intervención del Notario con arreglo al art. 15 de la LCCI, pues el fedatario puede provocar que deje de ser oscura; no obstante, si es ininteligible, debe rechazarla, se refiera o no al objeto principal del contrato. Obviamente las cláusulas que el Notario incluya en la escritura deben ser claras.

Tras esta información el Notario redacta el acta, introduciendo en un formulario que lleva preparado las singularidades del caso y lo desvelado y revelado en la entrevista antes relatada, incluyendo las respuestas al test. En dicha acta el fedatario narra el acto y manifiesta que el prestatario dice que comprende y acepta el contenido de los documentos antes descritos (art. 15, núm. 6).

Dicha acta, que, como muy tarde, debe ser extendida el día anterior al otorgamiento de la escritura (art. 15, núm. 3), es un documento público a los efectos notariales y procesales pertinentes, presumiéndose veraz e íntegro su contenido, haciendo prueba del asesoramiento del Notario y de la manifestación del prestatario de que comprende y acepta el contenido de todos los documentos; quizá el acta no prueba la comprensión efectiva, pero sí que el contratante dijo que comprendía; a mi juicio, también prueba, por las razones antes expuestas, la comprensibilidad, de modo que correspondería a aquél la prueba de que no comprendió inculpablemente. El art. 12, núm. 1, f, del RD309 llama a este documento "acta de transparencia".

Tras el otorgamiento del acta, como mínimo al día siguiente de ésta (núm. 3 del art. 15 de la LCCI), se procederá al otorgamiento de la escritura pública de préstamo e hipoteca (art. 22), en la que se hará constar la firma del acta mencionada (núm. 7 del citado art. 15), además del contenido de tales negocios jurídicos y demás conceptos. Los Registradores no inscribirán escritura alguna relativa

a estos préstamos en la que no conste la reseña del acta (núm. 2 del art. 22).

IV. LA FINALIDAD DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

La finalidad de la DIR y de la LCCI no es sólo ni principalmente favorecer la pureza del consentimiento, salvaguardando la libertad y la información de los contratantes (al estilo del CC), ni tampoco proteger especialmente a uno de los contratantes económica o socialmente más débil o indefenso impidiendo o dificultando la imposición de contenidos lesivos frente a él (al estilo de la legislación de consumidores) (aunque lo proclame el art. 1 de la LCCI), sino sobre todo incentivar el funcionamiento regular del circuito económico mediante la configuración de un régimen contractual que dificulte el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o tardío de los negocios jurídicos relativos al crédito inmobiliario, impeliendo a uno de los futuros contratantes a proveerse de una información suficiente sobre el contenido y el alcance de los contratos y al otro sobre la solvencia del contratante anteriormente aludido: en efecto, el legislador pretende que los contratos de esa índole que se perfeccionen no sólo nazcan gracias a un consentimiento libre e informado, sino también que sea cumplidos satisfactoriamente.

De ello cabe inferir que no queda satisfecha la pretensión nuclear de estas normas con una ágil invalidez contractual ante las irregularidades del consentimiento, pues ello no satisfaría realmente los intereses de las partes, ni tampoco con una rápida resolución por incumplimiento, que acarrearía trastornos económicos considerables para uno y otro contratante. Las normas de los arts. 5 y ss. de la LCCI van encaminadas en principio a informar al posible prestatario del contenido de los posibles préstamos que podría recibir, con el fin de que escoja el que reputa más viable, debiendo citarse, como ejemplos de ellas las de los arts. 14 y 15, dirigidas a provocar la información más completa y precisa para el prestatario ante un contrato inminente, pero las de los arts. 11, 12, 13 y 18 pretenden posibilitar y perfeccionar la información del prestamista acerca de la solvencia de aquél.

Estas reflexiones nos conducen a preguntarnos por el sentido de las presentes líneas: en ellas, además de plantearnos, en nuestro caso de pasada, qué significa cada exigencia, nos interesa inquirir el alcance del incumplimiento de esas normas, alcance que podría consistir en algún tipo o grado de ineficacia o bien en alguna mo-

dificación, compensación o indemnización; no se olvide cuáles son las pretensiones de los autores de la DIR y de la LCCI, percepción que debe orientarnos a la hora de indagar los remedios aptos para atender esas irregularidades o carencias; ello implica preguntarnos por el sentido del acto del art. 15 de la LCCI en cuanto fase obligada del proceso formativo del contrato y en cuanto nueva modalidad de control de inclusión e indirectamente de contenido. Del llamado control de transparencia, ya hablaremos. Será una meditación breve *de iure condito* que no me eximirá de unas consideraciones *de iure condendo* al final de este pequeño ensayo.

V. FUNCIÓN DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL PROCESO DE PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO: SANCIÓN DE LAS IRREGULARIDADES

¿De qué modo influye esa actuación del Notario en la formación del contrato? ¿Constituye el acta un procedimiento nuevo distinto del tradicional de oferta y aceptación o del de aceptación de unas condiciones generales o un formulario? En cierto modo, sí. Creo que esta Ley produce un impacto sobre el régimen general de la creación del vínculo contractual, afectando, en su ámbito, a preceptos como los arts. 1262 y 1265 y ss. del CC o los arts. 5 y ss. de la LCGC o los arts. 80 y ss. del TRCU; en estos contratos, por obra de la Ley, una especie de héroe de película de aventuras se introduce en la historia de unos posibles contratantes impidiendo o dificultando irregularidades y alterando la posible incidencia de vicios de la voluntad o de deficiencias en la información, esto es, alterando la vida ordinaria de la relación previa al perfeccionamiento de un contrato: ¿Será éste el futuro de los más modernos tipos contractuales, diversos del que ahora estudiamos, trasladándose la labor del citado héroe a otros escenarios? ¿O será sustituido por unos “nodos” en sofisticadas aplicaciones electrónicas al modo de los llamados *smart contracts*?

En las siguientes líneas voy a indagar sobre el papel del Notario desde que, elegido por el posible prestatario, recibe la abundante documentación mencionada en el art. 14 de la LCCI; es decir, qué impacto produce tal actuación en ese contrato. Pero antes de entrar en ello me parece muy útil llevar al lector a una consideración previa, nacida de las peculiaridades de este negocio jurídico y de las pretensiones del legislador, que son las de los redactores de la Directiva: ¿Qué efectos tendría o tendrá una infracción del art. 15 de la LCCI, por ejemplo, una omisión del Notario, una declaración

inexacta, un engaño de uno a otro contratante? El lector acostumbrado al Derecho civil tradicional pensará en la invalidez, es decir, nulidad o anulabilidad. ¿Y qué decir ante un contrato regularmente gestado que luego se incumple? ¿Resolución plena inmediata con la devolución total de las prestaciones? Para este último supuesto la LCCI aporta una solución específica en su art. 24, pero es claro que, respecto del contrato irregularmente formado, la posible invalidez consiguiente debe ser muy matizada, no pareciéndome aplicable en todos los casos el art. 1303 del CC. Piénsese que la extinción total y retroactiva de la eficacia de estos contratos con la consiguiente devolución completa de las prestaciones, salvo en supuestos extremos, no parece ser acorde con la intención del legislador de 2019 ni con los previsibles intereses de las partes implicadas: dicha ineficacia desprotegería al prestatario y perjudicaría al prestamista. Cabría pensar quizá en una ineficacia parcial o en una indemnización. Obviamente los contratantes podrían, acaecida la causa invalidante, pactar soluciones intermedias, pero debemos preguntarnos qué sucede ante una impugnación que prospere. Una pista útil para orientarnos en la solución de este problema puede hallarse en el núm. 4 del art. 11 de la LCCI (reproducción aproximada del núm. 3 del art. 20 de la DIR), en cuanto que en él se contempla la posibilidad de que el prestamista pueda provocar la modificación del contrato si se demuestra que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información: modificación, por tanto, y no ineficacia total, lo que puede ser económicamente más eficiente para las partes. Por cierto, ¿cómo y quién modificaría? La modificación judicial suscitaría problemas. Obsérvese, por otro lado, que el texto legal español, siguiendo al texto europeo, habla de “resolver” o “rescindir” ante irregularidades inherentes al proceso formativo del contrato, es decir, no alude, como debería, a la invalidez (nulidad o anulabilidad), sino a modalidades de la llamada ineficacia en sentido estricto, precisamente para sancionar un claro vicio de la voluntad, la conducta dolosa del prestatario, reputando, por el contrario, irrelevante otra irregularidad estructural, el caso de que la información facilitada fuera incompleta, lo que podría conllevar un error que la misma norma declara irrelevante. Si habla la Ley de la posibilidad de algo que denomina resolución o rescisión sin más distinguos, aunque sea para un determinado supuesto grave, es que no excluye, al menos excepcionalmente, la ineficacia total. Me parece necesario tener esto presente antes de reflexionar sobre la actuación del Notario y las posibles incidencias que puedan afectarle. Y que el legislador

llame rescisión o resolución a un caso de invalidez no debe sorprendernos demasiado.

Prescindamos, por el momento, de la información que el prestatario recibe según los arts. 6 y ss. de la LCCI y en concreto de la que muy personalmente le aporta el Notario en virtud del art. 15: sea o no consumidor dicho prestatario, es planteable que, en la medida en que la citada Ley especial no lo impida, son aplicables los arts. 1265 y ss. del CC, alusivos a los llamados vicios del consentimiento; apartando en esta reflexión la obvia pero extraña relevancia de violencia o intimidación, cabe preguntarnos por el error y el dolo. Hace unos momentos hemos visto un ejemplo, en la LCCI, de dolo relevante del prestatario (art. 11, núm. 4); parece que, según ese mismo texto, algún otro posible defecto de información no es relevante, pero sí podemos suscitar la cuestión general de la relevancia de un error esencial que sea excusable o que, no siéndolo, sea susceptible de ser conocido por el contratante que no lo padezca: si eso sucede, según doctrina y jurisprudencia dominantes, cabe hablar de anulabilidad, pero aquí irrumpe la LCCI, pues parece que la actuación del Notario obligada por el art. 15 convierte en inexcusable un posible error del prestatario y en no cognoscible por el prestamista: el acta dice que el prestatario dice que ha comprendido las explicaciones, que su información es satisfactoria y que acepta el contenido; puede estar equivocado, puede declarar bajo presión o puede mentir, pero las posibilidades de algo de ello son remotas, constituyendo razonablemente esa acta una prueba de la regularidad de la formación de ese consentimiento, como reza implícitamente el núm. 6 del art. 15. Claro que cabe valorar la mayor o menor respetabilidad de las actuaciones de las dos partes contractuales a la hora de distribuir los riesgos de un posible error, como un autorizado sector de la doctrina civilística infiere del art. 1302 del CC, pero, dados los citados arts. 14, 15 y 22 de la LCCI, la posición del prestatario que yerre no sería, en principio, atendible. De los arts. 5 y ss. de la LCGC, también aplicables a un prestatario no consumidor, luego hablaremos.

¿Y si, como es habitual, el prestatario es consumidor? Entonces deberemos tener presentes, tras LCCI, RD309, OEHA, tal vez Derecho autonómico, etc., la LCGC y el TRCU, estos últimos aplicables combinadamente. Ello significa que estos contratos de préstamo inmobiliario deberán someterse al control de inclusión y al control de contenido (del llamado control de transparencia trataré luego): en efecto, desde la Ley alemana de 9 de diciembre de 1976 sobre condiciones generales del negocio (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*

Gesetz, abreviadamente *AGBG*) hasta los primeros años del siglo XXI, como he indicado en múltiples estudios sobre la predisposición del contenido contractual, la protección del contratante adherente tenía lugar, aparte de con alguna que otra regla específica relativa a la interpretación, sustancialmente con el llamado control de inclusión o incorporación y, si el adherente era consumidor, también con el control de contenido; el primero consistía en un conjunto de normas dirigidas a posibilitar o facilitar el conocimiento, por parte del adherente, de la existencia, el contenido y el alcance de las cláusulas predisuestas e impuestas; el segundo consistía en la ineficacia (de variada extensión) de las cláusulas lesivas para el adherente aunque hubieran sido conocidas, comprendidas y aceptadas por éste: esas cláusulas lesivas, llamadas abusivas en España, podían serlo o por reunir unas determinadas características (desequilibrio contra el contratante débil) o por pertenecer a unas listas contenidas en la ley. Nuestro Ordenamiento ha contemplado el control de inclusión en los arts. 5 y ss. de la LCGC y en el art. 80 del TRCU, regulando el de contenido en los arts. 8 y ss. de la primera y 82 y ss. del segundo.

Adelanto ya, en aras de la claridad, que creo que las normas de control de contenido son aplicables a estos contratos de la LCCI en el supuesto de prestatario consumidor, siendo inválida (luego perfilaré el sentido de esta invalidez) la cláusula abusiva que se encuentre en ellos; adelanto también que el Notario deberá rechazar esas cláusulas si son abusivas con arreglo a uno de los dos criterios de abusividad antes aludidos, no bastando, a mi juicio, que advierta de su posible carácter abusivo; y que, en principio, esa invalidez será parcial, manteniéndose la eficacia del resto del contrato con arreglo al art. 83 del TRCU.

Respecto del control de inclusión, es evidente que son aplicables los antes citados artículos de la LCGC y del TRCU: las cláusulas se incluirán en el contrato si son claras, comprensibles, efectivamente comunicadas al adherente, etc. Ahora bien, considero que el art. 15 de la LCCI, texto precisamente encaminado al ejercicio de ese control de inclusión, lo refuerza terminantemente, pues el acta en cuestión hace prueba, si no de la comprensión de las cláusulas, sí de su comprensibilidad, descargando al predisponente de otras pruebas e impidiendo de manera casi absoluta al adherente la alegación de su falta de información inculpable: si el Notario hace lo que el art. 15 le ordena que haga y que yo vi hacer en aquella Notaría sevillana durante mi visita investigadora, el adherente no podrá alegar con

éxito que no comprendió inocentemente parte alguna del contenido: el art. 15 constituye el mejor control de inclusión que he conocido.

El lector se preguntará: ¿Y el control de transparencia? Adelanto ya que me sobra, es sólo un modo más de llamar al control de inclusión, pero conviene explicar por qué apareció, embrollando todo y, lo que es peor, desprotegiendo al contratante débil. Su germen remoto se halla en los arts. 1341 y 1342 del Código civil italiano, pero luego la idea ha aparecido, entre otros, en textos españoles como el art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (abreviadamente, LS) o el estrambótico y hoy afortunadamente derogado art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, aunque lo más grave es que cabe detectarla en el núm. 2 del art. 4 de la DIR93, que, por otra parte, un cuerpo normativo técnicamente aceptable.

La idea del legislador italiano de 1942 consiste en que determinadas cláusulas predisuestas que dicho legislador reputa lesivas para el contratante débil sólo se consideran incluidas en el contrato si son aceptadas expresamente por escrito por el citado contratante, al que se pretende proteger llamándole la atención sobre ellas, no invalidándolas: en un curioso ejercicio de lo que he venido denominando "sadismo legislativo" el legislador comunica al adherente que va a sufrir tal y cual efecto, entérese bien, adherente, esto debe soportar; es decir, aplica un control de inclusión a lo que el legislador alemán de 1976 aplicó un control de contenido, de modo que la cláusula bien comprendida vale, por lesiva que sea: esta perversa idea, útil para los predisponentes, penetrará poco a poco, pervirtiendo la protección del adherente. El núm. 2 del art. 4 de la DIR93 establece: "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible." Es decir, si las cláusulas lesivas para el contratante débil designan o cuantifican el objeto principal del contrato (*Core Term, Hauptleistung*), no pueden ser declaradas ineficaces por abusivas, dado el principio jurídico comunitario de la libre formación de los precios y dado que, según la doctrina dominante, sobre el objeto principal no se da imposición, sino negociación, tras una completa información de los contratantes (información de cuestionable suficiencia, por ejemplo, en los casos de productos tecnológicos o financieros). Ello implica que, si hay una descompensación entre cosa o servicio y precio, no cabe hablar de abusividad y la cláusula que la establece vale si es clara y ha sido bien comunicada al adherente; amparándose el

TJUE y nuestro TS en el inciso final del precepto transcrito, para mí y para otros autores una simple reiteración del control de inclusión, optaron, para tutelar, en el supuesto de la llamada cláusula suelo, al prestatario consumidor, por “descubrir” un tercer control que le defendiese, el de transparencia: dado que la cláusula suelo, por ser un elemento configurador del interés remuneratorio y, por ello, objeto principal del contrato, no podía ser anulada por ser abusiva, sí cabía suprimirla si no era transparente, como si la transparencia, distinguida artificialmente del control de incorporación, no fuera una modalidad de éste; la cláusula abusiva se atiende no con un control de contenido, sino de inclusión, cuyo nombre se cambia. El efecto es muy censurable, pues tal construcción implica que una cláusula que exprese un *core term* y que sea muy transparente no puede padecer un control de contenido por muy abusiva que sea, explicitando yo que puede serlo. Se discutió si tal precepto es o no aplicable en España, dado que no fue incorporado a nuestras leyes. Mantuve en varios escritos que no es aplicable por no haber sido traspuesto a nuestra LCGC ni a nuestro TRCU, se dice que por un descuido; siendo la DIR93 una Directiva “de mínimos”, cabe que un Derecho interno proteja al adherente más de lo que impone la Directiva, pero no menos, sucediendo lo primero en este caso y no violándose, a mi juicio, el principio jurídico comunitario antes aludido si también el *core term* se somete a un saludable control de contenido. Como el lector informado sabe, no es ésa la opción actual de nuestros tribunales, que aplican directamente en España el núm. 2 del art. 4 de la DIR93, de modo que una cláusula atinente al objeto principal sólo puede ser suprimida si no es transparente, elaborando nuestra jurisprudencia una pormenorizada doctrina sobre cuándo hay transparencia y cuándo no. Y de esa transparencia, tan de moda, vuelve a hablarnos nuestro legislador de 2019 en la LCCI. Permítaseme recordar de pasada que dicho legislador prohíbe en el art. 21, núm. 3, la cláusula suelo, aunque se le haya olvidado retocar la alusión que hace a ella en el art. 14, núm. 1, b), que implícitamente la permite... claro está, *siendo transparente!* La LCCI no tiene reparos en limitar la libertad en la cuantificación y configuración de un elemento esencial, interceptando esa cláusula.

Como dije, la LCCI persigue, entre otros fines, lo que ella llama transparencia: lo dice el párrafo 2º del art. 1 y sobre todo el núm. 6 del art. 15, en el que se establece que el acta notarial hará prueba de un conjunto de hechos “...a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material”, repitiendo el art. 12, núm. 2, f, del RD309 la misma idea al referirse a que el Notario “...redac-

tará y autorizará el acta de transparencia". Obsérvese que el acta da fe de que el prestatario declara que él comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, documentos que contienen no sólo la determinación, descripción y cuantificación de las prestaciones principales del contrato, sino también otras determinaciones más o menos importantes, por ejemplo, cláusulas relativas a plazos, reembolso anticipado, subrogación, desistimiento, etc.: es decir, cláusulas sobre las que, según el TJUE y el TS, sí podría recaer el control de contenido; pero sí destaco ahora que lo que el art. 15, núm. 6, de la LCCI denomina "principio de transparencia en su vertiente material" se refiere tanto a las prestaciones principales como a las otras determinaciones contractuales: todo debe ser transparente, lo que, como antes dije, implica un control de inclusión que el Notario ejecuta y garantiza, en mi opinión con más eficacia que con la que lo pretenden los arts. 5 y ss. de la LCGC y 80 del TRCU, artículos que se aplican tras los preceptos de la LCCI. Dentro de su deber de transparencia el Notario advertirá del posible carácter abusivo de alguna cláusula cuando no pueda hacer actuar el control de contenido, de lo que luego hablaré.

Claro que es posible el hecho de un Notario venal que, actuando del modo opuesto al del Notario que yo visité, haga firmar a los comparecientes todos los documentos en cuatro minutos sin informarles de nada y diciéndoles que así se agiliza el "papeleo", pero dicho Notario se expondría a consecuencias para él gravosas. Hago notar asimismo que no comprendo qué significado tendría, frente a esa "transparencia material", una hipotética "transparencia formal", salvo que desvirtuemos los conceptos.

Y vayamos otra vez al control de contenido aplicable a estos préstamos en los casos, abrumadoramente frecuentes, de prestatario consumidor, control que, como se verá, afecta al objetivo de esta pequeña investigación. Aparte de la aplicabilidad directa o analógica de los arts. 8 y ss. de la LCGC, son obviamente aplicables los arts. 82 y ss. del TRCU, encontrándonos con la posibilidad de cláusulas abusivas, bien porque encajen en el supuesto general de abusividad contemplado y descrito en el núm. 1 (completado con el 3) del art. 82 del citado TR, bien porque sean subsumibles en alguno de los casos de las listas –negras en Derecho español– de los arts. 85 y ss. (núm. 4 del art. 82).

A mi juicio, en línea con lo que he dicho y escrito en varias ocasiones relativamente recientes, si una cláusula es abusiva, es ineficaz y, en concreto, inválida, pues padece una irregularidad intrínseca al proceso formativo del negocio; que, con arreglo a la letra del art. 83

del TRCU, deba calificarse de nula de pleno derecho es algo atrevido de afirmar, pues otros preceptos de ese mismo TR y de la LCGC la construyen como una figura intermedia entre lo que llamamos nulidad y lo que llamamos anulabilidad. Además, el art. 83 afirma la nulidad parcial, en cuanto que establece que tales cláusulas “se tendrán por no puestas”, opción correcta para proteger al consumidor, aunque al final del párrafo deje el art. 83 inconvenientemente abierta la posibilidad de ineficacia total, problema también abordado por mí desde hace tiempo, pero que ahora no debe ocuparnos. Llamo ya la atención sobre la aparición de un 2º párrafo de ese artículo del TRCU por obra de la disposición final 8ª de nuestra querida LCCI, texto en el que brilla la confusión antes aludida; volveremos a ello. Pero ahora indico que, en mi opinión, siendo esto así, dándose una cláusula abusiva, el Notario debe rechazarla y desterrarla de la escritura y el Registrador, negarse a inscribirla en el Registro de la Propiedad en virtud del principio de legalidad consignado, entre otros, en el art. 18 de la Ley Hipotecaria, de igual modo que ambos deberían hacerlo cuando encuentren una cláusula ilegal (arts. 6, 1255 y 1275 del CC). ¿Debería el Notario, ante la detección de una cláusula abusiva, conste o no como tal en el RCGC, devolver los documentos al prestamista y aplazar la sesión del art. 15 de la LCCI? ¿No es la abusividad una modalidad de la ilegalidad?

Lamentablemente no es esto lo que opera en nuestra práctica jurídica, pues nuestra jurisprudencia, apoyándose en una interpretación textualmente correcta pero jurídicamente rechazable del art. 84 del TRCU, sólo contempla esa oposición de Notario y Registrador en el supuesto de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC. ¿*Quid* si nos hallamos ante una cláusula abusiva que no conste como tal en dicho registro? Yo creo que deberíamos rechazarla, cuestionándonos entonces la utilidad y el sentido de tal registro (yo los cuestiono); pero, si debemos entender que el art. 84 expresa que Notario y Registrador deben admitirla, estamos reconociendo que el mismo Ordenamiento impele a tales funcionarios a su violación o los reputa incapaces de detectar, con arreglo a los arts. 82 y ss. del TRCU, una abusividad que sólo podría determinarse judicialmente y, además, inscribirse como tal para que tenga virtualidad, desfigurándose así la formulación del pár. 1º del art. 83 y perjudicándose así palmariamente al consumidor: la cláusula abusiva no sería nula, sino claudicantemente eficaz en espera de impugnaciones, sentencias e inscripciones. Del desventurado art. 84 habla, por ejemplo, el núm. 2 del art. 16 de la LA (por cierto, en este caso, no excediéndose de su competencia) y

del RCGC habla este mismo precepto andaluz y también el art. 7 de nuestra LCCI. En varias publicaciones y conferencias he sostenido que lo mejor que podría suceder a este registro es que no existiese, porque, si goza de relevancia jurídica, desquicia el Ordenamiento, pues, para detectar una cláusula abusiva, basta la pericia del Notario interpretando el contrato y el TRCU. Y, para interceptarla en su caso, basta la del Registrador. La inscripción, como objeto registral, de una cláusula o de una cláusula como abusiva carece de sentido, pues no es equiparable a una persona o a una finca, carece de identidad: ¿Cuándo una cláusula permanece siendo ella misma y cuándo deja de ser ella para pasar a ser otra? ¿Al cambiar una coma, una palabra? Por otra parte, a la vista de que, como antes dije, el núm. 3 del art. 82 del TRCU matiza al núm. 1, cabe que la cláusula X pueda ser abusiva en el contrato A y no serlo en el contrato B, lo que implica que no procede que conste o no conste como abusiva en un registro, absurda creación de la LCGC de 1998: manifestación casi cómica de ello ha sido la sensata y casi obligada creación notarial de un Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA). He reclamado varias veces la derogación de la LCGC y de su filosóficamente ininteligible RCGC.

Pero regresemos a nuestro tema: el Notario, a la vista de nuestra jurisprudencia actual y de la interpretación dominante del art. 84 del TRCU, sólo puede interceptar, cuando entre en acción en virtud de los arts. 14 y 15 de la LCCI, las cláusulas abusivas que consten como tales en el RCGC. De las que él sospeche que pudieran serlo sólo deberá advertir al prestatario de que pueden devenir abusivas, pero nada más, reduciéndose el campo del control de contenido, que será ocupado por el de inclusión, rebautizado como control de transparencia ante determinadas cláusulas; véase cómo el legislador de 2019, en la antes mencionada disposición final 8ª de la LCCI, añade un monstruoso párrafo 2º al art. 83 del TRCU, en el que dice que "...Las condiciones incorporadas de modo no transparente a los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho". Obsérvese que mezcla todo en un delicioso *ménage*: introduce sistemáticamente la transparencia en el régimen del control de contenido de donde lo habían sacado los tribunales amparándose en la DIR93; es verdad que la falta de transparencia puede perjudicar al consumidor, pero para eso está la no inclusión de la cláusula, no la nulidad (y menos de pleno derecho), que es el remedio para las cláusulas que sí pueden ser abusivas; confunde el perjuicio del consumidor nacido del confusionismo provocado por la falta de transparencia con el perjuicio nacido de un contenido lesivo para el con-

sumidor: tenemos un electricista que enchufa al televisor el cable de la lavadora y en el programa televisivo aparecen los calzoncillos del interesado. Conste que esta confusión está generalizada: nada menos que el legislador alemán incurre en ella, concretamente en el inciso 2º del núm. 1 del párrafo 307 (*Inhaltskontrolle*) del Código civil (*BGB*), tras su reforma de 26 de noviembre de 2001, por la que, al insertar en el *BGB*, la antes mencionada *AGBG*, aprovechó para retocarla, no siempre con fortuna. Repito: la falta de claridad es un abuso y puede servir para abusar, pero ello se atiende con el control de inclusión; otra cosa es que haya desequilibrio, injusticia, etc., por muy claramente que estén formulados: ello se atiende con el de contenido. Si quieren Vds. llamar transparencia a la claridad, llámenla, el bautizo es cosa suya. Advierto, por otra parte, que, como antes apunté, la falta de transparencia de la que habla el nuevo pár. 2º del art. 83 del TRCU no se salva por la actuación del Notario contemplada en el art. 15 de la LCCI.

El Notario, pues, en virtud de dicho artículo, informa y explica al prestatario, responde a sus preguntas y comprueba con un test, cual alumno de Derecho, su comprensión, aunque realmente sólo da fe de que el prestatario dice que fue asesorado y que comprendió. El control de inclusión, llamado transparencia, se cumple, si el Notario aplica la LCCI satisfactoriamente, con más precisión que si sólo se aplicasen los arts. 5 y ss. de la LCGC y 80 del TRCU. Y el control de contenido, si bien no puede operar estrictamente en este acto contemplado en el art. 15 de la LCCI, sí aflora en cierto modo en él, cuando el Notario advierte de la posible abusividad de alguna cláusula.

VI. CONCLUSIONES Y OBSERVACIÓN DE ÚLTIMA HORA

Escribo estas líneas durante los días del estado de alarma provocado por una repugnante pandemia, que, afectando a todo el planeta, en alguna medida percute sobre nuestro tema: el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, y el Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, aluden a moratorias respecto de las obligaciones de deudores hipotecarios, lo que realmente guarda poca relación con el objeto de estas líneas, si bien parece pertinente señalar que, a la vista del lamentable impacto producido por este acontecimiento, personas que, con arreglo a los arts. 11 y 12 de la LCCI, habrían sido consideradas como solventes hasta febrero de este año, ahora podrían no serlo, debiendo denegárseles un préstamo hipotecario por obra y gracia de la COVID19.

Pero vayamos a alguna consideración conclusiva. La LCCI presenta importantes características ya esbozadas en cierta normativa anterior: como ya dije, persigue, no sólo proteger a los prestatarios, normalmente contratantes débiles sean o no consumidores, sino también proteger el regular y satisfactorio funcionamiento del crédito mismo, fomentando el control de la solvencia y la regularidad de la vida del circuito económico; para obtener este resultado, siguiendo a la DIR, organiza un verdadero festival de documentos, de trámites y de nuevos personales y organismos, apareciendo figuras jurídicas antes desconocidas que inciden sobre las construcciones anteriores, por ejemplo, nuestra acta preparatoria de la escritura pública, acta que deviene pieza clave de un proceso formativo de un contrato de nuevo cuño; en ella el Notario da fe del acaecimiento de unos hechos en los que él ha participado de manera decisiva, lo que suscita preguntas relativas a su posible parcialidad y a su responsabilidad que exceden del objetivo del presente ensayo. Pero, además, refiriéndonos a ese proceso formativo, la LCCI ilumina, como un flexo encendido en medio de una semioscuridad, el estado actual del régimen de la predisposición del contenido contractual: el Notario hace operar un enérgico control de inclusión, llamémoslo como lo llamemos, pero, además, debe activar el control de contenido, pues rechazará determinadas cláusulas por ilegales o abusivas y advertirá de que algunas otras podrían ser declaradas abusivas, pues, aunque no consten como tales en el RCGC, reúnen o pueden reunir las características previstas en el art. 82 o en los arts. 85 y ss. del TRCU: como dije, el art. 84 del TRCU permite esa interpretación, aunque mi opinión es opuesta a ella, pues creo que, si el Notario encuentra una cláusula abusiva, inscrita como tal o no, debe rechazarla sin más, también *de iure condito*. El RCGC debe pasar a la Historia del Derecho, como debería suceder con un registro que se atreviera a decirnos si éste o aquel contrato tienen causa u objeto ilícitos. Como se ve, la irracionalidad de la LCGC de 1998 sigue inundando nuestras praderas jurídicas y ahora el agua penetra en el crédito inmobiliario, también invadido por transparencias poco eróticas. Pero, con algunos retoques, la LCCI puede sernos útil.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS

Carlos Jiménez Gallego

Notario de Palma de Mallorca

Resumen: Se analiza el ámbito de aplicación de la ley de crédito inmobiliario y los distintos apartados del art. 2 de la misma.

Palabras clave: Ley de Crédito inmobiliario, ámbito de aplicación.

Abstract: The scope of the real estate credit law and the different sections of article 2 of the same law are analysed.

Key words: Real estate credit law, and scope.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. LA DIRECTIVA EUROPEA
- II. EL ACREEDOR
- III. EL DEUDOR, FIADOR O GARANTE
- IV. EL TIPO DE CONTRATO SUJETO A LA LEY
 - 1. Supuestos del art. 2.1.a) de la ley
 - 2. Supuestos del art. 2.1.a) de la ley
- V. CONCLUSIÓN
- VI. NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN. LA DIRECTIVA EUROPEA

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, “reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, en vigor desde el 16 de junio siguiente, plantea más problemas de los que a primera vista parece.

El ámbito de aplicación es una cuestión difícil de la Ley 5/2019.

No es una ley sólo para consumidores. Tampoco se aplica sólo cuando el préstamo es para financiar la adquisición de una vivienda. La cualidad de “vivienda habitual” del deudor no tiene ningún efecto especial en la nueva ley. Y sí se puede aplicar a préstamos a empresas para financiar sus actividades empresariales. Hay preceptos que se aplican a consumidores, pero no a todos los que según el Derecho español vigente son consumidores; otros preceptos se aplican a todo tipo de personas físicas. La redacción ha quedado tan poco clara que las normas de transparencia e incluso los preceptos materiales sobre interés de demora o vencimiento anticipado, según se interprete, podrían aplicarse a sociedades mercantiles, incluso a grandes sociedades anónimas, si alguno de sus administradores es deudor, fiador o hipotecante no deudor. El control de la solvencia podría aplicarse, según se interprete el art. 2.1.b) de la ley (adelantamos que no es nuestra interpretación), a un empresario persona física que hipoteca el local de negocio que compra, si además tiene que ser avalado por su padre, lo cual puede hacer que aquél no obtenga la financiación, dado que el control de solvencia es mucho más estricto en las operaciones reguladas por la nueva ley.

Y podríamos seguir.

¿Han calibrado los autores de la ley las consecuencias de su artículo 2?

La Ley 5/2019 se ha promulgado, entre otras cosas, para incorporar al Derecho español la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, pero el ámbito de aplicación de la ley española no es el mismo que el de la norma europea.

Como referencia para lo que vamos a comentar acerca de la ley española, señalamos que la Directiva se aplica, según su art. 3, a los contratos de crédito garantizados por hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro, sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial (art. 3.1.a) y a los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir (art. 3.1.b).

Los contratos a que se aplica son sólo los celebrados a partir del 21 de marzo de 2016 (art. 43.1), fecha en que los Estados miembros deberían haber dictado las normas necesarias para la incorporación al Derecho interno (art. 42.1). No hay retroactividad.

Por "contrato de crédito" entiende el art. 4 un contrato por el que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor "un crédito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 3, en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar." El art. 4 también señala que es "prestamista" la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito "en el ejercicio de su actividad comercial o profesional", y es "consumidor" el sujeto que aparece definido en el art. 3 letra a) de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo. Este último artículo, por su parte, dispone que es "consumidor" la persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional."

Y también hay que tener en cuenta que la Directiva permite, en su art. 2, que los Estados miembros adopten disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor, siempre que sean compatibles "con las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros." Un ejemplo de disposición más estricta puede ser una norma que imponga retroactividad.

De todo lo reseñado, resulta:

Han de cumplirse tanto unos requisitos subjetivos como objetivos.

En cuanto a los subjetivos, el acreedor tiene que ser un prestamista profesional, ya que la norma dice "en ejercicio de su actividad comercial o profesional" (*el subrayado es nuestro*), pero puede ser tanto una persona jurídica, sea o no entidad de crédito, como una persona física; y el deudor tiene que ser un consumidor (sólo persona física). La Directiva no incluye otros sujetos que puedan quedar obligados, como fiadores o garantes, pues el art. 4 se refiere sólo al sujeto que recibe el crédito.

En cuanto a los requisitos objetivos, hay dos grupos bien diferenciados.

El art. 3.1.a) exige que haya garantía de hipoteca o similar, o un derecho relativo a un bien inmueble, pero en todos los casos tiene que tratarse de inmueble de uso residencial. No se exige que se trate de la vivienda habitual del deudor, por lo que puede tratarse de una segunda vivienda o de una vivienda que genere un lucro a su propietario, como por ejemplo una vivienda en alquiler. La finalidad

del crédito es irrelevante, como expresamente reconoce el Considerando 15.

El art. 3.1.b) no precisa con claridad sus límites, ya que no dice nada sobre la existencia o no de garantías y también guarda silencio sobre el “uso residencial”.

En nuestra opinión, la existencia o no de garantías es irrelevante y debe interpretarse que los inmuebles que se pretende adquirir o conservar son de uso residencial, pues el título de la Directiva utiliza las palabras “uso residencial” y el Considerando 13 dice que la Directiva “regula los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial”, si bien los Estados miembros pueden extender la aplicación de sus normas a otros bienes inmuebles.

El Considerando 15 puede parecer un argumento contra la postura que defendemos, en tanto que dice “El objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección”. A continuación cita varios ejemplos de contratos, sin mencionar si han de recaer sobre inmueble de uso residencial, y finaliza la enumeración con el supuesto de los “créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial”, lo cual da la impresión de que los ejemplos anteriores no exigen un inmueble de uso residencial. La Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 señala que del Considerando 15 se deduce que la Directiva está contemplando otros supuestos de crédito inmobiliario a consumidores además del residencial.

En nuestra opinión, por el contrario, el Considerando 15 sólo pretende decir que la Directiva se aplica no sólo a contratos de crédito, sino también a otros contratos (los que enumera). Y en todo caso debe leerse en el contexto del Considerando 13.

Aunque el apartado b) se limite a inmuebles de uso residencial sigue habiendo una razón de ser del art. 3.1.a). Y es ésta: la condición de vivienda del objeto hipotecado, que exige una mayor protección, y por eso se aplican las medidas de protección de la ley con independencia de la finalidad del préstamo. Se ha estimado que por el hecho de tratarse de una vivienda, y de estar gravada con hipoteca o garantía similar, la protección tiene que darse en más casos –no sólo para adquirir o conservar la propiedad– que si se trata de otro tipo de inmueble dado en garantía o si no hay garantía especial.

De aquí se deduce que las diferencias entre los dos supuestos que contempla el art. 3.1 de la Directiva se encuentran, principalmente, en la finalidad y en la garantía. En el apartado a), el préstamo pue-

de tener cualquier finalidad, pero se exige que esté garantizado con hipoteca, o derecho análogo, sobre inmueble de uso residencial. En el apartado b), la finalidad es adquirir o conservar la propiedad de inmuebles (según nuestra interpretación, sólo de uso residencial) y es irrelevante si hay o no garantía y, de haberla, si ésta recae o no sobre bien inmueble de uso residencial. Lo que significa que puede haber hipoteca, incluso sobre inmueble que no sea de uso residencial.

En los apartados siguientes se apreciarán las diferencias entre la ley española y la Directiva.

II. EL ACREEDOR

La ley española se aplica a entidades de crédito y, además, a toda otra persona física o jurídica que conceda crédito y “realicen dicha actividad de manera profesional”, y también, y esto implica una diferencia con la Directiva 2014/17/UE, a cualquier persona física o jurídica que conceda un préstamo hipotecario de manera ocasional, siempre que en este último caso, haya una finalidad inversora.

También se aplica a intermediarios de crédito (y a los “representantes designados” de éstos), ya sean personas físicas o jurídicas, que realicen la actividad de forma profesional. Así lo dispone el art. 2.2 de la Ley 5/2019 y la Directiva 2014/17/UE. No es objeto de este comentario referirnos a ellos.

Según el art. 4 de la ley, se entiende por prestamista la persona física o jurídica que, “de manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos a los que se refiere el art. 2.1, letras a) y b).” Es lo mismo que señala la Directiva en su art. 4.

La ley exige que los prestamistas cumplan una serie de requisitos (art. 42, reiterado por el art. 5 del R.D. 309/2019) que ahora no procede examinar.

La referencia a que la concesión de crédito (o facilidades de pago) se realice de manera profesional excluye la aplicación de la ley a los casos en que se concede crédito con ocasión de una actividad profesional o empresarial distinta, en tanto el crédito o facilidades de pago no deban considerarse una actividad habitual, pues en este último supuesto ya estaríamos ante una actividad empresarial o profesional. ¿Salvo que haya finalidad inversora? Intentaremos justificar que no siempre será así.

La referencia a la profesionalidad también excluye el préstamo concedido de forma “ocasional”, salvo el caso de finalidad inverso-

ra. Intentaremos justificar que la “finalidad inversora” no determina siempre la aplicación de la Ley 5/2019.

¿Cuándo la actuación es ocasional?

Cuando no es habitual. Pero esto es algo muy difícil de controlar, lo cual plantea un problema a quien deba aplicar la ley, pues las normas de ésta son imperativas y su elusión implicará un problema.

Para valorar la ocasionalidad, hay que pedir a las partes que declaren la razón por la que se concede el préstamo. Es relevante, por ejemplo, si hay una relación personal entre ambas (familia, amistad, relación laboral...). Pero no debe ser suficiente. También es necesario que el acreedor declare que concede el préstamo con carácter ocasional y que no consten otros préstamos del mismo. Para la práctica notarial, es útil la consulta a la base de datos corporativa en la plataforma informática SIGNO.

La ocasionalidad puede darse tanto en casos de acreedor no profesional como de acreedor profesional (pero no profesional en relación a concesión de préstamos). A nuestro juicio, uno y otro caben en el último párrafo del art. 2.1 de la ley.

Pero aunque el préstamo sea una operación ocasional, que cae fuera del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, queda sujeto a ésta si se realiza con finalidad inversora.

En el término “crédito” se entienden incluidos el préstamo, crédito, pago aplazado, y las facilidades de pago, según resulta de los arts. 2.1 y 4 de la ley.

Por ello, quien se dedique profesionalmente a estas actividades, por ejemplo, a vender con aplazamientos de pago u otro tipo de facilidad, quedará sujeto a los requisitos de la Ley 5/2019. Así, si se realiza una actividad de empresa de venta de inmuebles, la concesión de un aplazamiento de pago ocasional no sujeta el contrato a la Ley 5/2019; en nuestra opinión, que no todos comparten, no lo sujeta aunque haya finalidad inversora. Pero sí queda sujeto a la ley si se realiza de manera habitual la venta con precio aplazado. La habitualidad en este tipo de operaciones hará innecesario examinar si hay o no finalidad inversora, ya que ello sólo procede cuando la operación es “ocasional”.

Al mismo resultado, aunque por un camino distinto, llegan CABANAS-MARQUÉS-RIVAS, quienes señalan que “si hay reiteración, la financiación puede entenderse como una condición de promoción de la venta “y entenderse sujeta a la ley (1).

¿Qué es finalidad inversora?

Parece que la “inversión” se relaciona con obtener una ganancia que supere el coste de esa inversión, aun en términos de lucro cesante.

Según Alicia Agüero, hay finalidad inversora siempre que los intereses pactados comporten un ánimo de lucro o rendimiento de capital prestado superior al resarcimiento del daño de indisposición del activo. O sea, no la hay si no se pactan intereses o cuando éstos se limitan a retribuir lo que el prestamista deja de ganar (lucro cesante) por haber perdido la disponibilidad del capital prestado.

Y, dado que la ley equipara al préstamo los aplazamientos de pago o cualquier facilidad similar, pone como ejemplos de sujeción a la Ley 5/2019, entre otros, la facilidad de pago concedida por un particular vendedor de una plaza de garaje por la que permita el pago aplazado de la misma a su comprador-consumidor a cambio de un incremento en el precio de venta superior al resarcimiento del daño sufrido por la no obtención del precio en el acto; o la sociedad promotora de viviendas que fije en el contrato privado de compraventa de la futura vivienda en construcción el abono de cantidades adelantadas (2).

En nuestra opinión, por el contrario, cabe alegar, contra la aplicación de la Ley 5/2019 a estos dos ejemplos, que el caso del inversor está contemplado en el art. 2.1 de la ley referido exclusivamente a “préstamos hipotecarios”. Obsérvese que no dice “préstamos” sino “préstamos hipotecarios”, por lo que, si no hay hipoteca, aunque las facilidades de pago están asimiladas por el art. 4.3) a los préstamos, estamos fuera del supuesto legal.

¿Cabría la analogía? ¿Cabe entender incluido un aplazamiento de precio con condición resolutoria expresa?

No cabe la analogía, en nuestra opinión, pues si la norma se refiere expresamente a “préstamos hipotecarios”, o sea, a un tipo de contrato en particular, identificado por su nombre, es porque está descartando cualquier otro tipo de contrato. Un aplazamiento de pago garantizado con condición resolutoria es una operación jurídicamente distinta. No negamos que, según el art. 4.3 de la ley, el aplazamiento es un préstamo; pero el último párrafo del art. 2.1 de la ley no se refiere a todo préstamo, sino sólo a los garantizados con hipoteca. Además, la información pre-contractual que obliga a dar la ley no está pensada para aplazamientos de pago, sino sólo para préstamos o créditos.

La posibilidad de discusión que provoca la norma debe en todo caso cerrarse defendiendo una postura que no cree grave inseguridad jurídica. Pues un particular que vende a otro un aparcamiento con precio aplazado, habiendo "finalidad inversora" ¿va a quedar expuesto a una impugnación de su comprador –que por ejemplo no quiera pagar– con base en que el vendedor no cumplió los requisitos de la Ley 5/2019?

Sería excesivo.

La excepción son, a nuestro entender, los créditos hipotecarios, debido a que el art. 2.3 de la ley dispone que las referencias a los préstamos se realizadas indistintamente a préstamos y créditos; y también es excepción el reconocimiento de deuda garantizado con hipoteca, ya que es, sustancialmente, lo mismo que un préstamo.

¿Cómo se puede saber "a priori", o sea en el momento de constitución, si hay beneficio para el acreedor que excede del coste, incluso lucro cesante, que le supone conceder el préstamo?

Las partes deberán declararlo, pero esto no es suficiente. Si se ha pactado un interés, hay que entender, o al menos, presumir (salvo prueba en contrario), que hay finalidad inversora, salvo que sea tan bajo que quepa racionalmente suponer que sólo retribuye gastos y lucro cesante.

Pues bien, resulta que según el art. 42 de la ley, la actividad de concesión o gestión de "los préstamos determinados en el artículo 2.1 con carácter profesional" sólo puede hacerse por los prestamistas inscritos en el Registro correspondiente; y el art. 29 exige para la inscripción requisitos tales como el seguro de responsabilidad civil, el nombramiento de representante ante el Banco de España, y la disposición de un plan de formación, todo lo cual hace que alguien que conceda de forma ocasional un préstamo que pueda considerarse realizado con "finalidad inversora", no podrá cumplirlos.

Entonces, ¿es que se han prohibido, de hecho, estos contratos?

Ejemplo: un particular concede a otro un préstamo. En principio, no está sujeto a la ley, salvo que el acreedor obtenga más beneficio que el coste (incluido lucro cesante) que experimenta. En este último caso, ¿qué hacer, dada la imposibilidad, de hecho, de cumplir los requisitos impuestos a un prestamista profesional? ¿No puede concederse ese préstamo?

Esto es excesivo. Hay que entender que la palabra "profesional" en el art. 42 sólo se refiere a quien lo es en sentido propio, no al prestamista ocasional que actúa con finalidad inversora. Es decir, el contrato de préstamo concedido por el prestamista no profesional queda sujeto a los requisitos que la ley prevé para los contratos de

préstamo que caen en su ámbito de aplicación, pero el prestamista no queda sujeto a los requisitos subjetivos.

Si no lo hemos entendido mal, a la misma conclusión llegó Ricardo CABANAS (3).

En contra, Alicia AGÜERO, para quien un préstamo hipotecario entre particulares es válido, pero si el prestamista pretende rentabilizar su inversión (o sea, hay finalidad inversora) está "de hecho prohibido." (4).

No desconocemos que la sujeción a la ley de los préstamos hipotecarios con finalidad inversora no ha sido un descuido de los redactores de la ley, sino algo deliberado. Se pensó, durante la tramitación parlamentaria, en prestamistas no bancarios, incluso ocasionales, que financiaban por medio de intermediarios financieros. Pero la redacción dada al texto legal lleva a la aplicación de éste a muchos otros supuestos. Pues, aunque se evite la aplicación de los requisitos del art. 42 (cosa que vemos que ni siquiera todo el mundo admite), subsiste la obligación (y no encontramos argumentos contrarios) de información precontractual (FEIN, FiAE, etc.) lo cual resulta desconectado de la realidad e incomprensible para, por ejemplo, un hermano que ayude a otro a pagar una deuda (ganando algo de dinero). Es una aplicación desmesurada de la ley, que quizá quede sólo para la teoría, salvo en cuanto tenga que pasar un control notarial.

Por otro lado, el contrato celebrado por el inversor no profesional queda sujeto a la Ley 5/2019 tanto si cabe en el art. 2.1.a) como en el art. 2.1.b), siempre que en éste último haya hipoteca (y se den los requisitos que comentamos más abajo, al tratar de este artículo).

El prestamista extranjero o no residente

Para cuanto decimos en este apartado, la nacionalidad es irrelevante. Sólo la residencia (en el extranjero) lo es.

La Ley 5/2019 no contiene, por desgracia, normas de Derecho internacional privado.

Habrà que estar, por tanto, a las reglas generales. Según el sistema de Derecho internacional privado del Cc, el contrato de préstamo se registrà por el art. 10.5 Cc y el contrato de hipoteca por el art. 10.1 Cc. Pero hay que tener en cuenta las normas internacionales, en especial el 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 (ROMA I) y las normas de Derecho inter-

nacional privado que se contienen en la ley de condiciones generales de la contratación (ley 7/1998, de 13 de abril; en forma abreviada: LCGC) y en el texto refundido de la ley general de defensa de consumidores y usuarios (R.D.legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007; en forma abreviada: LGDCU).

Según el art. 3 del Reglamento ROMA I, las obligaciones contractuales se rigen, en primer lugar, por la ley elegida por las partes. En defecto de elección, el art. 4 señala que “el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble” (art. 4.1.h). Si bien la regla general, en defecto de elección, es, según el art. 4.2, la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.” Si nos atenemos a esta última regla, en el contrato de préstamo, la prestación más característica es la devolución del capital que incumbe al prestatario, por lo que habría que estar a la ley de la residencia habitual de éste. No hay regla especial sobre contratos complejos como el préstamo hipotecario.

Pero respecto de contratos de consumo, el art. 6 dispone en su párrafo primero: “el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

El párrafo segundo permite elegir la ley aplicable, pero la elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable. Sin embargo, nada de esto se aplica a los “contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario”, según dispone el art. 6.4.

El préstamo hipotecario es un contrato complejo, integrado, al menos, por dos contratos, el de préstamo y el de garantía (hipoteca). ¿Tienen que regirse los dos por una única ley o puede aplicarse una ley distinta a cada uno?

En nuestra opinión, cabe mantener que todo se regirá por la ley del contrato principal, que es el préstamo, salvo en lo que se refie-

re al (llamado) derecho real de hipoteca, que se rige por la *lex rei sitae*.

En lo que se refiere al Derecho interno español de consumidores, el art. 3 de la ley de CGC dispone que "se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales." Y el art. 67 TR de la LGDCU remite expresamente al Reglamento (CE) nº 593/2008, si bien añade en su párrafo segundo que "Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los arts. 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo." Existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro."

¿Qué resulta de todas estas normas?

El profesor Ángel CARRASCO ha escrito que "el protocolo del art. 15 pertenece al estatuto de la *lex rei sitae* de la hipoteca en el sentido del art. 10.1 Cc. Por tanto, las hipotecas concertadas sobre inmuebles de uso residencial sitos en España están imperativamente sujetas al protocolo notarial de comprobación de la transparencia." (5).

Y para los supuestos del art. 2.1.b) llega a la misma conclusión. Dice que, suponiendo que se trata de un crédito no hipotecario para la adquisición de vivienda habitual, el resultado es el mismo, pues el art. 6 del Reglamento ROMA I casi arrastra a la ley española. "No se puede elegir otra ley (comunitaria), porque ninguna da "más protección" al consumidor de vivienda residente en España que la que se descuelga con el art. 15."

¿Salvo que en el lugar de otorgamiento se haya aplicado la ley española?

La aplicación de la ley española es muy difícil que se haga en el extranjero, pues tanto el Banco como el Notario (¡y sólo serviría un notariado latino!) tendrían que alterar su manera habitual de hacer

las cosas para aplicar una normativa que no conocen, y que quizá no siempre es fácil de cumplir, pues... el notario tiene que realizar sus comunicaciones al Banco con una firma electrónica segura.

Entonces, la ley española, que ha incorporado la Directiva, que pretende unificar las normas de los distintos países de la UE ¿ha creado una diferencia que resulta insuperable?

Por otro lado, la Directiva permite que los Estados miembros adopten "disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor" (art. 2.1) aunque "siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros."

Creemos que el profesor CARRASCO está pensando solamente en prestatarios residentes en España.

Para explicar nuestra opinión, vamos a distinguir supuestos:

1º Préstamo que se otorga en el extranjero a no residentes y se pretende garantizar con hipoteca sobre un inmueble de uso residencial en España.

Este es el supuesto que nos encontramos a menudo en tantos lugares turísticos.

Observemos:

Aquí hay un contrato de préstamo ya perfeccionado. El contrato que se pretende otorgar en España es sólo un contrato de hipoteca.

Los requisitos de los arts. 14 y 15 de la Ley 5/2019 se exigen respecto de contratos de préstamo (o asimilados) que se van a constituir. Por eso la ley pretende asegurar el cumplimiento de la transparencia material. Esos dos artículos sólo pueden entenderse referidos a la constitución, no a vicisitudes posteriores distintas de una "novación" o "subrogación", en el significado que da a estos términos la ley española, porque no tiene sentido aplicarlos a contratos ya perfeccionados y que han cumplido los requisitos exigibles para su válida constitución según el Derecho aplicable de que se trate.

Aplicar esos requisitos a contratos ya vigentes, aparte de un sinsentido, no resultará recomendable, pues se corre el riesgo (como mínimo, el riesgo) de formalizar un nuevo consentimiento contractual al otorgarse la escritura ante notario español. Habría así dualidad de consentimientos y de documentos en relación a un único contrato.

La Ley 5/2019 también se aplica a las novaciones de préstamos (DF 6ª), pero en el supuesto que ahora comentamos (constitución de hipoteca en garantía de un préstamo ya existente) no hay lo que el Derecho español entiende por novación: no se modifica ninguna

condición del préstamo, ni se amplía capital. Sólo se añade una garantía.

Es decir, en lo que se refiere a la transparencia (formal y material), no vemos razón para aplicar la ley española.

Aún cabe preguntar: la transparencia material, si ha de ir referida al objeto principal del contrato, ¿afecta al contrato de hipoteca o sólo al préstamo?

Nuestra respuesta es: la transparencia material habría que exigirla, conforme a la ley española, si se tratara de un hipotecante no deudor residente en España. La aplicación de la Ley 5/2019 al hipotecante no deudor puede hacer pensar que toda hipoteca sobre un bien en España necesita la aplicación de la ley española. Sin embargo, ésa parece una interpretación apresurada, pues en el caso que comentamos, se trata del propio deudor hipotecante.

Adelantamos que la DGRN ha mantenido una postura bien diferente.

¿Y en lo que se refiere a la abusividad? Ésta podrá apreciarse en determinadas cláusulas del contrato de hipoteca, pero no del préstamo; en concreto, las cláusulas del contrato de hipoteca que se rijan por el Derecho español, o sea, todo lo relativo a inscripción y ejecución; en relación a ésta, también a los supuestos de vencimiento anticipado que la permitan.

Pero el control de abusividad no es el control de transparencia.

Si el contrato de préstamo está sujeto al Derecho de un país de la U.E. tiene que haber cumplido los requisitos de la Directiva 2014/17/UE. O sea, tiene que haber FEIN y la deberán exhibir. Y puede ser conveniente que el notario español realice un control limitado a que la FEIN existe y la fecha que consta entregada al deudor. Pero no hay razón para que una autoridad o funcionario español aplique la normativa interna española: ni la entrega de documentación del art. 14, ni el envío de documentos a través de una plataforma informática (¿cómo se va a obligar a un Banco extranjero a darse de alta en una plataforma informática creada a efectos del Derecho interno español?) ni el acta notarial previa. La FEIN deberá estar redactada en lengua que el notario entienda. Si no, habrá que aportar una traducción, aunque no haya sido realizada por intérprete jurado. Obviamente, no hace falta apostilla.

Si se trata de un país de fuera de la U.E. ni la ley española ni la Directiva pueden resultar aplicables al préstamo.

2º Si se otorga en el extranjero el contrato de préstamo hipotecario, esto es, no sólo el préstamo, la conclusión tiene que ser la misma. Aunque habrá que cumplir los requisitos impuestos por la

ley española para la válida constitución de la hipoteca (forma notarial e inscripción).

3º Si se otorga en España el contrato de préstamo hipotecario entre un prestamista no residente (sin establecimiento en España) y un deudor no residente, la conclusión también tiene que ser la misma.

Respecto de los supuestos de estos tres primeros apartados, debemos señalar que la Instrucción de la DGRN de 20.12.20189 ha mantenido una postura contraria a la nuestra. Ha señalado que el acta previa y toda la documentación e información cuya entrega y contenido constituyen el objeto del control de esta acta deben "imperativamente ser cumplidos, en cuanto ligados al derecho de garantía y por tanto a su inscripción y en su caso a su ejecución."

Lamentamos que ésta haya sido la postura de la DGRN. El otorgamiento del acta previa en el extranjero es, en la práctica, un imposible. Y el acta previa suscrita ante notario español, cuyo contenido no es la hipoteca, sino las cláusulas financieras del contrato de préstamo, será un "acta previa ex post", relativa a un contrato ya formalizado en el extranjero, y perfecto.

4º Si la parte deudora (o fiadora o garante) es residente en España, se le aplica íntegramente la Ley 5/2019 si es consumidor, porque el art. 6 del Reglamento ROMA I lleva necesariamente a la ley del lugar de residencia de éste.

Si no es consumidor, el art. 4 lleva a la misma conclusión, pero deja a salvo la posibilidad de elegir ley aplicable. No vemos argumentos para impedir la elección, aunque ello no sea muy satisfactorio desde la óptica de la Ley 5/2019. Se trata, de todas formas (afortunadamente), de un supuesto poco frecuente.

III. EL DEUDOR, FIADOR O GARANTE

Hemos dicho más arriba que la Directiva 2014/17/UE se aplica sólo a deudores (no a otro tipo de obligados) que tengan la condición de "consumidores", que según el Derecho de la UE sólo pueden ser personas físicas.

La norma principal sobre el ámbito de aplicación de la ley española se contiene en el art. 2.1 de la ley.

La ley española se aplica a personas físicas, sean o no consumidores, en los casos del art. 2.1.a) y sólo a personas físicas consumidores en los casos del art. 2.1.b). La diferencia entre los supuestos del apartado a) y los del apartado b) radica, además, en el tipo de

contrato. A este ámbito de aplicación nos referimos en el apartado IV.

La aplicación de la ley a personas físicas que no sean consumidores es una diferencia llamativa, y creada deliberadamente, respecto de la Directiva.

No obstante, al tener en cuenta el ámbito objetivo de aplicación de la ley, que tratamos en el apartado IV, resulta que no todos los contratos en que un consumidor es prestatario quedan sujetos a la Ley 5/2019. Ello no obsta a que estos contratos excluidos queden sujetos a la normativa de consumidores.

Así, resulta que la Ley 5/2019 no se aplica a ciertos contratos con consumidores, sí se aplica a ciertos contratos con no consumidores, y la normativa sobre consumidores se aplica a ciertos contratos excluidos de la ley.

Tanto en el apartado a) como en el apartado b), la persona física puede ser deudor, fiador o garante. En cualquiera de los tres supuestos se aplica la Ley 5/2019. Basta que haya una persona física en cualquiera de esas tres posiciones. Esto marca otra diferencia con la Directiva 2014/17/UE.

La aplicación de la nueva ley a fiadores y garantes, cuya posición jurídica depende en buena medida de la posición jurídica de su deudor principal, plantea un problema nada fácil de responder –que en seguida abordamos– a saber: si la ley se aplica o no al deudor principal que sea persona jurídica cuando el fiador o garante es persona física y si la ley se aplica al fiador o garante que sea persona jurídica cuando el deudor principal es persona física.

La aplicación o no de la ley al contrato de que se trate tiene importantes consecuencias. Por ejemplo, en cuanto al interés de demora, vencimiento anticipado, derecho a convertir la divisa (si el préstamo es en moneda extranjera) o evaluación de la solvencia del deudor.

La ley, parece que despreciando esta complicación, la ha aumentado todavía más al crear reglas propias sobre el ámbito de aplicación a efectos del vencimiento anticipado (art. 24) y sobre el interés de demora (art. 25), que no coinciden con las del art. 2.1, especialmente si se ha de interpretar éste en sentido literal. El art. 24 limita la posibilidad de vencimiento anticipado, para evitar que los jueces declaren la abusividad de la cláusula, pero no se aplica a todos los supuestos del art 2.1.b), pues exige que el préstamo para adquirir o conservar terrenos o inmuebles construidos o por construir se refieran a un edificio (o futuro edificio) de uso residencial, lo que no exige, al menos prima facie, el art. 2.1.b). Y el art. 25 se refiere

sólo al "préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial", lo que presenta aún más diferencias con el art. 2.1, ya que el art. 25 sólo se refiere al deudor, pero no al fiador o garante, y el art. 25 no se refiere a ninguno de los supuestos del art. 2.1.b).

Así, no es extraño que aparezcan dudas.

Un ejemplo. Imaginemos un préstamo hipotecario en que una S.L. es deudora, se ha hipotecado una vivienda de la S.L. y el administrador es avalista. Hay una estipulación que fija el vencimiento anticipado por impago de tres cuotas. El acreedor ejecuta. El fiador ¿puede oponer que esa cláusula de vencimiento anticipado "se tiene por no puesta" (por no entrar ahora a comentar el régimen de ineficacia) en relación a él?

Y, por otro lado, ¿podrá el deudor principal oponer esta misma excepción?

La respuesta debe ser afirmativa en el primer caso. ¿Y en el segundo?

Otro ejemplo. Préstamo hipotecario a S.L. garantizado con hipoteca sobre la vivienda habitual del administrador. Se fija el interés en el 3% y el interés de demora en el 10%. El acreedor ejecuta y pretende cobrar, del precio de remate, el interés de demora (pendiente de pago) al 10%. ¿Puede el garante oponer que la cláusula del interés de demora, frente a él, se tenga por no puesta? Y si el garante lo puede oponer, ¿no lo va a poder oponer "su" S.L.?

A primera vista, ninguno de los dos puede oponer la excepción. El garante porque no es deudor y la S.L. porque no es persona física.

¿Y si, en este ejemplo, el préstamo se concede al administrador y la S.L. fuera la propietaria de la vivienda hipotecada? El deudor podría excepcionar, pero la S.L., prima facie, no. ¿Es esto satisfactorio?

Demasiadas preguntas sobre cuestiones básicas cuando, al estudiar el ámbito de aplicación de la ley, ni siquiera hemos empezado con el estudio de las normas "sustantivas" de la propia ley.

Vamos a intentar dar alguna respuesta, empezando por comentar el art. 2.1.

La Ley 5/2019 no se aplica, en principio (pues ya hemos visto que no está tan claro) a personas jurídicas, aunque en algunos casos, según la normativa de protección de consumidores española, pueden ser calificadas como "consumidor". Así, el art. 3 LGDCU, tras disponer que "son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión" añade que "Son también consumidores

a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

Obsérvese que el propósito ajeno a la actividad empresarial (o comercial o profesional) no es incompatible (no tiene por qué serlo) con el ánimo de lucro.

Al no aplicarse, en principio, la ley española a personas jurídicas, sigue el criterio de la Directiva europea.

Por otro lado, ya ha quedado dicho que para la ley española el deudor no tiene por qué ser un “consumidor”, según la normativa sectorial española, salvo en los casos contemplados en el art. 2.1.b de la ley.

Por tanto, en los casos del art. 2.1.a, o sea, préstamo o crédito garantizado con hipoteca u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, cabe toda persona física, aunque sea empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

Si el deudor (persona física) no es consumidor, no se le aplica la normativa sobre protección de consumidores. Pero esta normativa sí se aplicará (parece que no puede ser de otra manera) al fiador o garante que sea “consumidor”, salvo que sea persona jurídica, pues la Ley 5/2019 se aplica a personas físicas y sólo a personas jurídicas en lo que expresamente disponga.

Por otro lado, resulta que las normas de transparencia (formal y material) de la ley se aplican a toda persona física, en los casos de contratos del art. 2.1.a), siendo así que la transparencia se ha entendido siempre como requisito de protección de consumidores y su incumplimiento sólo está sancionado por la normativa de consumidores (aplicable sólo a consumidores, no a toda persona física). Por ello, el profesor CARRASCO PERERA ha señalado que el art. 15.4 de la ley sólo se aplica a consumidores (6).

Es una opinión atrevida, dado el tenor literal de la norma, aunque tiene su peso. No obstante, no nos atrevemos a secundarla, a la vista del art. 1 de la ley, que dispone: “Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes...”.

Si hay un “fiador o garante” que sea persona física, entonces la ley también es de aplicación, aunque el deudor sea persona jurídica, como se deduce del primer párrafo del art. 1.

La palabra “garante” se refiere a un hipotecante no deudor o, en general, a quien preste una garantía (p.ej. una pignoración de valores) sin ser fiador.

En el caso de hipoteca de bienes gananciales, si el préstamo se concede sólo a uno de los cónyuges (supuesto poco común) el otro cónyuge tendrá la condición de hipotecante no deudor, aun en el caso de bien presuntivamente ganancial.

La Instrucción de la DGRN de 20.12.2019 ha señalado que el cónyuge que debe prestar su consentimiento a efectos del art. 1320 Cc debe considerarse equiparado al hipotecante no deudor y suscribir el acta previa. Consideramos, con todos los respetos, que no es así, pues la ley exige que se trate de un hipotecante y el cónyuge a que se refiere el art. 1320 Cc o normas similares de los Derechos civiles autonómicos, no es en ningún caso hipotecante.

En los casos del art. 2.1.a) de la ley, el fiador o garante no tiene por qué ser consumidor.

En los casos del art. 2.1.b) de la ley, el fiador o garante, al igual que el prestatario, tiene que ser "consumidor", porque así lo exige expresamente la ley. Esto es, en estos casos, y sólo en estos, la ley no se aplica a un fiador o garante persona física que no tenga la condición de "consumidor".

¿Cuándo un fiador o un garante es "consumidor"?

Aquí no tiene mucho sentido señalar que no actúe en el ámbito de una actividad profesional o empresarial, pues la actividad de "fianza", en relación a una persona física, no lo será nunca.

La STS de 7 de noviembre de 2017, acogiendo jurisprudencia del TJUE, ha señalado que no basta el propósito ajeno a la actividad profesional, sino que no debe haber vínculos funcionales con la actividad del deudor principal. Hay vínculos funcionales cuando (si el deudor es una sociedad) se tiene una participación significativa en el capital o el garante es quien dirige la empresa. No los hay si la fianza o garantía se presta sólo por lazos personales con el deudor o fines de carácter privado.

En ese caso concreto, el TS resolvió, de forma un tanto discutible, que había vínculo funcional de la esposa con la actividad del marido por estar casados en gananciales.

En todo caso, una cosa es la vinculación funcional para tener, o no, la condición de consumidor y otra para que se aplique, o no, la Ley 5/2019. En nuestra opinión, la vinculación funcional sólo debe apreciarse en los casos en que la ley exige la condición de "consumidor", o sea, en los del art. 2.1.b). No puede apreciarse en los supuestos del art. 2.1.a) porque no puede establecerse una discriminación entre consumidores y no consumidores (personas físicas),

a efectos de dilucidar si hay vinculación funcional entre fiador o garante y deudor principal, siendo así que la ley no los ha querido diferenciar.

Ahora respondemos a la cuestión planteada más arriba: en los casos, sean del art. 2.1.a) o del art. 2.1.b), en que hay un fiador o garante sujeto a la Ley 5/2019, ¿se aplica también la Ley 5/2019 al deudor principal que sea persona jurídica?

A primera vista, parece que habría que responder en sentido negativo, pues a cada sujeto se le deben aplicar las normas según su condición.

Pero la cuestión se complica desde el momento en que nos apercebimos que hay elementos del contrato principal que afectan al fiador. Por ejemplo, la prohibición de cláusula suelo. Si al deudor principal no se le aplica la Ley 5/2019, no rige, respecto de él, la prohibición del art. 21, pero si el acreedor reclama al fiador, éste, al que se le aplica la Ley 5/2019, ¿tiene que cargar con el pago de un interés que la Ley 5/2019 no permite?

Antes de la Ley 5/2019, la DGRN había distinguido (vid. por ejemplo la resolución de 14 de julio 2017), respecto de la aplicación de la normativa de consumidores, entre el control de contenido y el control de transparencia.

En cuanto al control del contenido, la normativa de consumidores se aplicaba sólo al contrato de fianza pero no al contrato principal (si el deudor no era "consumidor").

Pero en cuanto al control de transparencia, se aplicaba a todo lo que delimitara el riesgo garantizado y el propio compromiso del fiador, porque todo eso forma parte del objeto mismo del contrato de garantía.

Ahora bien, todo eso era respecto del fiador. Respecto del deudor principal (no consumidor) no se le aplicaba la normativa de consumidores (ni en cuanto a control de contenido ni en cuanto a transparencia).

¿Qué ocurre en la Ley 5/2019?

Que no deja claro si su regulación se aplica a los contratos de préstamo (porque interviene un fiador o un garante persona física) o si sólo pretende dar normas de protección a personas físicas.

El art. 2.1 dispone que la ley se aplica a los "contratos", pero el 15.4 dispone: "La obligación de comparecencia y las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán

a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo.” Y en parecido sentido a éste último, el art. 1, antes transcrito.

Aunque se dé prevalencia al art. 15.4 sobre el art. 2.1, ¿qué hay que entender por “normas de protección” a que se refiere el art. 15.4? ¿Sólo las relativas a la transparencia o también las que se refieren al contenido, como el interés de demora o el vencimiento anticipado?

Alicia AGÜERO ha entendido que las normas de protección de la ley se refieren sólo “al contrato de garantía suscrito con la persona física”, no al contrato de crédito subyacente ni al prestatario persona jurídica. Lo justifica diciendo que es lo coherente con la definición de prestatario que da el art. 4 de la ley. Así, sólo se aplica ésta al prestatario si fuera persona física, en los casos del art. 2.1.a), o si fuera persona física consumidor, en los casos del art. 2.1.b). Hay una excepción en el caso del vencimiento anticipado, pues la regulación del art. 24 de la ley se refiere a todo contrato de préstamo que cumpla los requisitos del art. 24.1, lo que puede ocurrir en préstamos concedidos a personas jurídicas (7).

Por el contrario, nuestro compañero Ricardo CABANAS entiende que, si hay fiador o garante persona física, la Ley 5/2019 debe aplicarse al contrato principal “entre otras cosas porque sólo así el fiador/garante también se beneficia de aquélla regulación” y porque “normas de protección en la Ley realmente son todas” (8).

Incluso defiende que la presencia de una persona física en cualquiera de las posiciones de deudor, fiador o garante ha de provocar la calificación del contrato principal como sujeto a la Ley 5/2019, “cualquiera que sea la posición de la persona jurídica, aunque lo haga como fiador/garante”. Esta posición también la mantiene en otro trabajo posterior realizado junto con Cristina MARQUÉS y Amanay RIVAS (9). Excluyen las normas que se apliquen expresamente a personas físicas como, por ejemplo, el interés de demora (art. 25) y las consecuencias de una falta de transparencia material respecto de la persona jurídica (debate que se sitúa fuera de la Ley 5/2019).

Pero reconoce que la Orden de 2011 (adaptada por la Orden de 2019) dispone que la Fiae y la información específica sobre el interés variable sólo se entregarán al fiador/garante persona física (deduce: a contrario, a todo prestatario, incluido persona jurídica). Y que ésta ha sido la interpretación del Consejo General del Notariado, como se deduce de su circular 1/2019 de 24 de mayo y su nota informativa de 17 de junio de 2019.

En nuestra opinión, cabe (y se debe) aplicar unas normas al fiador y otras al deudor principal. Lo que sí debe hacerse es precisar en

la escritura qué normas se aplican a cada sujeto. La Instrucción de la DGRN de 20.12.2019 ha insistido, con razón, en esto.

No ocultamos que nuestra postura acerca de la dualidad de leyes causa complicación, pero otra respuesta necesitaría una expresión más tajante de la ley. No desconocemos que, si el fiador resulta más beneficiado, al deudor principal le puede interesar no cumplir, para que se reclame al fiador, lo que puede perjudicar a éste y, en último término, beneficiar a aquél. O pueden actuar ambos de consuno en contra del interés del acreedor. Pero en tales casos, cabe sostener que el pago por el fiador de la totalidad de lo que le puede ser reclamado por el acreedor (como fiador) no liberará totalmente al deudor principal.

En cualquier caso, el fiador no puede quedar obligado a más que el deudor principal (art. 1826 Cc).

Respecto de las obligaciones de información, mantenemos, en coherencia con lo dicho, que el acta previa sólo debe otorgarse por la persona física, no por una persona jurídica.

La Instrucción de la DGRN de 20.12.2019 ha mantenido que “nunca será necesario que una persona jurídica, sea o no consumidora, que actúe como prestataria, fiadora o garante, concurra al otorgamiento del acta previa”.

¿Qué ocurre con un sujeto que se subroga en el préstamo, como parte deudora?

Hay regulación sobre esta cuestión en la disposición adicional 6ª de la Ley 5/2019. Dispone que la ley es de aplicación cuando la subrogación de deudor “se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado”. Por cierto, sólo en caso de transmisión, por lo que la norma no es de aplicación a los casos de adjudicación a uno sólo de los comuneros en caso de extinción de condominio.

De esta norma no se deduce ninguna obligación especial para el notario. La subrogación en la deuda es un pacto entre vendedor y comprador. Es una escritura en la que no comparece el Banco.

¿Y si compareciera el Banco?

La Instrucción de la DGRN de 20.12.2019 exige en este caso el cumplimiento de todos los requisitos de la ley.

La D.A. 6ª no pretende regular el régimen transitorio. Se refiere sólo a subrogaciones de deudor relativas a contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019. Para contratos vigentes al entrar en vigor la ley, tenemos el párrafo 2 de la dispo-

sición transitoria 1ª, que dispone la retroactividad: "las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor."

La subrogación a que se refiere el párrafo segundo de la DT 1ª creemos que es tanto la subrogación de deudor como la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, aunque la frase parece pensada (sólo) para la subrogación de acreedor; pero la norma no distingue expresamente y su aplicación a una y a otra subrogación (de acreedor o de deudor) tiene sentido. Compartimos, por tanto, el criterio de la Instrucción de la DGRN.

No cabe distinguir entre préstamos sujetos a la ley desde el inicio del contrato y préstamos que inicialmente estaban fuera de la ley (por ejemplo, concedidos a una sociedad) que a consecuencia de la subrogación de deudor van a quedar sujetos a la ley. Por ello, uno y otro están comprendidos, siempre que a consecuencia de la subrogación se cumplan los requisitos de aplicación de la ley.

Lo mismo ocurre en los casos de novación, a que también se refiere la DA 6ª.

Si se trata del préstamo a un empresario en el que se subroga un comprador (persona física, sea o no consumidor) hay una regla especial en la DA 7ª. Consiste en que el empresario vendedor tiene la carga de avisar al Banco con un mínimo de 30 días de antelación, para que éste pueda cumplir las obligaciones que le impone la Ley 5/2019, en especial, en relación al control de la solvencia del comprador y a los trámites informativos. Dada la literalidad de la norma, debe aplicarse a cualquier empresario vendedor, aunque no sea un promotor. Por ejemplo, cualquier sociedad mercantil lo será.

Este plazo debe ser controlado por el notario. Pero no se exige el acta previa ni ninguna otra actuación notarial especial, salvo que se formalice en escritura el cambio de deudor entre el Banco y el comprador de la finca. Si sólo se formaliza la venta con subrogación, sin comparecencia del Banco (y, por tanto, sin novación de ninguna cláusula del préstamo) el acta previa no está prevista, ni hay que justificar al notario el cumplimiento de las obligaciones que el art. 14.1 impone al Banco.

Si se trata de una subrogación de acreedor en un contrato de préstamo sujeto desde su inicio a la Ley 5/2019, hay que cumplir los trámites de ésta que procedan, en especial, el trámite informativo (arts. 10. 14 y 15). Lo mismo en caso de contratos anteriores vigentes, ex DT 1ª.

La profesora AGÜERO ha mantenido, por el contrario, que en caso de subrogación de acreedor no procede cumplir el trámite informativo (arts. 10, 14 y 15 de la ley) "porque esta modificación no altera el contenido obligacional del deudor ni de fiadores o garantes" (10). No obstante, sí lo defiende en caso de contratos anteriores a la ley en que se produce, bajo ésta, una subrogación de acreedor (11).

La Instrucción de la DGRN de 20.12.2019 ha señalado que el cambio de acreedor, "en la medida en que no modifique en modo alguno la posición del deudor, no exige el otorgamiento de las formalidades informativas que impone la ley."

En nuestra opinión, en toda subrogación de acreedor va a haber alguna modificación de cláusulas financieras, como expresamente reconoce el art. 2 de la ley 2/1994, en cuanto se refiere a la "oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario". Por cierto, es impropio decir "nuevo préstamo", ya que se trata del mismo, pues no hay extinción del préstamo anterior y constitución de uno nuevo.

Una excepción a la aplicación de la ley: el caso de préstamos a empleados.

El artículo 2 de la ley contempla varias excepciones a la aplicación de la ley. Nos referimos sólo a la primera porque es, en la práctica, (casi) el único caso con el que nos encontramos.

Se trata del préstamo a "empleado" contemplado por la ley, o sea, "a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la de mercado y no se ofrezcan al público en general".

La ley española ha copiado la Directiva, que señala en su art. 2.b) que no se aplica a "los contratos de crédito concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuyas TAE sean inferiores a las del mercado, y que no se ofrezcan al público en general". El considerando 17 añade "según lo ya previsto en la Directiva 2008/48/CE" (de contratos de crédito al consumo).

No hay más pautas de interpretación.

Si tanto el empleado como su cónyuge no empleado son deudores, parece que se debería aplicar íntegramente la Ley 5/2019. Sin embargo, la Instrucción de la DGRN de 20.12.2019 ha entendido que procede la excepción, lo cual resulta un tanto discutible.

Si el deudor es el cónyuge empleado y el fiador o garante es el cónyuge no empleado, la ley se aplica al cónyuge no empleado. En el mismo sentido, la Instrucción, citada, de la DGRN.

Si el deudor es el cónyuge no empleado y el cónyuge empleado es fiador o garante, se aplica íntegramente la Ley 5/2019, tanto al deudor como al fiador o garante, pues este supuesto no cabe en el art. 2.4.a) de la ley.

Si tanto el empleado como su cónyuge son sólo fiadores o garantes, este supuesto tampoco está contemplado por el art. 2.4.a) de la ley.

¿Cualquier tipo de empleado? ¿La excepción a la ley es por razones subjetivas o por razones objetivas?

Si es por razones objetivas, o sea, por las condiciones de “fuera de mercado” del préstamo, la excepción procede siempre.

Si es por la cualidad de sujeto, parece que habría que distinguir, y excluir la aplicación de la ley sólo a los empleados que realizaran un tipo de actividad relacionado con la actividad propiamente bancaria.

En nuestra opinión, la ley no distingue, por lo que la excepción se aplica a todo tipo de empleado, siempre que el préstamo se conceda “a título accesorio”, o sea como un complemento de la retribución.

¿Qué ocurre si se pacta la modificación del préstamo a un préstamo “normal” en caso de excedencia, baja, despido, etc.?

Se trata de situaciones eventuales, no actuales. Por ello, nuestra postura es proceder como si esas situaciones no existieran. Se trata de cláusulas usuales en préstamos a empleados, por lo que si se hubiera querido sujetar estos supuestos a la Ley 5/2019 se debiera haber dispuesto expresamente.

En el mismo sentido se ha pronunciado la DGRN en su Instrucción de 20.12.2019: “no se trata de dos contratos firmados simultáneamente, sino de un único contrato cuyas condiciones y TAE, globalmente consideradas, resultan más favorables que las de los contratos normales del mercado.”

No obstante, los préstamos a empleados quedan sujetos a la O.M. de 28 de octubre de 2011, en opinión de la profesora AGÜERO, que compartimos (12). Es una duplicidad de regímenes criticable.

IV. EL TIPO DE CONTRATO SUJETO A LA LEY

El art. 2.1 de la ley se refiere a “prestamos” y el art 2.3 precisa que las referencias a “préstamos” se entenderán hechas “indistintamente a préstamos y créditos”. El art. 4, en su apartado 3) define “préstamo” como el “contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo (sic) ... en forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar”. Hay

que tener en cuenta que, según el art. 2.4, la ley no se aplica a los contratos de préstamo (sic) "relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial".

El art. 4.3) y el art. 2.4 de la ley española usan las mismas palabras que la Directiva en su art. 4.3, con la única diferencia de que ésta dice "crédito" y la ley española dice "préstamo".

En consecuencia, no sólo quedan sujetos a la nueva normativa los préstamos y créditos, sino también los pagos aplazados en cualquier tipo de contrato, haya o no condición resolutoria, como compraventas, arrendamientos con opción de compra o contratos de leasing. Pero siempre que el acreedor sea un "prestamista" en el sentido de los arts. 2.1 y 4.2) de la ley, o sea, se dedique a conceder de préstamos de manera profesional o de forma ocasional pero con una finalidad meramente inversora. Sobre el concepto de "finalidad inversora" nos remitimos a lo dicho más arriba.

Sin embargo, la aplicación a contratos que no son, en sentido propio, préstamo o crédito, plantea una dificultad en cuanto a cumplir las normas sobre transparencia, pues los documentos del art. 14.1, que sería obligatorio entregar en todo contrato sujeto a la ley, no tienen sentido más que en relación a préstamos o créditos. Un ejemplo: ¿cuántos apartados de la FEIN pueden rellenarse si en lugar de un préstamo estamos ante un precio aplazado en que no hay interés sino un aumento de precio?

La subrogación de deudor y la novación del préstamo están sujetos a la Ley 5/2019, como ya hemos dicho. No obstante, si lo que se formaliza es sólo el contrato entre comprador y vendedor, sin actuación del Banco, hay que entender que la nueva ley no se aplica, pues ésta regula la actuación del prestamista.

En cualquier caso, el banco incumplirá la ley si acepta el cambio de deudor sin haber cumplido los requisitos de ésta. Todas las obligaciones de información previa, incluida el acta notarial, serán necesarias aunque no haya modificación de condiciones (pues se trata de cambio de deudor, no de acreedor).

A continuación, se examina qué préstamos y créditos quedan sujetos a la Ley 5/2019.

1. Supuestos del art. 2.1.a) de la ley

Quedan sujetos a la ley los préstamos o créditos con garantía de hipoteca o de otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial.

Este supuesto se describe en parecidos términos en el art. 3.1.a) de la Directiva.

Reiteramos que no se exige que la finalidad del préstamo o crédito sea financiar la adquisición del inmueble, o de reformarlo. En realidad, la finalidad del préstamo es irrelevante.

El uso residencial

Como se deduce de la norma, sin mayores interpretaciones, el "uso residencial" no exige que se trate o vaya a tratar de la vivienda habitual del deudor o fiador o garante. Puede ser cualquier vivienda, ya la use o no el deudor. Puede ser para vivir de forma permanente, o para usarla de forma ocasional, para alquilar, para alquiler vacacional, para especular, etc. Puede usarse o no usarse. Puede ser una única vivienda o varias, o un edificio entero.

Si el objeto de hipoteca son viviendas y locales u otro tipo de inmuebles, el contrato, en nuestra opinión, queda sujeto a la Ley 5/2019. Para la sujeción debe bastar que haya una sola vivienda.

Quedan excluidos los contratos con garantía sobre locales, aparcamientos, fincas rústicas, solares y, en general, todo lo que no sea o no contenga una vivienda (o inmueble con función doméstica, como ahora diremos).

¿Quid si se trata de un inmueble que se usa como vivienda y como local de negocio o para ejercer una actividad profesional?

En nuestra opinión, la respuesta tiene que ser la misma que se daría a la pregunta de cuándo un sujeto es "consumidor" en un contrato de doble finalidad (en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad empresarial o profesional del deudor). Esa respuesta la sugiere el Considerando 12 de la Directiva 2014/17/UE, que dice: "...si dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada consumidor".

La expresión de este considerando no deja de ser ambigua, pues una cosa es "no predominar" y otra ser una actividad "tan limitada", pero en nuestra opinión, el uso no comercial ni profesional tiene que ser mucho menor que el uso privado (no bastaría un 49% frente a

un 51%). Es difícil concretar más la respuesta sin referencia a casos particulares.

Inmuebles que no son de uso residencial pero tienen "función doméstica"

En materia de ámbito de aplicación objetivo, la ley española también va más allá de la Directiva, pues el art. 2.1.a) señala que se entienden como inmuebles para uso residencial "aquellos elementos tales como trasteros, garajes y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica".

A primera vista, habría que defender que este tipo de inmuebles sólo quedan sujetos a la ley cuando se hipotequen junto con una vivienda, resultando irrelevante si están configurados como anejos a la vivienda o como elementos privativos independientes, o como una cuota sobre una parte determinada que da derecho de uso a la plaza de garaje o al trastero.

Sin embargo, esto hace superfluo el inciso legal que comentamos, pues si hay una vivienda objeto de hipoteca, ya se aplica la ley. La norma tiene que querer decir algo más. Por tanto, ese tipo de inmuebles determina la aplicación de la ley aunque no se hipoteque ninguna vivienda. Será, no obstante, un supuesto raro.

En cualquier caso, la "función doméstica" es el criterio para la aplicación o no de la ley. El garaje o inmueble de que se trate tiene que estar relacionado de forma objetiva, no meramente subjetiva, con el uso de una o varias viviendas. Hay función doméstica, por ejemplo, cuando se trate de una finca registral independiente que es un jardín comunitario de un edificio de viviendas.

A favor de la aplicación de la ley a este tipo de inmuebles, si no lo hemos entendido mal, parece mostrarse la profesora AGÜERO ORTIZ (13). Y con toda claridad lo han defendido nuestros compañeros CABANAS-MARQUÉS-RIVAS (14).

¿Qué ocurre si la vivienda está en construcción?

Seguramente se puede introducir una matización sin forzar la norma. Y es que "inmueble de uso residencial" significa que tiene que poderse usar ya como vivienda. Si el uso como "residencia" no es actual, por ejemplo, porque está en construcción, un tal inmueble queda fuera de la Ley 5/2019. Para entender incluidos los inmuebles que pueden tener un uso actual como residencia, la ley habría tenido que expresarse de otra forma.

No obstante, si se trata de financiar la adquisición de un inmueble en construcción, el supuesto quedará sometido al art. 2.1.b) de la Ley 5/2019.

También nuestro compañero CABANAS también ha señalado que “cabría entender que el art. 2.1.a de la ley no se refiere a inmuebles en fase de mero proyecto o de construcción” (15). Su postura la ha reiterado después junto con nuestras compañeras MARQUÉS MOSQUERA y RIVAS RUIZ (16).

2. Supuestos del art. 2.1.b) de la ley

También quedan sujetos a la Ley 5/2019 los préstamos o créditos “cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir” pero siempre que el deudor, o el fiador o el garante sea un consumidor persona física.

Este supuesto está en el art. 3.1.b) de la Directiva en los mismos términos.

En seguida se aprecia que esta norma tiene un ámbito de aplicación subjetivo más reducido que el art. 2.1.a) de la Ley 5/2019, pero un ámbito de aplicación objetivo más amplio.

En cualquier caso, la sujeción a la Ley 5/2019 de los supuestos del art. 2.1.b) no implica que se aplique la totalidad de la ley. Respecto de la actuación notarial, hay una excepción importante. El acta previa a que se refiere el art. 15 sólo se aplica a los préstamos que se formalicen en escritura pública (arts. 14.1.g), 15.3 y 15.5) y, por lo que dispone el art. 15.2 en su primer párrafo, hay que entender que la escritura tiene que formalizar un préstamo hipotecario. Si no hay hipoteca (inmobiliaria o mobiliaria), no tiene por qué haber acta previa, aunque haya escritura de préstamo, con o sin garantías personales o reales distintas de hipoteca. La Instrucción de la DGRN de 20.12.2019 ha señalado que el ámbito del acta se limita a las operaciones de préstamo hipotecario.

Tanto el apartado a) como el b) exigen que el deudor sea un “consumidor”. A pesar de esto, tiene sentido diferenciar los supuestos de cada apartado. En la ley española, las diferencias entre apartados son mayores que en la Directiva, pues tratándose de hipoteca sobre vivienda, no se exige que intervenga en la operación ningún consumidor; basta una persona física.

La condición de "consumidor" del sujeto.

Es imprescindible, para aplicar esta norma, que haya un consumidor, a diferencia de lo que ocurre en el art. 2.1.a). O sea, si hay hipoteca sobre vivienda, la Ley 5/2019 se aplica a toda persona física, pero si no hay hipoteca sobre vivienda, la ley se aplica sólo a persona física consumidor.

La condición de consumidor debe resultar de las circunstancias del contrato, esto es, de la relación entre la profesión del deudor (o fiador o garante) y la finalidad concreta de ese préstamo o crédito. Por ejemplo, si se trata de un médico y la finalidad es pagar el precio de compra de una finca rústica, hay que entender que el deudor es consumidor.

En la práctica, será necesario que el notario pregunte una y otra circunstancia, si es que no resultan del propio contrato.

¿Tiene que ser persona física o puede ser persona jurídica?

En opinión de AGÜERO ORTIZ, que compartimos, la ley sólo se refiere a personas físicas, dado que los arts. 1 y 2.1 establecen que la ley se aplicará a personas físicas deudoras, fiadoras o garantes. (17)

En la ley española, a diferencia de la Directiva, el "consumidor" no tiene por qué ser el deudor. Puede serlo (sólo) el fiador o el garante.

La existencia o no de garantías.

Es irrelevante, para el supuesto de hecho del art. 2.1.b), si hay hipoteca, u otra forma de garantía real o personal, o no hay ninguna garantía. Pero si hay hipoteca u otra forma de garantía real, y se trata de vivienda (en nuestra opinión, sólo si la vivienda está ya construida), nos habremos salido del apartado 2.1.b) y estaremos en el supuesto del apartado 2.1.a).

Por ejemplo, un préstamo personal en póliza queda sujeto a la Ley 5/2019 si la finalidad es financiar la compra de un terreno o de un inmueble construido o por construir, siempre que el prestatario sea un consumidor. Si el deudor es una sociedad, pero hay un fiador que tiene la condición de "consumidor", el contrato también queda sujeto a la Ley 5/2019.

Otra cosa es que haya que cumplir las obligaciones de transparencia impuestas al notario en los arts. 14.1 y 15 de la ley, pues aquél se refiere sólo a préstamos que estén previstos formalizarse en escritura pública. Dado que la ley usa esta expresión, no parece correcto defender que se aplica a préstamos formalizados en otro tipo de documento (por ejemplo, póliza intervenida).

Es recomendable, pues, que los otorgantes declaren siempre la finalidad del préstamo.

En el artículo 2.1.a) la garantía es esencial y la finalidad irrelevante. En el art. 2.1.b), por el contrario, la garantía es irrelevante y la finalidad, esencial.

Será conveniente que en los préstamos quede constancia de la finalidad. No obstante, no hay ninguna obligación del notario de exigir que conste y ni siquiera de preguntarlo a los otorgantes. En cualquier caso, no se pretende justificar actuaciones imprudentes.

"Adquirir o conservar derechos de propiedad"

La referencia a "derechos de propiedad" determina, en nuestra opinión, que las palabras "adquirir o conservar" deben entenderse en sentido jurídico, no físico. Si la norma se hubiera referido a "edificios" hubiera sido otra cosa. Pero no lo ha hecho. Otro argumento a favor de nuestra postura lo encontramos en el considerando 18 de la Directiva, que dice "Los contratos de crédito no garantizados (*el subrayado es nuestro*) que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial y que entrañen un crédito cuyo importe total exceda de 75.000 EUR deben entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/ CE con el fin de asegurar un nivel de protección equivalente a aquellos consumidores, y para evitar un vacío de regulación entre dicha Directiva y la presente Directiva."

La Directiva 2008/48/CE es la que regula los créditos al consumo. La mención de los 75.000 euros es porque la Directiva 2008/48/CE ponía este límite máximo a los créditos que regulaba, límite que ahora se ha eliminado por la Directiva de 2014 (vid. art. 46 de ésta).

También el considerando 15 (de la Directiva 2014/17/UE) suministra algún argumento, al incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva, entre otros, "los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas". Pero, por el contrario, también incluye en la aplicación de la Directiva de 2014 "los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial." (*el subrayado es nuestro*).

Así, los créditos para reforma no garantizados (hay que entender que con garantía inmobiliaria) quedan sujetos a la Directiva sobre crédito al consumo y los garantizados, a la Directiva sobre contratos de crédito inmobiliario.

La profesora AGÜERO ORTIZ, con base en el considerando 18, se ha pronunciado a favor de la exclusión de los contratos de préstamo destinados a renovación o mejoras, de la Ley 5/2019, de forma que quedan sometidos a la ley del crédito al consumo, salvo que están garantizados con hipoteca o garantía similar. Y pone como ejemplos de préstamos sujetos a la Ley 5/2019, la refinanciación de préstamos concedidos para adquirir inmuebles, los préstamos concedidos al tercer poseedor para liberarlo en una ejecución hipotecaria, o los préstamos que se concedan en el supuesto contemplado en el art. 670.7 LEC (18).

CABANAS-MARQUÉS-RIVAS citan, correctamente, el supuesto de préstamo para cancelar uno anterior cuyo impago ponga en peligro la propiedad de un inmueble de uso residencial (19).

Por otro lado, la referencia a la propiedad parece excluir de la aplicación de la ley los contratos de adquisición de derechos de usufructo u otros derechos limitados sobre inmuebles.

"Terrenos o inmuebles construidos o por construir"

La norma se refiere tanto a supuestos en que se adquieran inmuebles construidos como a inmuebles en los que el adquirente pretende construir.

Pero ¿incluye el préstamo que financie la construcción?

La ley española reproduce palabras ambiguas de la Directiva, pues si la norma se refiere, de entrada, a la adquisición o conservación, no encaja bien el supuesto de financiación de la construcción de un inmueble que ya es propio.

CABANAS-MARQUÉS-RIVAS señalan que este supuesto "podría entrar dentro del paraguas de la LLCI si el prestatario, fiador o garante es un consumidor" (20). Nos parece una opinión un tanto atrevida, que no compartimos. La norma tiene sentido aunque el préstamo no financie la construcción, pues cabe la financiación de la compra de un terreno para construir.

En todo caso, hubiera sido conveniente que la norma fuera más clara. La ley española podía haber clarificado, para el ámbito del Derecho español, la ambigüedad de la Directiva.

¿Uso residencial?

La ley no menciona expresamente que los terrenos o edificios, construidos o por construir, sean de uso residencial.

La imprecisión está en la propia Directiva, pues su art. 3.1.b), que es el equivalente al art. 2.1.b) de la ley español, no menciona el "uso residencial".

Esto podría extender mucho el ámbito de aplicación de la ley 5/2019. Pues aquí cabe, por ejemplo, un terreno rústico en que se pueda edificar cualquier tipo de construcción, o un terreno rústico con una construcción que no sea vivienda, o un local comercial siempre que no se vaya a destinar a la actividad comercial o empresarial del deudor.

La profesora AGÜERO da por sentado que, entre otros supuestos, un préstamo (a un consumidor, con garantía real o sin ella) para financiar la compra de un terreno "para usos recreativos (v.gr. la adquisición de un solar para montar un circuito de motocross de uso particular), de almacenaje no profesional, etc." queda sujeto a la ley 5/2019 (21). Es el criterio que también mantiene en la misma obra el profesor CARRASCO (22).

Ricardo CABANAS, para evitar una aplicación desmedida de la Ley 5/2019, que puede perjudicar a muchos deudores (por ejemplo, empresarios personas físicas) especialmente por el mayor control de la solvencia, sugiere aplicar a la ley siempre sólo a los casos en que se trate de inmuebles de uso residencial (23). La misma opinión, la han mantenido CABANAS-MARQUÉS-RIVAS, con más argumentos (24).

Nuestra opinión es que el uso residencial es necesario en los supuestos del art. 2.1.b). Más arriba hemos mantenido que es lo que resulta de la Directiva. Es cierto que los Derechos nacionales pueden extender la aplicación de la Directiva pero no hay nada que haga pensar que la ley española haya querido realizar esta ampliación. Incluso en la propia ley hay argumentos para defender lo contrario, si bien no son concluyentes. El de más peso está en el art. 24 sobre vencimiento anticipado, que se refiere a los dos supuestos del art. 2.1 de la ley y al enumerar el contemplado en el art. 2.1.b) añade las "para uso residencial". Podría argüirse que sólo se refiere al vencimiento anticipado, pero es significativo que haya realizado esa precisión.

No obstante, la DGRN en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, ha mantenido una posición contraria a la nuestra: el art. 2.1.b) "será aplicable con independencia de que su destino sea o no residencial". Alega el art. 15 de la Directiva, la literalidad del art. 2.1.b), una interpretación a contrario del nuevo art. 129 LH y que el intento de hacer constar expresamente las palabras "para uso residencial" en el art. 2.1.b) no prosperó. A nuestro parecer, los tres primeros argumentos no son nada decisivos y, respecto del cuarto, la redac-

ción no se cambió en la fase parlamentaria simplemente por fidelidad al texto de la Directiva. La DGRN debiera haber valorado más el argumento contextual y el finalista.

V. CONCLUSIÓN

La normativa sobre el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 plantea demasiadas dudas y es innecesariamente compleja. Los problemas se atenúan porque la mayoría de los incumplimientos no tienen sanciones civiles, sino administrativas. Pero es una "atenuación" que no puede dejar tranquilo a quien tiene que vérselas con la aplicación del Derecho civil.

VI. NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

- (1) CABANAS TREJO, Ricardo, MARQUÉS MOSQUERA, Cristina, y RIVAS RUIZ, Amanay, "Guía notarial para la aplicación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", en Cuadernos de Derecho y Comercio nº 71 (junio 2019), Consejo General del Notariado, pág. 167.
- (2) AGÜERO ORTIZ, Alicia, en "Comentario a la Ley de Contratos de Crédito inmobiliario", dir. Angel Carrasco Perera, Thomson Reuters Aranzadi y Centro de Estudios de Consumo, 2019, pág. 115.
- (3) CABANAS TREJO, Ricardo, "Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", Aferre editor SL, 2019, pág. 52.
- (4) AGÜERO ORTIZ, Alicia, op. cit., pág. 118.
- (5) CARRASCO PERERA, Angel, "Comentario a la Ley de Contratos de Crédito inmobiliario", Thomson Reuters Aranzadi y Centro de Estudios de Consumo, 2019, pág. 331.
- (6) CARRASCO PERERA, Angel, op. cit., págs. 349-350.
- (7) AGÜERO ORTIZ, Alicia, op. cit., págs. 122-123.
- (8) CABANAS TREJO, Ricardo, "Aspectos contractuales y procesales de la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", Aferre editor SL, 2019, pág. 59.
- (9) CABANAS TREJO, Ricardo, MARQUÉS MOSQUERA, Cristina, y RIVAS RUIZ, Amanay, op. cit., pág. 169.
- (10) AGÜERO ORTIZ, Alicia, op. cit., pág. 146.
- (11) AGÜERO ORTIZ, Alicia, op. cit., pág. 148.
- (12) AGÜERO ORTIZ, Alicia, op. cit., pág. 158.
- (13) AGÜERO ORTIZ, Alicia, op. cit., pág. 120.
- (14) CABANAS TREJO, Ricardo, MARQUÉS MOSQUERA, Cristina, y RIVAS RUIZ, Amanay, op. cit., pág. 171.
- (15) CABANAS TREJO, Ricardo, op. cit., págs. 67-68.

- (16) CABANAS TREJO, Ricardo, MARQUÉS MOSQUERA, Cristina, y RIVAS RUIZ, Amanay, op. cit., págs. 171-72.
- (17) AGÜERO ORTIZ, Alicia, op. cit., pág. 129.
- (18) AGÜERO ORTIZ, Alicia, op. cit., pág. 132.
- (19) CABANAS TREJO, Ricardo, MARQUÉS MOSQUERA, Cristina, y RIVAS RUIZ, Amanay, op. cit., pág. 172.
- (20) CABANAS TREJO, Ricardo, MARQUÉS MOSQUERA, Cristina, y RIVAS RUIZ, Amanay, op. cit., pág. 173.
- (21) AGÜERO ORTIZ, Alicia, op. cit., págs. 132-133.
- (22) CARRASCO PERERA, Angel, op. cit., pág. 736.
- (23) CABANAS TREJO, Ricardo, op. cit., págs. 74-76.
- (24) CABANAS TREJO, Ricardo, MARQUÉS MOSQUERA, Cristina, y RIVAS RUIZ, Amanay, op. cit., pág. 174.

Derecho notarial



ESTUDIOS DOCTRINALES

PRÁCTICA JURÍDICA

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

LA FUNCIÓN NOTARIAL DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Rodrigo Tena Arregui

Notario de Madrid

Resumen: Analizamos la función pública notarial desde el punto de vista de la eficiencia económica. A tal fin, partimos de una introducción histórica que deja constancia de que la figura del notario surge de la demanda social y de que un empobrecimiento de los requisitos de acceso y la multiplicación innecesaria del número de notarías no contribuyen a un notariado fuerte y que dote de seguridad al tráfico jurídico evitando la litigiosidad. Desde el punto de vista estrictamente económico, el carácter de "gatekeeper" privado del notario permite la reducción de los costes de transacción y dota de valor reputacional al negocio instrumentado en escritura pública. Los nuevos tiempos obligan a nuestra profesión a la incorporación de nuevas tecnologías y a reforzar la labor de asesoramiento personalizado y adecuación a la legalidad de la voluntad de los comparecientes, en el lapso temporal en que actúa el notario, esto es, el momento de la verdad.

Palabras clave: notariado, eficiencia económica, gatekeeper privado.

Abstract: We analyse the notary public function from the point of view of economic efficiency. To this end, we start with a historical introduction which shows that the figure of the notary came into being to meet social demand and that an impoverishment of access requirements and the unnecessary proliferation of the number of notaries' offices do not contribute to a strong notary's office which provides security in legal transactions by avoiding litigation. From a strictly economic standpoint, the private "gatekeeper" nature of the notary allows for the reduction of transaction costs and lends reputational value to the business instrumented in a public deed. The new times we are living in force our profession to incorporate new technologies and to reinforce the work of personalised advice and adaptation to the legality of the will of the parties involved, in the time period in which the notary acts, that is, the moment of truth.

Key words: notary's office, economic efficiency, and private gatekeeper.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. RESPUESTA HISTÓRICA DEL NOTARIADO AL PROBLEMA DE LOS COSTES DE TRANSACCIÓN
- III. EL *GATEKEEPING* NOTARIAL
- IV. LOS PRESUPUESTOS DE UN *GATEKEEPING* EFICIENTE
- V. LOS RIESGOS DE FUTURO
 - 1. La fehaciencia
 - 2. El control de legalidad
 - 3. La obtención de datos para las Administraciones
 - 4. El asesoramiento y la adecuación a la legalidad
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO

El análisis económico tiene por objeto la eficiencia, es decir, cómo utilizar los recursos disponibles –necesariamente escasos– con el fin de obtener su máximo aprovechamiento social. Aplicado al ámbito institucional, busca analizar el diseño de las organizaciones con la finalidad de evaluar su eficiencia. Concretado aún más al ámbito notarial y a su esfera habitual de actividad, pretendería estudiar en qué medida contribuye el notariado a reducir los costes de las transacciones que tienen lugar en el mercado (tanto los privados que soportan las partes, como los sociales que se imponen a terceras personas).

El objeto principal de estudio, en consecuencia, es qué tipo de respuesta ofrece el notariado al problema de los costes de transacción (que son aquellos en los que hay que incurrir para realizar un intercambio en el mercado) y que para los mercados avanzados se acercan nada menos que al 50% del PIB. Reducir esos costes implica facilitar transacciones beneficiosas (en cuanto mejoran la asignación de los recursos) con el consiguiente incremento de la riqueza nacional.

Esos costes son de muy variado tipo, pero podemos destacar tres categorías principales de costes privados:

- 1. Costes de información sobre el objeto del negocio y sus condiciones de adquisición.
- 2. Costes de negociación y de diseño del contrato.
- 3. Costes de ejecución de lo pactado.

A estos costes hay que añadir las externalidades (negativas, pero también positivas) que se pueden imponer a terceros como consecuencia de las transacciones realizadas.

Por último, resulta obvio que la función notarial no debe evaluarse solo en consideración a la eficiencia económica, sino también en relación a la libertad civil que garantiza, como valor independiente y de rango superior, pero ello no impide reconocer la necesidad y oportunidad de un análisis de ese tipo, pues tampoco cabe desconocer que, especialmente en el ámbito patrimonial, ambos valores se encuentran muy relacionados.

II. RESPUESTA HISTÓRICA DEL NOTARIADO AL PROBLEMA DE LOS COSTES DE TRANSACCIÓN

Como consecuencia del crecimiento exponencial de las ciudades acaecido en el siglo XI surge la necesidad de nuevas instituciones llamadas a proteger la incipiente actividad económica. Una de las más relevantes es el notariado. El fenómeno de racionalización que implica el nuevo sistema económico capitalista exige instrumentos adecuados a ese espíritu, el primero de los cuales es el documento. El escrito triunfa pronto en la ciudad (LE GOFF). La objetividad que atribuye lo escrito es un hito decisivo en la evolución del Derecho. La prueba documental y la prueba por testigos, máximos exponentes de las nuevas pruebas racionales, desplazan a las ordalías. Muy pronto en Venecia se empezó a preferir la prueba documental como medio probatorio racional frente a las irracionales formas de prueba de la vieja administración popular.

Pero al margen de su función conservadora de documentos civiles y mercantiles, los notarios creaban y redactaban nuevos negocios jurídicos tanto en base a su experiencia acumulada como a su nueva formación literaria obtenida en las universidades, básicamente a través del estudio del Derecho romano. Es precisamente la necesidad de un Derecho de calidad que permitiese atender las nuevas necesidades económicas lo que conduce en esa época al estudio del Digesto en Bolonia y con ello al nacimiento de la primera universidad, en la que abundan los notarios. Por eso el notario no nació como mero documentador, sino también como un jurista creador, cuyas creaciones influyeron incluso más allá de su habitual esfera de actuación.

Hasta ese instante el notariado es una mera creación espontánea del mercado para atender sus propias necesidades. Pero a partir de un momento dado se produce un salto crítico en la historia del nota-

riado, que viene a demostrar como el diseño institucional adecuado puede proporcionar enormes ventajas de eficiencia frente a lo que el mercado es capaz de crear por sí solo. Ese salto consiste en el reconocimiento de *fides publica* a los documentos autorizados por notario. Esa atribución trató de justificarse histórica y doctrinalmente mediante la fusión de la figura del tabulario (que era un funcionario público de la Roma imperial que investía de cierta autenticidad a los documentos que custodiaba) con el tabelión (que era un profesional redactor de documentos). Esto se produce en la glosa de Accursio mediante una intencionada confusión. Como afirma VALLET, se trata de un hito fundamental en la historia del notariado latino.

Explicarlo es muy sencillo. Hasta el reconocimiento de la fe pública, el valor del documento depende rigurosamente del valor singular del notario concreto que lo ha realizado. Cuanto más confiable y mejor jurista, más valor tiene el documento en el tráfico, pues el notario proyecta su propia reputación sobre su obra. Si la reputación es elevada, el documento puede cumplir adecuadamente su función de título confiable, tanto en el tráfico como en el proceso judicial, reduciendo así los costes de transacción (informativos, de diseño y de ejecución). Pero no cabe duda de que esa limitación subjetiva genera incertidumbres e ineficiencias. Los notarios son los primeros que se percatan de ese condicionamiento, reuniéndose en colegios cuya principal función es homogeneizar y elevar el nivel de la práctica notarial, en interés de todos. Pues bien, con la finalidad de apoyar ese objetivo, la autoridad pública correspondiente (laica o canónica) da el paso siguiente, atribuyendo efectos oficiales al documento realizado por *cualquier* notario, y exigiendo a cambio un control público de la profesión.

De esta manera, el prestigio, el valor reputacional personal ganado por los notarios como intermediarios y juristas de confianza, se traslada al documento notarial y llega un momento en que se objetiviza en éste a través de su reconocimiento legal (fe pública). El efecto valorado ya no se vincula tanto al prestigio de *un* determinado notario como al reconocimiento legal de *todo* documento notarial, cualquiera que sea su autor. Esa objetivación se produce por la vía de atribuir al documento notarial efectos especiales que manifiestan su trato como documento privilegiado. Entre dichos efectos, además de los probatorios, destaca su ejecutividad respecto de todo tipo de obligaciones, como prueba la práctica de la "carta guarentigia" originada en las ciudades italianas del siglo XIII como medio, precisamente, de paliar la exasperante lentitud de los tribunales de la época (BRANCOS). El salto de eficiencia medido en términos de se-

guridad y celeridad que produce este esquema en el tráfico, con la consiguiente reducción en los costes de transacción, es exponencial. Al reducirse los costes de información y de ejecución como consecuencia de la creación de una titulación formal confiable, se facilitan las transacciones y la obtención de crédito, con el consiguiente aumento de la riqueza. Es lo que se denomina el valor económico de la propiedad formal (HERNANDO DE SOTO), uno de los elementos clave en el desarrollo económico de Occidente.

Pero esta ingeniosísima ficción no nos puede hacer olvidar que todo el sistema sigue descansando, en el fondo, en la figura del notario. Como recuerda VALLET, si alguna vez se decidiese hacer descansar el notariado en el documento en vez de en la persona del notario, se produciría una inaceptable inversión de los conceptos. El análisis económico de la historia del notariado nos lo vuelve a demostrar con mucha claridad.

Efectivamente, en muchos lugares de Europa, pero especialmente en Francia y en España, cuyas monarquías incurren de manera recurrente en déficits presupuestarios de carácter crónico, se generaliza durante el final de la Baja Edad Media y especialmente durante la Edad Moderna el fenómeno conocido como la venta de oficios, según FUKUYAMA la principal causa de la decadencia española. Entre ellos destaca el oficio notarial, que se vende al mejor postor (con total independencia de la cualificación personal y profesional del ofertante) a cambio de un pago inicial (*fiat*) y de un pago periódico (*media annata*). No obstante, los pagos se admiten también para rebajar la edad para acceder a la profesión de notario (que Las Partidas habían fijado en 25 años), a razón de 100 ducados por año, o incluso para evitar ser inspeccionado, practica utilizada durante años por los notarios de Salamanca. Se llegó a la enajenación de por vida, luego por dos vidas y en algunos casos a perpetuidad, transmitiéndose por herencia incluso a menores o dementes (que debían actuar a través de un *teniente servidor* o *excusador*). No es de extrañar que en tiempos del censo notarial de Floridablanca existiesen en España 9611 escribanos para una población de diez millones de habitantes. El natural efecto de descrédito de la profesión es rastreable en la literatura de la época. Destaca por su contundencia la afirmación del poeta francés Coquillard, que calificaba a los notarios como "hombres de cabeza hueca, sin sentido común y encubridores de ladrones".

La expresión "*encubridores de ladrones*" es extraordinariamente ilustrativa de la situación, porque pone de manifiesto cómo la combinación entre la fe pública reconocida oficialmente (en base a un

prestigio pretérito) y la decadencia de la figura profesional del notario, no solo no reduce los costes de transacción, sino que los agrava. El notario venal y/o incompetente utiliza el efecto público de sus documentos no en beneficio del tráfico (para reducir costes informativos, realizar un imparcial diseño contractual y facilitar su ejecución judicial) sino en beneficio del poderoso (ocultando información a la otra parte, autorizando la escritura tal como es presentada por el cliente fuerte y pretendiendo su ejecución, aunque cada vez más difícil a medida que los jueces empiezan a dudar del documento). El posible perjuicio para los derechos de terceros es también evidente, en cuanto la fe pública atribuye al documento una eficacia especial en perjuicio de tercero que solo se justifica si el notario cumple su función de control de manera adecuada.

En el proceso de degeneración de la condición profesional del notario podemos destacar, entonces, dos fases. En una primera se pretende aprovechar torticeramente los efectos privilegiados de la fe pública para fines espurios, y no para los sociales a los que obedece ("trampa de la fe pública"). Pero en una segunda fase, a medida que crece la desconfianza en los operadores, ni siquiera el reconocimiento oficial de efectos es capaz de evitar la pérdida del valor reputacional del documento. En cualquiera de las dos fases el carácter ineficiente de la institución notarial resulta obvio.

III. EL *GATEKEEPING* NOTARIAL

El análisis histórico que acabamos de realizar demuestra a las claras el valor económico de la reputación del documento como instrumento idóneo en la reducción de los costes de transacción, tantos privados como sociales. A la misma conclusión llega el análisis económico de tipo teórico, como pasamos a examinar a continuación.

Se ha denominado al notario por la literatura especializada como "ingeniero de los costes de transacción" (PAZ-ARES) en cuanto su misión fundamental es la reducción de la incertidumbre, creando así valor por la vía de reducir los costes privados a los que ya hemos hecho referencia (información, diseño y ejecución). Pero, además de eso, el notario cumple una importantísima función, tanto en relación a los costes privados como sociales, a través de su función de *gatekeeping*.

El rasgo que caracteriza a los *gatekeepers* es la posibilidad de realizar desde el exterior, o de manera independiente, un control con la finalidad de detectar defectos o debilidades, o de verificar el cumplimiento de determinados procesos o estándares. Pero lo real-

mente característico es que ese control se realiza de una determinada manera: denegando la cooperación necesaria para conseguir un efecto deseado por el sujeto controlado y sin la cual ese efecto no puede ser obtenido. En el caso de los *gatekeepers* privados (auditores, agencias de calificación, bancos...) ese efecto normalmente es de carácter reputacional, pues no tienen capacidad para impedir nada, sino solo para marcar el acto que pretende realizarse con una determinada calidad reputacional, que es precisamente lo que se busca. En otros casos, especialmente tratándose de *gatekeepers* públicos (CNMV, Banco de España, Registros Públicos...), la denegación de cooperación tiene un efecto puramente obstaculizador, pues sin ella el acto pretendido no puede realizarse.

Esta manera de desempeñar el control ha motivado que los *gatekeepers* (especialmente los privados) hayan gozado desde siempre de cierto prejuicio favorable entre los economistas. A partir del pionero trabajo de KRAAKMAN, se ha insistido en que esa forma de realización del Derecho tiene la ventaja de ser mucho menos agresiva que las ejercidas por otros terceros, pues no presupone un control significativo sobre los incentivos particulares de los controlados, ni implica mecanismos de denuncia o "chivatazo", usualmente menos eficientes. Los mecanismos de sanción o compensación *a posteriori* tampoco suelen ser una alternativa ventajosa. Así, en línea de principio se considera mucho más eficaz una estrategia encaminada a prevenir la infracción que a sancionarla una vez producida.

A la vista de esta definición no podemos dudar de que el notario cumple una función de *gatekeeping*. Es más, en opinión de PAZ-ARES, es la figura arquetípica de *gatekeeper*. A través de su función de control de legalidad y de adecuación del negocio a la ley, solo permite el ingreso en el tráfico de aquellos negocios que cumplen los requisitos exigidos, atribuyéndoles así una eficacia privilegiada oficialmente reconocida por el Estado (presunción de legalidad, eficacia probatoria, eficacia ejecutiva, eficacia traditoria, etc.) que es el efecto que se pretende conseguir. Cumple en consecuencia, y de manera combinada, tanto una función obstaculizadora (cuando dice no) como reputacional (cuando dice sí) (TENA), debido a su doble condición inescindible de funcionario y profesional, lo que reduce tanto los costes privados como sociales. Los privados, por la vía de facilitar la ejecución o *enforcement*. Los sociales, por la vía de asegurar la realización del Derecho y de crear un título confiable en el tráfico.

IV. LOS PRESUPUESTOS DE UN *GATEKEEPING* EFICIENTE

Actuar como *gatekeeper* no es una garantía de eficiencia si no se cumplen determinados requisitos, que afectan fundamentalmente al prestador de los servicios (como demuestra la evolución histórica analizada).

En primer lugar, el *gatekeeper* tiene que actuar desde una posición de imparcialidad, lo que no resulta sencillo para los *gatekeepers* privados, sujetos ellos mismos a las presiones del mercado al que supuestamente deben controlar. El peligro de ineficiencia que la falta de verdadera imparcialidad puede suponer se ha demostrado con creces en la crisis de las auditoras (Enron, Bankia) y de las agencias de calificación (hipotecas subprime). Recordemos que en todos estos casos el que paga al *gatekeeper* no es el beneficiario final del *gatekeeping* (el inversor) sino la propia empresa "controlada". La consecuencia previsible es el "infracontrol". Pero, por otra parte, una situación monopolística tampoco garantiza un *gatekeeping* eficiente, pues –en el caso de los *gatekeepers* privados– puede generar precios elevados y –en el caso de los *gatekeepers* públicos– riesgo de "sobrecontrol", normalmente para eludir su responsabilidad, entorpeciendo o impidiendo transacciones beneficiosas, o incluso pueden generarse ambas ineficiencias a la vez en aquellos *gatekeepers* públicos que tienen en la práctica cierto control sobre sus precios, como los Registros en España.

El diseño notarial, sin embargo, proporciona un punto medio de control estatal de precios (arancel) y competencia (limitada en precios pero completa en servicios) que minimiza ambos riesgos. A diferencia de otros funcionarios retribuidos por el mismo sistema arancelario, el notario no puede hacer una aplicación abusiva del arancel ni exacerbar el sobrecontrol con la finalidad de eludir su propia responsabilidad, porque se encuentra controlado por la competencia. Por otra parte, al disfrutar de una competencia limitada (*numerus clausus*, demarcación territorial, precios tasados) cuenta con mecanismos suficientes para defender su posición de imparcialidad frente a los agentes del mercado. El argumento de la imparcialidad, en consecuencia, bastaría para defender ciertas restricciones a la competencia, pero el criterio decisivo para justificarlas es que, además, al documento público se le atribuyen determinados efectos por parte del Estado (fe pública) lo que exige que este deba utilizar esas limitaciones para controlar su carácter homogéneo y de alta calidad, que en definitiva es lo que justifica el privilegio. La experiencia ha demostrado (Puerto Rico) que en un régimen de

competencia sin límites el ahorro de costes directos no compensa el efecto de pérdida reputacional, lo que suele generar la aparición de otros instrumentos complementarios, como el seguro del título, a la postre más ineficiente al ofrecer seguridad económica en lugar de jurídica y hacerlo a un coste superior (TENA).

En segundo lugar, un requisito fundamental para el *gatekeeping* eficiente es que exista un riesgo reputacional (COFFEE), es decir, una reputación que se ponga en juego en cada acto y que en caso de error sea castigada de manera efectiva. El valor añadido del *gatekeeper* privado consiste en trasladar su propia reputación al acto o documento que realiza, de ahí que si carece de reputación no tiene nada que ofrecer al mercado. Pero no basta con tener reputación, sino que además esta debe poder ponerse en peligro, porque entonces el *gatekeeper* tendrá los incentivos suficientes como para resistir las presiones del mercado con la finalidad de evitar la pérdida de su capital reputacional.

El diseño notarial responde bien a este objetivo, tanto a nivel individual como colectivo. A nivel individual el instrumento que garantiza la defensa del capital reputacional, frente al obvio riesgo de pérdida del mismo por mala praxis, son las denominadas cuasi-rentas (ARRUÑADA). Las cuasi-rentas son ingresos superiores a los máximos ingresos alternativos o de oportunidad (y derivan de la existencia de ciertas restricciones existentes en mercado notarial por decisión del regulador). Las cuasi-rentas crean el marco de incentivos necesario para que el notario desarrolle adecuadamente su función de *gatekeeping*. Permiten construir una carrera profesional dilatada en el tiempo al incentivar al notario a sacrificar rentas inmediatas por futuras. El papel de los precios fijos es evitar oportunismos que imposibiliten el aplazamiento de las retribuciones diseñadas para ser obtenidas a lo largo de la carrera. Es obvio que la libertad de precios destruiría la pauta retributiva eliminando una parte de los incentivos a mantener la reputación. Cuando se dice “no” se sacrifican ingresos actuales, pero se sabe que el apego a las normas de funcionamiento de la profesión garantiza percibirlos en el futuro. Por eso se dice que las cuasi-rentas funcionan mejor cuando se diseña la carrera de manera que los recién ingresados en el cuerpo perciban menos ingresos que los que ya tiene más antigüedad. Pero en cualquier caso tienen justificación, aunque ese requisito no se cumpla. Incluso aunque la probabilidad de sanción pública por mal comportamiento no sea muy elevada, su mera posibilidad, en el caso de que existan cuasi-rentas, constituye un mecanismo disuasorio efectivo.

A nivel colectivo el riesgo del capital reputacional y los incentivos a combatirlo son todavía más evidentes. El notariado como institución tiene máximo interés en adoptar las medidas necesarias para defender su capital reputacional con la finalidad de evitar el riesgo de la fase 2 analizado al comentar la evolución histórica (en la que ni siquiera el reconocimiento oficial de efectos es capaz de evitar la pérdida del valor reputacional del documento ante los juzgados, la Administración, terceros, etc). De otra manera, el riesgo de que el sistema sea sustituido total o parcialmente por decisión del legislador es obvio. Ello incentiva a la institución a adoptar medidas de vigilancia, de prevención, de información a las autoridades, de imagen, de lobby, etc. con la finalidad de defender los presupuestos de excelencia que fundamentan el privilegio de la fe pública.

V. LOS RIESGOS DE FUTURO

El análisis realizado hasta ahora nos demuestra el valor económico del capital reputacional que el notario traslada a su actividad. Interesa, en consecuencia, analizar la futura eficiencia económica del notariado en función de las previsibles amenazas a ese acerbo reputacional, pues no cabe duda de que en la actualidad se encuentran amenazados las cuatro fuentes típicas de valor reputacional que el notariado ofrece al mercado con la finalidad de reducir los costes de transacción: la fehaciencia, el control de legalidad, la obtención de datos para las Administraciones y el asesoramiento y adecuación a la legalidad. Examinémoslas por separado.

1. La fehaciencia

Por fehaciencia nos referimos ahora al núcleo duro de la fe pública: la prueba privilegiada de los hechos apreciados directamente por el notario. Es obvio que las nuevas tecnologías amenazan el monopolio de esa fuente reputacional. El blockchain, la firma electrónica, la videoconferencia, etc. constituyen medios tecnológicos que garantizan los hechos materiales con un rigor semejante o superior al notarial y a un precio medio inferior. Si el notario quiere seguir compitiendo en este ámbito tiene, no solo que incorporar esas tecnologías a su labor, sino ofrecerlas de manera complementaria a las otras fuentes reputacionales, de tal manera que unas apoyen a otras. Efectivamente, ese efecto complementario refuerza el valor reputacional de cada parte y, correlativamente, del conjun-

to. El valor del efecto fehaciencia se multiplica cuando se proyecta sobre un documento que se presume legal y sobre el que ha recaído un consentimiento informado. Por eso resulta imprescindible que el regulador, tal como ocurrió históricamente, facilite esa ganancia de eficiencia promulgando los instrumentos normativos necesarios para permitir al Notariado incorporar esas tecnologías –por lo demás ya desarrolladas y existentes– a la autorización de los instrumentos públicos. La actual ausencia de habilitación normativa en España es una rémora poco comprensible desde el punto de vista del Derecho notarial comparado.

2. El control de legalidad

Por control de legalidad nos referimos ahora a la vertiente meramente obstaculizadora de la función. La amenaza deriva no solo de la competencia feroz de otros agentes, sino también de la relativa pérdida de importancia actual de este factor. En primer lugar, no podemos olvidar en este ámbito la concurrencia con otros *gatekeepers* públicos que pretenden ejercer la misma función y para los cuales su conservación es una cuestión de subsistencia de su estatuto corporativo (como los registradores, que carecen de cualquier otra fuente reputacional), y eso aun cuando se realice en situación de desventaja comparativa desde el punto de vista de la eficiencia, al efectuar su control semanas después de haberse consumado el negocio. Pero lo cierto es que incluso el Estado, de manera directa y no a través de sus funcionarios, aparece cada vez más como posible competidor en este ámbito. Basta pensar en los clausulados preordenados y oficialmente aprobados de estatutos sociales en algunas modalidades societarias o en la posibilidad de que puedan extenderse en el futuro a otros ámbitos, como el financiero.

En segundo lugar, no cabe olvidar que el Derecho moderno ha renunciado al control objetivo del objeto principal del contrato, que queda a la libre voluntad de los contratantes y no puede ser declarado abusivo (solo nulo en casos límite o excepcionales). Eso motiva que los operadores fuertes del mercado concentren su interés económico en ese objeto principal en la medida de lo posible (como sería, por ejemplo, elevando el interés remuneratorio si se le obliga al Banco a asumir determinados gastos) y que los jueces reaccionen buscando la recomposición de intereses más por la vía de la transparencia material que por la de la legalidad, como la experiencia reciente ha demostrado. Por todo ello, el control de legalidad obstacu-

lizador amenaza así con convertirse en una función de importancia decreciente centrado en los aspectos accesorios del negocio.

En realidad, es fuera del ámbito negocial donde esta fuente reputacional tiene más recorrido, singularmente en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. La colaboración experta del notario a la hora de tutelar y controlar el cumplimiento de los requisitos legales en estos procedimientos y de emitir los juicios legalmente exigidos, con todo el ahorro de tiempo y costes que ello supone, ha supuesto un enorme incremento de eficiencia en este ámbito.

3. La obtención de datos para las Administraciones

Nos referimos ahora al Índice único y a la Base de Datos de Titular Real. El problema aquí no es solo la competencia de otros operadores (el Registro Mercantil) sino que su impacto reputacional está muy limitado a ciertas Administraciones (básicamente a la Administración Tributaria y la Fiscalía Anticorrupción). Es más, el posible intento de extender sus efectos a la ciudadanía en general (por la vía, por ejemplo, de un acceso general e ilimitado) puede conllevar pérdidas importantes de capital reputacional en otros sectores, debido a la inevitable pérdida de privacidad, que incentive al tráfico a buscar soluciones fuera de control notarial (como sería la transmisión de acciones de la SA, por ejemplo).

4. El asesoramiento y la adecuación a la legalidad

En realidad, esta fuente reputacional, que históricamente ha constituido la esencia del notariado, sigue teniendo peso suficiente para continuar garantizando el valor añadido de la función notarial. Es cierto que sufre la competencia de otros operadores (abogados), aunque con el defecto de su falta de imparcialidad; o también la posible amenaza tecnológica (Big Data, Inteligencia Artificial), pero con muchísima menos presión, al menos a corto plazo. El hecho de que la autorización notarial se produzca “en el momento de la verdad”, es decir, en el momento de la consumación del contrato, permite todavía hoy desarrollar estas funciones de manera idónea y con ventaja frente a cualquier otro posible competidor.

Así, en el ámbito de la contratación en masa, el asesoramiento preventivo ayuda a reducir las asimetrías informativas que caracterizan a este sector y reducen su eficiencia (SCHAFER-OTT). La reciente Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI) ha comprendido la

importancia de ese valor añadido al exigir la formalización del acta previa a la escritura de préstamo hipotecario, cuyo éxito es ya incuestionable, al garantizarse con ella una mejor comprensión de las condiciones financieras y jurídicas y al atribuir un tiempo razonable de reacción en caso de discrepancia, que antes no existía. Con ello el legislador ha sido sensible a la ya mencionada evolución en el incremento de importancia relativa del factor transparencia frente al factor legalidad.

En el ámbito de la contratación individualizada, el diseño contractual particularizado y la adecuación a la legalidad aportan al tráfico grandes dosis de eficiencia. El acervo de experiencia documental condensado en el protocolo notarial constituye un stock de bienes de capital (PAZ-ARES). Es decir, un stock de conocimiento permanentemente actualizado que proporciona servicio durante muchos años en forma de información acerca de problemas contractuales, y que se encuentra apoyado, a los efectos de esa actualización, por la propia institución corporativa notarial.

En consecuencia, el notariado debería apoyar la defensa de las otras fuentes reputacionales en esta principal, que debería fortalecerse aun más. Sin embargo, el problema que plantea el pleno desarrollo de estas potencialidades es de carácter dual. Por un lado, el regulador no termina de sacar provecho de manera decidida a la institución notarial en este ámbito, sin perjuicio de reconocer la importancia en este sentido de la LCCI. En segundo lugar, el diseño institucional de la función notarial no incentiva adecuadamente el desarrollo de esa actividad de asesoramiento y adecuación: recordemos que el régimen retributivo notarial (el arancel) no retribuye el asesoramiento, ni incentiva la adaptación al caso concreto de los estatutos sociales, las salidas para atender a clientes con falta de capacidad física, los testamentos complejos, etc., (actividades de escasa rentabilidad pero de enorme valor reputacional); que el sistema disciplinario es ineficiente; y que la carrera notarial se ha distorsionado permitiendo el acceso de notarios de escasa experiencia a plazas de contratación compleja (y sin pasar por unas oposiciones entre notarios, en consecuencia cada vez menos incentivadas).

Junto con el mencionado tema tecnológico, se trata de cuestiones que la autoridad pública debería tener el máximo interés en solucionar con el fin de seguir manteniendo la elevada eficiencia económica de la institución notarial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARRUÑADA, Benito, *Análisis económico del Notariado*, Consejo General del Notariado, 2000.
- BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, FCE, México, 1996.
- BRANCÓS, Enrique, "Ejecutividad internacional de la escritura", *El Notario del siglo XXI*, nº 37.
- CABRILLO, Francisco, "Análisis económico de la actividad notarial", *Revista Jurídica del Notariado* nº 41, 2002.
- COFFE, John C., *Gatekeepers*, Oxford, 2006.
- DE SOTO, Hernando, *Valor económico de la propiedad formal*, Consejo General del Notariado, 2004.
- FUKUYAMA, Francis, *Political Order and Political Decay*, 2011.
- GARRIDO CHAMORRO, *La función notarial, sus costes y beneficios*, Consejo General del Notariado, 2000.
- KRAAKMAN, Reinier H, "Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy", *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1986), pp. 53-104.
- LE GOFF, Jacques, "Ciudad", en *Diccionario razonado del Occidente medieval*, Akal, 2003.
- PASTOR PRIETO, Santos, *Intervención notarial y litigiosidad civil*, Consejo General del Notariado, 1995.
- PAZ-ARES, Cándido, *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Consejo General del Notariado, 1995.
- PONDÉ, Eduardo, *Origen e historia del Notariado*, Buenos Aires, 1967.
- SCHÄFER, Hans-Bernd, y OTT, Claus, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Tecnos, 1991.
- TENA, Rodrigo, "La doble vertiente obstaculizadora y reputacional del control de legalidad notarial", *Revista Jurídica del Notariado*, nº XII, extraordinario 2012 y "Costes de transacción y fe pública notarial", *Revista Jurídica del Notariado*,
- VALLET, Juan, *Manuales de metodología jurídica, III. De la determinación del Derecho*, Fundación Cultural del Notariado, 2004.

IDENTIFICACIÓN DEL OTORGANTE DE UN INSTRUMENTO PÚBLICO POR EL PERMISO DE CONDUCCIÓN DEL RD 818/2009, DE 8 DE MAYO

Joaquín Serrano Yuste
Notario de Castellón

Resumen: Se trata de determinar si la persona que comparece ante notario a efectos de otorgar cualquier documento puede ser identificada por parte del mismo a través de su permiso de conducir, teniendo así valor identificatorio. Nuestra postura es considerarlo como un documento de identificación, con apoyo en la legislación vigente, la doctrina y la jurisprudencia, la práctica judicial, administrativa, notarial y registral y también en la realidad social; si bien con carácter subsidiario.

Palabras clave: Notario, medios de identificación, DNI, carnet de conducir.

Abstract: The aim is to determine whether the person who appears before a notary for the purpose of executing any document can be identified by the notary through his or her driving licence, thus serving as a means of identification. Our position is to consider it as an identity document, supported by the legislation in force, doctrine and case law, the judicial, administrative, notary and registry practice and also the social reality; albeit subsidiarily.

Key words: Notary, means of identification, Spanish ID card (DNI), and driving licence.

SUMARIO

I. POSICIONES

II. ART. 23 PÁRR. 1º Y 2º LN

1. El notario es el encargado de dar fe
2. Medios supletorios de identificación
3. Datos esenciales

III. OTRA LEGISLACIÓN

1. El RN
2. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
3. El RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
4. RD 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales
5. La Orden INT/1922/2003, de 3 de julio, sobre libros-registro y partes de entrada de viajeros en establecimientos de hostelería y otros análogos
6. RD 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores
7. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo
8. Programa nacional de seguridad para la aviación civil, modificado por acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, según consta en la Resolución de 16 de julio de 2012 de la Secretaría General de Transportes
9. RD Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial
10. Real Casa de la Moneda. Fábrica Nacional de Moneda y Timbre

IV. ÁMBITO EUROPEO

V. DERECHO COMPARADO

VI. DOCTRINA

VII. JURISPRUDENCIA

1. Del Juzgado de lo Mercantil (SJM)
2. De Audiencias Provinciales (SAP)
3. De los Tribunales Superiores de Justicia (STSJ)
4. Del Tribunal Supremo (STS)

VII. REALIDAD SOCIAL Y CONCLUSIONES

VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. POSICIONES

Se trata de determinar si la persona que comparece ante notario a efectos de otorgar cualquier documento puede ser identificada por parte del notario a través de su permiso de conducir.

Tanto la postura positiva como la negativa tienen argumentos de peso.

La postura negativa, con prestigiosa doctrina, se basa tradicionalmente en que su valor se limita exclusivamente a autorizar al titular para conducir vehículos de motor, pero que no tiene valor identificatorio.

En la actualidad se alega el RD-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones(1), que en su art. 1 modifica la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana(2); y en su art. 2 modifica la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica(3).

Este RD-ley establece una regla general de acreditación de la identidad, si bien entendemos que se refiere a las materias que recoge: administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, y las modificaciones que se enumeran en el art. 1 y 2 LO 1/2015, de seguridad ciudadana; y la Ley 59/2003, de firma electrónica, consideramos que no atañe a normas dictadas para otros supuestos que tienen su propia regulación, p. ej. el voto.

Art. 1 RD-ley 14/2019: *"Se modifica el apartado 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que queda redactado en los siguientes términos:*

"1. Los españoles tienen derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad.

El Documento Nacional de Identidad es un documento público y oficial y tendrá la protección que a estos otorgan las leyes. Es el único documento con suficiente valor por sí solo para la acreditación, a todos los efectos, de la identidad y los datos personales de su titular."".

(1) BOE-A-2019-15790.

(2) BOE-A-2015-3442.

(3) BOE-A-2003-23399.

Art. 2 RD-ley 14/2019: *"Se modifica el apartado 1 del artículo 15 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, en los siguientes términos:*

'1. El documento nacional de identidad electrónico es el documento nacional de identidad que acredita electrónicamente la identidad personal de su titular, en los términos establecidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y permite la firma electrónica de documentos.'".

Dice que es el único documento para acreditar por sí solo la identidad y datos personales, datos que no se pueden acreditar con otros documentos en los que no aparecen, como el pasaporte y el permiso de conducción.

Por otro lado, la propia LO 1/2015 excepciona la mención de único en su art. 11, cuando dice en su apartado 1: *"1. El pasaporte español es un documento público, personal, individual e intransferible que, salvo prueba en contrario, acredita la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles fuera de España, y dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de los españoles no residentes.";* y en su art. 13.1: *"Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar y portar consigo la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación regular en España.".*

Nuestra posición es positiva, lo consideramos como un documento de identificación, si bien con un carácter subsidiario. En defensa de esta postura podemos citar legislación, parte de la doctrina, la jurisprudencia, la práctica judicial, administrativa, e incluso la notarial y registral; y también la realidad social, que conforme al art. 3 CC hay que tener en cuenta a la hora de interpretar las normas.

II. ART. 23 PÁRR. 1º Y 2º LN

La norma básica en este tema es el art. 23 párr. 1º y 2º LN, que dice: *"Los notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos."*

Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del Notario, los siguientes:

a) *La afirmación de dos personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del Notario, siendo aquéllos responsables de la identificación.*

b) *La identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de esta última dé fe de conocimiento el Notario.*

c) *La referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas.*

El Notario en este caso responderá de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente.

El cotejo de firma con la indubitada de un instrumento público anterior en que se hubiere dado por el Notario fe de conocimiento del firmante.”.

De donde resulta:

1. El notario es el encargado de dar fe

Que es el notario al que corresponde el dar fe de la identidad de las partes y a partir de ahí realizar el juicio de capacidad. Todo ello bajo su responsabilidad.

RDGRN, de 2 de octubre de 2003(4), que dice: *“En nuestra legislación hipotecaria se le encomienda al Notario la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos, acudiendo a los medios de identificación permitidos por las leyes. El Registrador por su parte debe comprobar que la identidad del otorgante coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro, dados los efectos de la inscripción especialmente en orden a la legitimación y fe pública registral”.*

RDGRN, de 26 de marzo de 2004(5), en el mismo sentido: *“Como ha dicho este centro directivo, en nuestra legislación hipotecaria se encomienda al Notario la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos, acudiendo a los medios de identificación permitidos por las leyes.”.*

RDGRN, de 6 de junio de 2006(6), señaló que *“la identificación del compareciente en un instrumento es la más importante de las calificaciones a que está obligado el Notario”.*

(4) BOE-A-2003-21487.

(5) LA LEY 74654/2004.

(6) BOE-A-2006-12907.

RDGRN, de 5 de junio de 2007 (7), dice: "Al 'dar fe de conocimiento' o 'dar fe de la identidad' de los otorgantes (cfr., respectivamente, artículos 23 y 17 bis de la Ley del Notariado), el Notario no realiza propiamente una afirmación absoluta de un hecho sino que emite un juicio de identidad, consistente en la individualización del otorgante bien por conocerlo el Notario (es decir, por llegar a tener la convicción racional de que es la persona que dice ser y por tal es tenido en la vida ordinaria, de suerte que se trata de un juicio de notoriedad sobre su identidad), o bien por la identificación mediante documentos u otros medios supletorios legalmente establecidos (*comparatio personarum*; así resulta especialmente en algunos supuestos en que el Notario se asegure de la identidad de las partes mediante la verificación subjetiva que comporta un juicio de comparación de la persona del compareciente con los datos, fotografía y firma que figuran en el documento que sirve para su identificación –cfr. apartados "c" y "d" del artículo 23 de la Ley del Notariado).

En todo caso, la denominada fe de conocimiento o fe de identidad de los otorgantes que compete al Notario, aunque se trata de un juicio por éste formulado es un juicio que, por su trascendencia, es tratado por la Ley como si fuera un hecho. Así resulta no sólo de los artículos 1218 del Código Civil y 1 de la Ley del Notariado, sino también del artículo 17 bis, apartado b), de esta última, introducido mediante la Ley 24/2001, según el cual, "Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes".

El juicio sobre la identidad del otorgante que corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad, al Notario queda amparado por una presunción legal sólo susceptible de impugnación en vía judicial. Por ello, el Registrador no puede revisar en su calificación ese juicio que compete al Notario. Cuestión distinta es que la eventual discrepancia entre los datos de identificación que constan en el instrumento y los que figuran en el asiento registral haya de ser calificada por el Registrador como defecto que impida la inscripción. Ahora bien, no es que en cualquier caso de discordancia, por ligera que ésta sea, deba acreditarse al Registrador la identidad del otorgante, sino que, por el contrario, habida cuenta de la especial eficacia que la Ley atribuye a ese juicio notarial sobre dicha identidad y de los limitados medios que el Registrador puede tomar en cuenta al realizar su calificación, conforme al artículo 18 de la Ley

(7) LA LEY 78940/2007.

Hipotecaria, sólo podrán oponerse a la inscripción del título aquellas discrepancias que, respecto de los asientos registrales, tengan suficiente consistencia.", en los mismos términos, las RRDGRN, de 18 de octubre de 2010(8), 17 de agosto de 2011(9) y 21 de marzo de 2016(10).

RDGRN de 15 de febrero de 2017(11), dice: *"Por el valor que la ley atribuye al instrumento público, es presupuesto básico para la eficacia de este la fijación con absoluta certeza de la identidad de los sujetos que intervienen, de modo que la autoría de las declaraciones contenidas en el instrumento quede establecida de forma auténtica, mediante la individualización de los otorgantes. Por ello, el artículo 23 de la Ley del Notariado, como requisito esencial de validez del instrumento público, impone al notario autorizante la obligación de dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos."*

STS, de 18 de diciembre de 2019(12), señala que *"La Dirección General de Registros ha puesto de relieve, de forma reiterada, que en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de octubre de 2003(13), 26 de marzo de 2004(14), 5 de junio de 2007(15), 18 de octubre de 2010(16), 17 de agosto de 2011(17) y 21 de marzo de 2016(18))"*, arriba citadas.

La fe de identidad compete al notario, como apunta ZEJALBO MARTÍN(19), *"aunque se trata de un juicio por este formulado es un juicio que, por su trascendencia, es tratado por la Ley como si fuera un*

(8) LA LEY 195041/2010.

(9) LA LEY 185126/2011.

(10) LA LEY 19425/2016.

(11) BOE-A-2017-2486.

(12) Id Cendoj: 28079120012009100643.

(13) BOE-A-2003-21487.

(14) LA LEY 74654/2004.

(15) LA LEY 78940/2007.

(16) LA LEY 195041/2010.

(17) LA LEY 185126/2011.

(18) LA LEY 19425/2016.

(19) ZEJALBO MARTÍN, J., *"La identificación mediante documentos: el permiso de conducción"*, publicado el 4 de octubre de 2007 y ampliado en 2013. Consultado en: <<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/permisodeconducir.htm>>

hecho". Así resulta de los arts. 1218 CC(20), 1 y 17 bis 2 b) LN, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social(21), que dice: "*b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.*". Destaca que "el juicio sobre la identidad del otorgante que corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad, al Notario queda amparado por una presunción legal sólo susceptible de impugnación en vía judicial".

2. Medios supletorios de identificación

Que como medios supletorios de identificación, a falta del conocimiento directo del notario, fija entre otros:

"*La referencia a carnets o documentos*", lo que claramente establece una pluralidad, no fija concretamente cuáles sean, hace una referencia genérica.

"*con retrato y firma*", que tienen los carnets de conducir en su formato actual.

"*expedidos por las autoridades públicas*", el carnet de conducir está expedido por la Jefatura Provincial de Tráfico (art. 2 párr. 1º Reglamento General de Conductores), que es una autoridad pública.

"*cuyo objeto sea identificar a las personas*", que es el punto susceptible de discusión, puesto que se puede argumentar que el permiso de conducir tiene por objeto autorizar la conducción de vehículos, el tema de si ese es su único objeto o si también sirve para identificar a las personas, es la cuestión debatida.

3. Datos esenciales

El art. 23 LN contiene los datos esenciales de la identificación de una persona: documento expedido por autoridad, con foto y firma y que tenga por objeto identificar a la persona (no pide que ese objeto sea exclusivo o principal).

A estos requisitos, la reforma del art. 23 de la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, añade la acreditación del NIF o del NIE, cuando se trate de actos o contratos con trascen-

(20) RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE-A-1889-4763).

(21) BOE-A-2001-24965.

dencia tributaria. Todos estos requisitos los cumple el DNI, el Pasaporte y el permiso de conducción, cuyo número es el del DNI con la letra correspondiente si el titular es español.

Este dato del permiso de conducción se obtiene de la fotocopia del DNI cotejada con su original al solicitar el permiso de conducción. El art. 8.3 del RD 772/1999, de 7 de mayo (22), establecía que: "[...] *la copia compulsada tendrá la misma validez que el original [...]*"; hoy derogado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (23), que establece lo mismo en su art. 27.2 párr. 2º: "*Las copias auténticas tendrán la misma validez y eficacia que los documentos originales.*"; su reflejo en el permiso es el reconocimiento por la Administración de su atribución al titular.

En consecuencia, la copia del número de DNI con su letra (que es el NIF), contenida en el permiso de conducción, surte el mismo efecto que si se hubiese exhibido el original. Si a esto se le añade que dicho permiso de conducción contiene foto y firma de su titular y ha sido expedido por la autoridad pública, teniendo también objeto de identificar al titular del permiso, reúne el documento los requisitos del art. 23 LN como medio supletorio de identificación.

III. OTRA LEGISLACIÓN

1. El RN

– El art. 156 párr. 5º RN dice: "*La comparecencia de toda escritura indicará:*

5.º La indicación de los documentos de identificación de los comparecientes, a salvo lo dispuesto en el artículo 163. [...] " Habla de "*documentos de identificación*", en plural, lo que significa que estos documentos pueden ser de diferentes tipos.

– El art. 157 párr. 1º RN, dice: "*Las circunstancias identificativas de los otorgantes o comparecientes se harán constar por lo que resulte de los documentos de identidad aportados [...]* ", también habla de "*documentos*", en plural.

– El art. 161 RN, dice: "*Respecto de españoles la nacionalidad y su identidad se acreditarán por el pasaporte o el documento nacional de identidad [...]. Respecto de extranjeros residentes en territorio nacional, su nacionalidad e identidad se acreditará mediante*

(22) BOE-A-1999-11499.

(23) BOE-A-2015-10565.

pasaporte o permiso de residencia expedido por autoridad española. Por último, respecto de extranjeros no residentes su nacionalidad e identidad se acreditará mediante pasaporte o mediante cualquier otro documento oficial expedido por autoridad competente de su país de origen que sirva a efectos de identificación, lo que se certificará en caso de duda por la autoridad consular correspondiente.

En todo caso, el documento utilizado deberá contener fotografía y firma del otorgante.”, fotografía y firma que tiene el carnet de conducir. En este art. hay que fijarse en la expresión “*en todo caso*”, tal como indica ZEJALBO MARTÍN.

Interpreta el art. 161 RN con un carácter enunciativo, “apoyándonos en la doctrina jurisprudencial que afirma que el reglamento ha de ser interpretado conforme a Ley y que al expresar el párr. final del art. 161, en punto y aparte” “*en todo caso*”, se está refiriendo no solo a los documentos extranjeros que se utilicen, pues en este supuesto se hubiese puesto en punto y seguido o a continuación de su mención”, y lo hubiera especificado. “Tampoco es aplicable exclusivamente a los supuestos comprendidos en el art. 161, pues para ello hubiera bastado decir “en todos los casos anteriores” o expresión similar, innecesario para los documentos españoles citados en el párr. primero”.

“La locución adverbial “en todo caso”, conforme al Diccionario de la Real Academia equivale a expresar “sea lo que sea”, es decir, a todos los casos que se pueda presentar”, por lo que el precepto está abierto a otras posibilidades distintas del pasaporte y del DNI. Al utilizar el singular en la locución “no se está remitiendo en concreto a los supuestos anteriores, para ello hubiese utilizado el plural, se está refiriendo a cada uno de los casos que se puedan presentar, es decir, a todos”.

Todo ello supone que el precepto ha de ser interpretado en un sentido meramente enunciativo y no limitativo, y por tanto, no excluye el permiso de conducción.

En caso contrario, se daría la paradoja de que los extranjeros no residentes pueden acreditar su identidad mediante cualquier otro documento oficial expedido por la autoridad competente de su país de origen que sirva a efectos de identificación, lo que sucede con el permiso de conducción en numerosísimos países como luego veremos; de modo que ellos sí podrían utilizar en España su permiso de conducción como medio de identificación y los españoles no, sería un supuesto flagrante de discriminación prohibida por la CE.

Reconocido legalmente en España por el RN y la normativa reglamentaria que desarrolla la legislación sobre el blanqueo de capitales

el valor identificador de la persona de los documentos admitidos con tal fin por las legislaciones de los países extranjeros, y por tanto el permiso de conducción reconocido con dicha función identificadora por los respectivos Estados, sería incoherente no admitir también el permiso de conducción español como medio de identificación, y más al tratarse de permisos de países comunitarios, cuando tanto en España como en distintos Estados que, en su caso, lo permiten, el permiso obedece en su regulación a la misma norma comunitaria.

Además, el art. 161 RN "es un desarrollo Reglamentario del art. 23 LN, debiendo ser interpretado en conexión con la Ley para encontrar su sentido. En el precepto hay una clara influencia del art. 3.2 del RD 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, modificado por el RD 54/2005, de 21 de enero, que desarrolla el art. 3.1 de dicha Ley en cuanto a la obligación de identificar: *"cuando el cliente sea persona física deberá presentar documento nacional de identidad, permiso de residencia expedido por el Ministerio de Justicia e Interior, pasaporte o documento de identificación válido en el país de procedencia que incorpore fotografía de su titular"*.

Por el principio de la presunción de la legalidad de la actuación administrativa y por el del ejercicio de la potestad reglamentaria, podemos considerar que el permiso de conducción, medio de identificación no prohibido por la LN en su art. 23, al contener retrato, firma, estando expedido por la Autoridad Pública con el fin de identificar a su titular, tampoco debe estar prohibido por el art. 161 RN, que si bien no lo menciona literalmente tampoco lo excluye, cabiendo interpretar el precepto por razones gramaticales, no en un sentido limitativo sino enunciativo". Esta interpretación "es la que más se acomoda a la exigencia de respetar el principio que prohíbe a la Administración y, por ende, a sus funcionarios, ir contra sus propios actos en situaciones de legalidad.

La STS, de 12 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso - Administrativo, sección 6ª, dice: *"al igual que los jueces debemos siempre de optar por una interpretación de las Leyes secundum constitutionem, dado que hay una presunción de constitucionalidad de las leyes, también hemos de buscar una interpretación de los reglamentos que sea conforme a Ley, porque la actuación de la Administración así debe presumirse (artículo 103.1 de la Constitución Española)"*.

La finalidad de la Ley se cumple en el permiso de conducción, por lo tanto, el Reglamento no puede ser excluyente.

– El art. 187 RN, dice: *"La identidad de las personas podrá constar al Notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo veintitrés de la Ley.*

Cuando la identificación se haga con referencia a carnets o documentos de identidad con fotografía, pero sin firma, en los que conste la huella digital, el Notario exigirá que ésta se imponga en el instrumento.

La fe de conocimiento afecta a la identidad del otorgante [...]". Al referirse a carnets o documentos de identidad, vuelve a usar el plural y claramente da cobertura a otros diferentes del DNI.

– El art. 190 párr. 1º y 2º RN, dice: *"En los casos del párrafo tercero del artículo 23 de la Ley, cuando a un Notario le sea imposible dar fe de conocimiento de los otorgantes por no conocerlos, ni puedan éstos presentar testigos de conocimiento, lo expresará así en la escritura y en ella reseñará los documentos que le presenten para identificar su persona.*

Tendrán entre éstos preferencia los carnets y demás documentos de identidad que estén expedidos por el Estado."

Reitera otra vez más la expresión carnets y demás documentos de identidad, con lo que vale todo lo dicho anteriormente.

2. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (24)

Su art. 85.1 dice: *"El derecho a votar se acredita por la inscripción en los ejemplares certificados de las listas del censo o por certificación censal específica y, en ambos casos, por la identificación del elector, que se realiza mediante documento nacional de identidad, pasaporte o permiso de conducir en que aparezca la fotografía del titular o, además, tratándose de extranjeros, con la tarjeta de residencia"*. Explícitamente considera el permiso de conducir como documento de identificación y de modo indiscutible.

3. El RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (25)

El art. 38.1 6º, respecto a la constancia de la identidad de las personas físicas extranjeras, dice: *"1. Cuando haya de hacerse constar*

(24) BOE-A-1985-11672.

(25) BOE-A-2003-13865.

en la inscripción la identidad de una persona física, se consignarán los siguientes datos:

6º *Documento nacional de identidad. Tratándose de extranjeros, se expresará el número de identificación de extranjeros, el de su pasaporte, el de su tarjeta de residencia o de cualquier otro documento legal de identificación, con declaración de estar vigentes*". A lo que sería aplicable todo lo dicho respecto al supuesto del art. 161 RN en caso similar.

4. RD 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales(26)

El art. 32.1 párr. 3º establece: "*El destinatario o la persona autorizada que se haga cargo del envío postal tendrá que identificar su personalidad, ante el empleado del operador postal que efectúe la entrega, mediante la exhibición de su documento nacional de identidad, pasaporte, permiso de conducción o tarjeta de residencia, salvo notorio conocimiento del mismo.*". Tenemos aquí otra norma legal que reconoce específicamente la capacidad de identificar del permiso de conducción.

5. La Orden INT/1922/2003, de 3 de julio, sobre libros-registro y partes de entrada de viajeros en establecimientos de hostelería y otros análogos(27)

Establece en el Anexo que se admiten como medios para acreditar la identidad de los españoles el Documento Nacional de Identidad, el pasaporte o permiso de conducir.

6. RD 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores

En su Anexo I a) exige que el permiso de conducción conste de fotografía y firma del titular.

(26) BOE-A-1999-24919.

(27) BOE-A-2003-13865.

ZEJALBO MARTÍN(28) señala que dicha función identificadora ha sido reconocida expresamente en este RD 818/2009, exigiendo en el Anexo III, dentro de la documentación precisa para obtener las distintas autorizaciones para conducir, *"una fotografía reciente del rostro del solicitante de 32 por 36 mm y con fondo claro y uniforme, tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de colores oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona"*. En el Anexo I también se exige la firma del titular, que habrá de figurar en el permiso. El requisito de las características de la foto es exactamente igual al previsto en el RD 1586/2009, de 16 de octubre, para la expedición del DNI, y explícitamente habla de la identificación de la persona.

Al exigir que la foto del permiso de conducción posibilite la identificación de la persona, la disposición normativa le está reconociendo expresamente una función identificadora que no tendría si careciese de foto y firma. Además es un documento oficial, cuya expedición por la Administración implica su conformidad en que la persona a la que se refiere el permiso es el titular del DNI que en el documento consta, así como que la foto y la firma le pertenecen, pudiendo co-tejarla con anterioridad a su expedición".

7. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo(29)

El art. 3.2 dice: *"Con carácter previo al establecimiento de la relación de negocios o a la ejecución de cualesquiera operaciones, los sujetos obligados comprobarán la identidad de los intervinientes mediante documentos fehacientes. En el supuesto de no poder comprobar la identidad de los intervinientes mediante documentos fehacientes en un primer momento, se podrá contemplar lo establecido en el artículo 12, salvo que existan elementos de riesgo en la operación."*

Reglamentariamente se establecerán los documentos que deban reputarse fehacientes a efectos de identificación."

El RD 304/2014, de 5 de mayo, aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y

(28) ZEJALBO MARTÍN, J., "El permiso de conducción como documento de identificación de los extranjeros", publicado el 20 de junio de 2010. Consultado en: <<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-permisodeconducirextranjeros.htm>>

(29) BOE-A-2010-6737.

de la financiación del terrorismo(30), y recoge en su 6.1 a) la consideración de qué documentos tienen carácter de fehacientes.

El art. 6.1 a) dice: "*1. Se considerarán documentos fehacientes, a efectos de identificación formal, los siguientes:*

a) Para las personas físicas de nacionalidad española, el Documento Nacional de Identidad. [...]

Excepcionalmente, los sujetos obligados podrán aceptar otros documentos de identidad personal expedidos por una autoridad gubernamental siempre que gocen de las adecuadas garantías de autenticidad e incorporen fotografía del titular."

Habla de otros documentos en plural (por lo que no es solo el pasaporte), y sin especificar.

8. Programa nacional de seguridad para la aviación civil, modificado por acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, según consta en la Resolución de 16 de julio de 2012 de la Secretaría General de Transportes

Sostiene ZEJALBO MARTÍN que conforme al apartado 4.1.4 del apartado IV, "la identificación por el carné de conducir, junto al DNI o el pasaporte no necesariamente en vigor, está permitida en los vuelos internos para los pasajeros nacionales, para los pasajeros que pertenezcan al ámbito UE/Schengen o de terceros países, siempre que el carné haya sido expedido en España".

Cabe destacar la Resolución de 1 de febrero de 2019, de la Secretaría General de Transporte, por la que se aprueba la actualización de la parte pública del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil, dictada en relación con la Resolución de 16 de julio de 2012; en cuanto a la identificación mantiene los mismos criterios.

9. RD Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial(31)

Hay que recordar que la Disposición final segunda sobre habilitaciones normativas, del RD Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, señala que: "*2. Asimismo se habilita específicamente al Gobierno:*

(30) BOE-A-2014-4742.

(31) BOE-A-2015-11722.

g) para establecer el formato del permiso o licencia de conducción integrado en el documento nacional de identidad del conductor en el momento que técnicamente sea posible [...]”.

Lo que nos señala que en un futuro próximo estará integrado el permiso de conducción en el DNI.

10. Real Casa de la Moneda. Fábrica Nacional de Moneda y Timbre

Dice en su web(32): “Documentos de Identificación.

La FNMT-RCM es responsable de la fabricación de documentos fundamentales en la vida del ciudadano que garantizan su identidad y le reconocen aptitudes y derechos. La autenticidad de estos documentos y la confidencialidad de los datos es fundamental en un estado de derecho. Fabricar documentos protegidos contra la falsificación y manipulación, producidos en un entorno seguro, con la máxima garantía y calidad, es una de las actividades características de la FNMT-RCM.

La FNMT-RCM está encargada de la producción de la mayoría de los documentos de identificación que necesita el ciudadano:

- El Documento Nacional de Identidad
- La Tarjeta de Extranjería
- El Permiso de Conducir
- El Pasaporte Español
- El Visado “Schengen”
- El Permiso de Residencia de la UE
- Documentos de Viaje”.

V. ÁMBITO EUROPEO

En el ámbito europeo cabe destacar:

– La Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción(33), modificada por la Directiva 96/47/CE del Consejo de 23 de julio de 1996(34); derogada por la

(32) <<http://www.fnmt.es/identificacion>>.

(33) Document 31991L0439 <<http://data.europa.eu/eli/dir/1991/439/oj>>.

(34) Document 31996L0047 <<http://data.europa.eu/eli/dir/1996/47/oj>>.

Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006 , sobre el permiso de conducción(35).

– La STJ de las Comunidades Europeas, Sala Primera, de 17 de febrero de 2005, Asunto C-215/2003 falla expresamente que “*el artículo 4, apartado 2, párrafo 3, de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios, debe interpretarse en el sentido de que el derecho de estancia de un destinatario de servicio nacional de otro Estado miembro no puede estar supeditado a la presentación por dicho nacional de un documento de identidad o un pasaporte válido si su identidad y nacionalidad puede probarse inequívocamente por otros medios*”. En la Sentencia se afirma por el Tribunal que “*la verosimilitud de la identidad*” se podía haber acreditado en el caso concreto de la sentencia, incluso con un permiso de conducir.

– La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 , relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo(36), derogada por la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, que en el art. 8.1 a) establece: “*1. Las medidas de diligencia debida con respecto al cliente comprenderán las actividades siguientes:*

a) *la identificación del cliente y la comprobación de su identidad sobre la base de documentos, datos o informaciones obtenidas de fuentes fiables e independientes;*”.

– Reglamento (UE) 2015/1998 de la Comisión, de 5 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas detalladas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea(37), dispone que “*Se comprobará la integridad de todo el personal contratado que tenga acceso a la carga o el correo aéreos. Esta com-*

(35) Document 32006L0126 <<http://data.europa.eu/eli/dir/2006/126/oj>>.

(36) Document 32005L0060 <<http://data.europa.eu/eli/dir/2005/60/oj>>.

(37) DOUE-L-2015-82270.

probación incluirá, al menos, la verificación de la identidad (mediante una tarjeta de identidad, permiso de conducir o pasaporte con fotografía, en su caso) y el examen del currículum vitae o las referencias aportadas.”, “Todo conductor llevará un documento de identidad, pasaporte, permiso de conducir u otro documento equivalente que contenga una fotografía suya, documento expedido o reconocido por las autoridades nacionales correspondientes.”; y “6.3.2.2. La persona que entregue los envíos al agente acreditado o compañía aérea presentará un documento de identidad, pasaporte, permiso de conducir u otro documento que incluya una fotografía suya y que haya sido expedido o reconocido por la autoridad nacional correspondiente. Esa tarjeta o documento se utilizará para establecer la identidad de la persona que entrega los envíos.”.

– La Nota Informativa de la Comisión Europea, de 18 de enero de 2013 (38), declara expresamente que “un permiso de conducción no solamente permite acceder a todo tipo de vehículos en muchos países de la UE, sino que también puede utilizarse como documento de identificación. Por tanto, la protección contra el fraude es un importante motivo de preocupación. Es casi imposible falsificar el nuevo permiso, que está respaldado por un sistema europeo de intercambio electrónico de datos, con el que se facilitará la gestión de los permisos de conducción por parte de las administraciones y se contribuirá a una mejor detección de los fraudes en este ámbito”.

– La web del Parlamento Europeo lo admite para acreditar la identidad en las visitas al mismo.

VI. DERECHO COMPARADO

La situación internacional varía enormemente en cada país. En algunos no existe DNI, en otros no es obligatorio; pero en todos ellos existe permiso de conducción, que tiene un valor de identificación indubitado: en Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Irlanda, Australia, y en la práctica totalidad de los países anglosajones. También en Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Finlandia, Noruega, Letonia, Dinamarca, Hungría, Serbia, Alemania, Portugal, Suiza, Austria, Italia, Estonia, República Checa, Liechtenstein, Mónaco, Andorra, San Marino, Grecia...

(38) COMISIÓN EUROPEA, “Nota informativa. Un nuevo permiso de conducción europeo para incrementar la seguridad y la libre circulación”, 18 de enero de 2013. Consultado en: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_13_10>.

ZEJALBO MARTÍN (39) indica que “la conclusión que se obtiene de lo expuesto en este apartado es que el permiso de conducción es título idóneo de identificación en la generalidad de los Estados más representativos de la Unión Europea a los efectos de la legislación represora del blanqueo de capitales”, y, por lo tanto, es utilizable en España a tenor del art. 6.1 a) del RD 304/2014, de 5 de mayo (40); cuando se trate de no residentes, cuyo Estado de origen admita como medio de identificación el permiso de conducción.

VII. DOCTRINA

Podemos citar los numerosos trabajos que sobre el tema publicó nuestro añorado compañero Joaquín ZEJALBO MARTÍN, en <notarios-registradores.com>: “La identificación mediante documentos: el permiso de conducción” (41), “La identificación mediante el permiso de conducción” (42), “El permiso de conducción como documento de identificación de los extranjeros” (43) y “Últimas noticias sobre el permiso de conducir como medio de identificación” (44).

(39) ZEJALBO MARTÍN, J., “La identificación mediante documentos: el permiso de conducción”, cit.

(40) Art. 6.1 a) RD 304/2014: “[...] Para las personas físicas de nacionalidad extranjera, la Tarjeta de Residencia, la Tarjeta de Identidad de Extranjero, el Pasaporte o, en el caso de ciudadanos de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, el documento, carta o tarjeta oficial de identidad personal expedido por las autoridades de origen. Será asimismo documento válido para la identificación de extranjeros el documento de identidad expedido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para el personal de las representaciones diplomáticas y consulares de terceros países en España.

Excepcionalmente, los sujetos obligados podrán aceptar otros documentos de identidad personal expedidos por una autoridad gubernamental siempre que gocen de las adecuadas garantías de autenticidad e incorporen fotografía del titular.”

(41) ZEJALBO MARTÍN, J., “La identificación mediante documentos: el permiso de conducción”, cit.

(42) ZEJALBO MARTÍN, J., “La identificación mediante el permiso de conducción: Comentarios a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de octubre de 2008, Recurso 340/2008, PENAL; su relación con la legislación de extranjería y con la legislación relativa al blanqueo de capital”, publicado el 29 de marzo de 2009. Consultado en: <<https://www.notarios-registradores.com/doctrina/ARTICULOS/2009-permisodeconducir.htm>>

(43) ZEJALBO MARTÍN, J., “El permiso de conducción como documento de identificación de los extranjeros”, cit.

(44) ZEJALBO MARTÍN, J., “Últimas noticias sobre el permiso de conducir como medio de identificación”, publicado el 12 de noviembre de 2013.

Destaca ZEJALBO MARTÍN (45) que “el permiso de conducir puede ser considerado como documento de identificación, al no exigir la legislación civil y notarial que los documentos utilizados tuviesen dicho objeto con carácter exclusivo. El permiso de conducir al contener foto y firma permite identificar a la persona del conductor, y habida cuenta de su generalización, en España hay más de veinte millones de permisos expedidos, la legislación sectorial le atribuye expresamente valor identificador, estando admitido así en la práctica judicial y administrativa”.

– Eduardo LLAGARIA (46), maestro de notarios y en particular mío, dice que “el permiso permite identificar, estando plastificada la foto y la firma”, y afirma que “la jurisprudencia lo ha admitido como medio de identificación”.

– Martínez ESPÍN (47), catedrático de derecho civil, “da por su puesta la utilización del permiso de conducir plastificado en la forma actual como medio de identificación del testador, por tener como objeto la identificación de la persona y haber sido expedido por la autoridad pública, conteniendo foto y firma.”.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ (48), notario, “escribe que no comparte la opinión de los autores que dicen que no es aconsejable la utilización del permiso de conducción, considerándolo un medio de identificación más, citando en este sentido las SSTs 1004/2005, de 14 de septiembre, y 1078/2005, de 22 de septiembre y la SAP de Madrid de 31 de octubre de 2008, y la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, sobre el permiso de conducción”.

Consultado en; <<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-permiso-de-conducir-ultimas-noticias.htm>>

(45) ZEJALBO MARTÍN, J., “Últimas noticias sobre el permiso de conducir...”, cit.

(46) LLAGARIA, E., “Tema 9. Partes en que suele dividirse el instrumento público. Menciones preliminares a la comparecencia. La comparecencia: contenido y requisitos de la misma. Reseña de circunstancias personales. Identificación de los comparecientes y fe de conocimiento. Circunstancias a que se extiende y medios de identificación”, Derecho notarial, ed. Colegio Notarial de Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

(47) MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Comentario al art. 685 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Comentarios al Código Civil, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5281.

(48) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., Tratado de derecho de sucesiones, Madrid, 2013, p. 117.

GONZÁLEZ PÉREZ(49), dice que "el permiso de conducción puede ser considerado como un documento público administrativo de exhibición, con una función de identificación personal de carácter especial." (50).

VIII. JURISPRUDENCIA

En cuanto a la **jurisprudencia**, destacaremos las siguientes sentencias:

1. Del Juzgado de lo Mercantil (SJM)

– SJM 1 de Bilbao, de 14 de junio de 2013(51), en la que una compañía aérea tuvo que indemnizar al cliente por la negativa a admitir como medio de identificación para el embarque el carnet de conducir.

– SJM 5 de Madrid, de 30 de septiembre de 2013(52), que declara nula la cláusula de una compañía aérea en la que se indicaba que el permiso de conducir no se aceptará como documento válido.

2. De Audiencias Provinciales (SAP)

– SAP de Toledo, de 28 de marzo de 2001, dice que: *"el permiso de conducir [...] no sólo constituye documento oficial sino que también es, subsidiariamente, instrumento de identificación de la persona a cuyo favor se otorga"*.

– SAP de Zaragoza, de 11 de marzo de 2004(53), que dice: *"El acusado [...] fue identificado por el carnet de conducir que portaba"*.

– SAP de Valencia, de 1 de junio de 2005(54), que dice: *"no cabe discutir el interés legítimo del Estado en la correcta identificación de cualquier persona y en especial de los extranjeros residentes en España, por lo que la falsificación de un pasaporte no es ajena a nuestra jurisdicción [...]"*

(49) GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Comentario al art. 46", Comentarios a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

(50) ZEJALBO MARTÍN, J., "La identificación mediante el permiso de conducción", cit.

(51) LA LEY 123080/2013.

(52) LA LEY 157963/2013.

(53) Id Cendoj: 50297370032004100137.

(54) Id Cendoj: 50297370032004100137.

Lo mismo cabe decir con respecto a un permiso de conducir falso proveniente de país extranjero, porque mediante el mismo es posible la identificación de su titular, de igual modo que ocurre con un pasaporte o con una tarjeta o carnet de identidad.”

– SAP de Madrid, de 31 de octubre de 2008 (55). Es clara con el tema, argumenta sobre la función identificadora que tiene en nuestro derecho el permiso de conducir: *“Al respecto señalar que con la comisión de este tipo de delitos se está causando un perjuicio al interés del Estado español por tratarse de un documento que puede tener funciones de identificación al quedar ésta comprometida con dicha falsedad.*

Por tanto, es preciso determinar si un permiso de conducir español tiene o no esa cualidad de identificar a su titular a lo que de antemano debemos responder afirmativamente tal y como así lo ha venido entendiendo tanto nuestro ordenamiento jurídico como la CEE.

Es decir, el permiso de conducir vehículos a motor es según reiterada jurisprudencia (por todas SSTs 1004/ 2005, de 14 de septiembre, y 1078/2005, de 22 de septiembre) un documento oficial, tanto por la emisión reservada a organismos oficiales, como por la autorización, como concesión administrativa, para la conducción de vehículos a motor, de suerte que uno de los objetivos de los tratados fundacionales del Derecho Comunitario es la implantación de un modelo único por cuanto afecta a la libre circulación de las personas.

En este caso, si bien se trata de documentos oficiales que permiten conducir un vehículo, hay que sopesar que también permiten identificar al conductor. [...]

Por mencionar algunos ejemplos en los que se considera que el permiso de conducir vehículos a motor tiene carácter de identificación, la Directiva 91/439/CEE, de 29 de julio de 1991 del Consejo sobre el permiso de conducción, modificada por la Directiva 96/47 / CE del Consejo de 23 de julio 1996, motivó la reforma que sobre la materia supuso el Real Decreto 1598/2004, de 2 de julio, por el que se modificó el Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo. [...]

Precisamente la utilización del permiso de conducir como medio de identificación para abrir cuentas y reservar vuelos (entre otros) aconsejó que debería retirarse paulatinamente el modelo comunitario de permiso de conducción en papel [...] y solo deberían emitirse

(55) Id Cendoj: 28079370152008100510.

permisos de conducción cuyo formato sea el de una tarjeta de plástico del tipo de las de crédito, que ya se utilizan en algunos países de la Unión Europea (informe de 3 de febrero de 2005 de la Comisión de Transporte y Turismo de la Unión Europea sobre la propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al permiso de conducción).

Con ello se llegó al acuerdo político de 27 de marzo de 2006 en el Consejo de Ministros de la Unión Europea, por el que se informó que con la nueva regulación del permiso de conducción europeo se contribuirá a prevenir el fraude cuando los permisos de conducción se utilicen como documentos de identificación.

Actualmente el Derecho Comunitario está contenido en la Directiva 2006/126 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, sobre el permiso de conducción (Refundición), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de diciembre de 2006, que derogó todas las Directivas anteriores.

Por esta razón de poder identificar a su titular, la segunda Directiva citada exigió entre otros extremos que en el permiso de conducir deberán figurar el nombre y apellido del titular, fecha y lugar de nacimiento, fecha de expedición del permiso, designación de la autoridad que lo expide, el número de permiso, fotografía y firma del titular.

Por otro lado, el artículo 85 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General que nos dice que "la identificación del elector, se realizará mediante Documento Nacional de Identidad, pasaporte o permiso de conducir, en que aparezca la fotografía del titular o, además, tratándose de extranjeros, con la tarjeta de residencia".

La identificación por medio del permiso de conducción es normalmente admitida en la práctica judicial. La Ley de Enjuiciamiento Civil no regula directamente la cuestión. La Ley de Enjuiciamiento Criminal proporciona un margen de libertad en la admisión de medios de identificación, cuando al regular la denuncia en el artículo 268 dispone que se hará constar por la cédula personal o por otros medios que reputa suficiente el Juez o Tribunal o funcionario la identidad de la persona del denunciador. Igualmente, el artículo 373 dispone que si se "originase alguna duda sobre la identidad del procesado, se procurará acreditar ésta por cuantos medios fueren conducentes al objeto". [...] La legislación procesal es derecho supletorio de las normas administrativas de procedimiento.

En definitiva, es la propia Administración la que al expedir el permiso de conducir le está otorgando un carácter identificador pues efectivamente identifica al conductor, pues ya sea español

ya extranjero residente le está atribuyendo el mismo número del dni o nie, lo que pone de manifiesto que su expedición implica la conformidad de que la persona a la que se refiere el permiso es el titular del dni o nie que en el documento consta, así como que la foto y la firma le pertenece [...]

De todo lo expuesto no cabe sino concluir diciendo que el permiso de conducción es un documento con retrato y firma expedido por la autoridad pública que identifica a la persona del conductor y que nuestro ordenamiento lo admite literalmente en diversos supuestos, como los ya expuestos, como medio de identificación, habiendo reconocido la jurisprudencia y doctrina dicha función identificatoria, aunque sea de forma subsidiaria.

Sentado lo anterior y despejada pues toda duda acerca del carácter que el permiso de conducir tiene para identificar a su titular, es precisamente por tener esta segunda función por lo que afecta directamente al interés del Estado español que no es otro que identificar no sólo a sus ciudadanos sino también a aquellos extranjeros que se encuentren en su territorio o pretendan llegar al mismo a través de sus fronteras.

Por tanto y por afectar al interés del Estado, ante su falsedad nos hallamos frente a un ilícito penal y no administrativo”.

En cuanto a que la expedición implique *“la conformidad de que la persona a la que se refiere el permiso es el titular del dni o nie que en el documento consta, así como que la foto y la firma le pertenece”*, ZEJALBO MARTÍN (56) añade que *“una vez explicitada por la Administración dicha aseveración mediante la expedición del permiso de conducción, no puede ser negada o ignorada por dicha Administración ni por ninguno de sus funcionarios, entre ellos el Notario, profesión oficial y órgano de la jurisdicción voluntaria, pues se incurriría, en este caso, en un inadmisibles venir contra sus propios actos, principio general del derecho reconocido jurisprudencialmente.”*

– SAP de Zaragoza, de 6 de febrero de 2009 (57), en la que se reconoce que el permiso de conducción tradicionalmente ha servido como documento de identificación.

– SAP de Madrid, de 4 de mayo de 2009 (58), en la que se hace constar: *“y el carné de conducir, además de la potencialidad que tiene a los efectos de identificar a su titular al ser un documento*

(56) ZEJALBO MARTÍN, J., “La identificación mediante el permiso de conducción”, cit.

(57) Id Cendoj: 50297370032009100069.

(58) Id Cendoj: 28079370012009100311.

oficial que contiene su fotografía y datos personales, como indica la sentencia del Tribunal Supremo 1090/2005 de 15 de septiembre”.

– SAP de Navarra, de 26 de mayo de 2009(59), que ante: *“un permiso de conducción internacional de Luxemburgo, a su nombre y con su fotografía, que era falso, [...] el indicado documento, aún siendo extranjero, conserva el carácter oficial que tuviera en su país de origen, y puede surtir efectos jurídicos aquí, [...] pues dicho permiso permite circular por España [...] y [...] además puede ser usado para identificación personal.”.*

– SAP de Vizcaya, de 13 de julio de 2009(60), citando la STS, de 14 de septiembre de 2005(61), que señala que hay que tener en cuenta que *“entre las funciones del documento, aunque no sea la esencial se encuentra la de acreditar la identidad del titular del permiso”.*

– SAP de Lleida de 21 de diciembre de 2009(62), en la que se constata que *“tampoco puede negarse la potencialidad identificadora de un permiso de conducir ya que se trata de un documento oficial que contiene una fotografía y datos personales”.*

– SAP de Madrid, de 30 de diciembre de 2009(63), en la que se reproduce una frase de la STS, de 5 de abril de 2006: *“el permiso de conducir también permite identificar al conductor”.* Dice que *“Es la propia Administración la que al expedir el permiso de conducir le está otorgando un carácter identificador, ya sea español ya extranjero residente le está atribuyendo el mismo número de DNI o NIE, lo que pone de manifiesto que su expedición implica la conformidad de que la persona a la que se refiere el permiso es el titular del DNI o NIE que en el documento consta, así como que la foto y la firma le pertenece [...] Por ello al tener el carácter de poder identificar a su titular es por lo que afecta al interés del Estado Español, que no es otro que identificar no sólo a sus ciudadanos sino a los extranjeros que se encuentren en su territorio”.*

– SAP de Barcelona, de 19 de enero de 2010(64).

– SAP de Valencia, de 21 de enero de 2010(65), dice que: *“no existe duda alguna que el permiso de conducir es un documento oficial”.*

(59) Id Cendoj: 31201370012009100195.

(60) Id Cendoj: 48020370022009100372.

(61) Id Cendoj: 28079120012005101014.

(62) Id Cendoj: 25120370012009100502.

(63) Id Cendoj: 28079370022009100999.

(64) Id Cendoj: 08019370072010100052.

(65) Id Cendoj: 46250370022010100027.

- SAP de Madrid, de 22 de enero de 2010(66).
- SAP de Madrid, de 4 de febrero de 2010(67), en la que se reconoce que *"el permiso de conducir tiene la cualidad de identificar a su titular, por cuanto contiene su fotografía y datos personales y que la identificación por medio del permiso de conducción está admitida tanto en la práctica judicial como en la administrativa"*.
- SAP de Almería, de 22 de febrero de 2010(68), dice que *"Una puesta al día en las resoluciones del TS viene a señalar, para los pasaportes (sin que haya razón, respecto al extremo que nos ocupa, para diferenciarlos de otras cartas de identidad, como permisos de conducir)"*, por lo que lo denomina carta de identidad.
- SAP de Madrid, de 25 de abril de 2011(69), indicó *"que hubiere podido reforzar la identidad de la otorgante ([por] posesión del libro de familia, pasaporte, carnet de conducir, tarjeta sanitaria, tarjeta de crédito, etc.)"*.
- Destaca ZEJALBO MARTÍN(70) que es un tribunal civil que *"reconoce valor identificador al permiso de conducción, aunque sea con un carácter complementario"*.
- SAP de Madrid, de 5 de febrero de 2013.
- SAP de Toledo, de 26 de julio de 2013(71), que respecto a poder acreditar la identidad ante los juzgados y tribunales, se refiere a *"mediante la exhibición de su DNI o cualquier otro documento de identificación similar tal fin"*.
- SAP de Albacete, de 30 de junio de 2014(72), dice: *"la falsedad de uso del permiso de conducir británico, precisamente por el carácter que dicho documento tiene para identificar a su titular, viene a suponer, en definitiva, una utilización en perjuicio de tercero, que lo es el Estado español al afectar a sus intereses"*.
- SAP de Zamora, de 26 de enero de 2017(73), dice: *"Un permiso de conducir español tiene la cualidad de identificar a su titular tal y como así lo ha venido entendiendo tanto nuestro ordenamiento jurídico como la CEE."*

(66) Id Cendoj: 28079370292010100022.

(67) Id Cendoj: 28079370292010100069.

(68) Id Cendoj: 04013370022010100029.

(69) Id Cendoj: 28079370092011100188.

(70) ZEJALBO MARTÍN, J., "Últimas noticias sobre el permiso de conducir...", cit.

(71) LA LEY 144163/2013.

(72) LA LEY 86039/2014.

(73) LA LEY 13938/2017.

El permiso de conducir vehículos a motor, [...] es según reiterada jurisprudencia (por todas SSTs 1004/ 2005, de 14 de septiembre, y 1078/2005, de 22 de septiembre(74)) un documento oficial, tanto por la emisión reservada a organismos oficiales, como por la autorización, como concesión administrativa, para la conducción de vehículos a motor [...]

En este caso, si bien se trata de documentos oficiales que permiten conducir un vehículo, hay que sopesar que también permiten identificar al conductor. [...]

La identificación por medio del permiso de conducción es normalmente admitida en la práctica judicial. La Ley de Enjuiciamiento Civil no regula directamente la cuestión. La Ley de Enjuiciamiento Criminal proporciona un margen de libertad en la admisión de medios de identificación, cuando al regular la denuncia en el artículo 268 dispone que se haga constar por la cédula personal o por otros medios que reputa suficiente el Juez o Tribunal o funcionario la identidad de la persona del denunciador. Igualmente, el artículo 373 dispone que si se "originase alguna duda sobre la identidad del procesado, se procurará acreditar ésta por cuantos medios fueren conducentes al objeto". El artículo 762.7 expone que "en la declaraciones se reseñará el documento nacional de identidad de las personas que las presten". La legislación procesal es derecho supletorio de las normas administrativas de procedimiento.

En definitiva, es la propia Administración la que al expedir el permiso de conducir le está otorgando un carácter identificador pues efectivamente identifica al conductor, pues ya sea español ya extranjero residente le está atribuyendo el mismo número del DNI o NIE, lo que pone de manifiesto que su expedición implica la conformidad de que la persona a la que se refiere el permiso es el titular del DNI o NIE que en el documento consta, así como que la foto y la firma le pertenece [...]

De todo lo expuesto no cabe sino concluir diciendo que el permiso de conducción es un documento con retrato y firma expedido por la autoridad pública que identifica a la persona del conductor y que nuestro ordenamiento lo admite literalmente en diversos supuestos, como los ya expuestos, como medio de identificación, habiendo reconocido la jurisprudencia y doctrina dicha función identificadora, aunque sea de forma subsidiaria.

Sentado lo anterior y despejada pues toda duda acerca del carácter del permiso del conducir tiene para identificar a su titular, es

(74) LA LEY 10136/2006.

precisamente por tener esta segunda función por lo que afecta directamente al interés del Estado español que no es otro que identificar no sólo a sus ciudadanos sino también a aquellos extranjeros que se encuentren en su territorio o pretendan llegar al mismo a través de sus fronteras.”.

– SAP de Alicante, de 20 de abril de 2017 (75), dice: “no teniendo el documento así falsificado más utilidad que el de su uso por el acusado, que en él figuraba fotografiado y quien precisamente lo tenía en su poder y lo exhibe para demostrar ante los funcionarios policiales se infiere de forma lógica el conocimiento de su procedencia ilegítima y del destino que pretendía darle, especialmente cuando lo presenta a efectos de identificación. [...]”

En el presente caso, no cabe duda de que el documento de conducir presentado por el encausado para identificarse, tiene la consideración de documentos oficiales”.

– SAP de Madrid, de 6 de julio de 2017 (76), que dice: “La obligación del notario es dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios (artículo 23 de la Ley del Notariado), aludiendo el apartado c) del precepto como medio supletorio a “documentos de identidad con retrato y firma”; o, como dice el artículo 145 del Reglamento notarial, “La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes...”. Por ello, no puede considerarse obligación del notario cotejar todos los datos de los documentos de identificación que se le exhiben, sino solo aquellos que sirvan a los fines de cumplir su obligación de dar fe de la identidad de las partes, siendo relevante que el citado artículo 23.c) mencione documentos de identidad “con retrato y firma”, sin exigir que el notario compruebe cualesquiera otros datos accesorios.”.

– SAP de Alicante, de 13 de febrero de 2019 (77): “El documento discutido es una licencia de conducción extranjera. Ello habilita para conducir vehículos. Tres son los elementos que podemos considerar esenciales. La correcta identificación del conductor, los permisos y licencias que ampara y el periodo de vigencia. La modificación de cualquiera de ellos supondría una clara afectación del sector del tráfico jurídico al que va destinado dicho documento, del cual se ha dicho en ocasiones, que también posee una función identificativa.

(75) LA LEY 105050/2017.

(76) Id Cendoj: 28079370092017100319.

(77) LA LEY 125515/2019.

Pues bien, en el caso analizado, el documento es auténtico, identifica correctamente al acusado y no se ha alterado, ni se ha acreditado que no se corresponde con la realidad la habilitación B para conducir turismos”.

3. De los Tribunales Superiores de Justicia (STSJ)

– STSJ de la Comunitat Valenciana, de 20 de julio del 2001 (78), que dice: *“Por otro lado, es cierto que, según aclara la Policía al actor se le identificó por el carnet de conducir al carecer del preceptivo D.N.I., pero no hay que olvidar que en aquel documento (no cuestionado) figura también el D.N.I. del interesado, y éste, además, fue identificado “no habiendo duda de su identidad”.*”.

– STSJ de Murcia, de 15 de abril de 2005 (79), en la admisión del carnet como medio de admisión en pruebas selectivas: *“las normas que regulan la expedición del D.N.I. [...] se refieren solo a tres medios de acreditación de la identidad de las personas, para el caso de extravío o sustracción del D.N.I., al caducado, al Pasaporte y al Permiso de conducir, con sus correspondientes resguardos”.*

– STSJ de Extremadura, de 25 de abril de 2007 (80), que dice: *“No se discute en el presente supuesto la doctrina que tanto la Sala como los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con sede en la Comunidad Autónoma de Extremadura han aplicado en supuestos similares donde personas de origen saharauí probaban su condición de españoles de origen mediante documentación consistente en el D.N.I., permisos de conducción”.*

– STSJ de Castilla y León, de 29 de octubre de 2010 (81), dice que *“por el mero hecho de no llevar consigo el Documento Nacional de Identidad no cabe entender cometida la infracción tipificada en el artículo 59.1 de la Ley autonómica 6/1992 ya que lo que en él se dice es “Pescar no llevando consigo documento acreditativo de la personalidad”, lo que es posible hacer por otros documentos, como el permiso de conducir”.*

– STSJ de Castilla-La Mancha, de 12 de enero de 2017 (82), dice: *“Pues bien, no resulta dudoso que el permiso de conducción tiene el mismo valor identificativo que el documento nacional de identidad,*

(78) Id Cendoj: 46250330032001101894.

(79) LA LEY 280544/2005.

(80) LA LEY 73315/2007.

(81) Id Cendoj: 47186330022010100736.

(82) LA LEY 899/2017.

nacional o extranjero. Ello es así porque como establece el anexo III del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, para obtener las distintas autorizaciones para conducir es necesario acompañar el o fotocopia del DNI, o del correspondiente documento identificativo de extranjeros, o el número de tales documentos, con el consentimiento para que sus datos de identidad personal puedan ser consultados mediante el Sistema de Verificación de Datos. Por ello el permiso de conducción incorpora el mismo número identificativo que el documento de identificación personal del interesado, y también por ello, siendo expedido por autoridad competente y con las garantías legalmente establecidas, se prevé expresa o implícitamente su admisión a varios efectos, como ocurre con el art. 85.3 de la LOREG en el ámbito electoral, el art. 32 del RD 1829/99 en relación a la entrega de envíos postales, o el art. 23 de la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado a efectos de identificación de comparecientes, citados en el escrito del recurso.

En consecuencia, resulta patente de un lado, que el solicitante se había identificado de manera plena, suficiente, e idónea para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho cuyo reconocimiento se solicitaba, incluidas, en su caso, las de naturaleza fiscal.”.

– STSJ de Galicia, de 9 de octubre de 2019(83), dice: “Y por lo que se refiere al segundo extremo, esto es a la no constatación del DNI de las personas identificadas en el acta notarial, no consta que el DNI sea un requisito que necesariamente deba consignarse en este documento notarial, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 187 del Reglamento Notarial “La identidad de las personas podrá constar al Notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo 23 de la Ley”, por lo que, coincidiendo con la tesis de la DGRN, la ausencia de aquel dato en el acta notarial, no implica irregularidad ni afecta a la validez del documento.”.

4. Del Tribunal Supremo (STS)

– STS, de 5 de febrero del 2000(84), dice: “el artículo 23 de la Ley del Notariado establece como básico el conocimiento directo por el Notario de las personas que recaban sus servicios y también

(83) LA LEY 154861/2019.

(84) LA LEY 5710/2000.

medios supletorios de identificación a los que se puede acudir a falta de dicho conocimiento personal, que son los que fija el precepto, entre ellos (apartado c) el documento de identidad con fotografía y firma.

El Notario tiene la ineludible obligación de identificar a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento por los medios complementarios legales”.

– STS, de 22 de febrero de 2001, dice: *“el que, en ocasiones, y siempre de un modo esporádico y subsidiario, puede servir el permiso de conducción de instrumento de identificación de la persona en cuyo favor se otorga, no empaña ni disminuye el destino y razón fundamental a cuya creación obedece”.*

– STS, de 14 de septiembre de 2005(85), que dice: *“con independencia de que los acusados fueran autores de la falsificación de los pasaportes, cédulas de identidad y permisos de conducir, lo cierto es que en tales documentos aparecen las fotografías de los acusados lo que les permitía una identificación que no les correspondía, como ciudadanos de la unión Europea.”.*

– STS, de 22 de septiembre de 2005(86).

– STS, de 13 de mayo de 2009(87), dice: *“Y en cuanto a la jurisdicción de los Tribunales españoles, el Tribunal razona en la sentencia sobre la inexistencia de indicios que conduzcan a afirmar que la falsificación se realizó fuera de España, mientras que por el contrario, partiendo del hecho incontestable de que el acusado lo tenía en su poder como única documentación a ese fin en Málaga, debe valorarse que el acusado vive en territorio español y es en él donde el permiso falsificado le resulta de utilidad. Y, en cualquier caso, como ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, la falsificación de documentos que permitan identificar a las personas o el ejercicio de derechos como el de conducir vehículos a motor, siempre ha de considerarse que afectan a los intereses del Estado y, por tanto, son susceptibles de persecución en territorio español –art. 23.3.f LOPJ– aun cuando el acto falsario se haya cometido fuera de nuestras fronteras”.*

– STS, de 9 de junio de 2009(88), en la que se declara que *“las falsedades de documentos oficiales destinados a identificar a una persona conforme a los Convenios Europeos suscritos por España,*

(85) Id Cendoj: 28079120012005101014.

(86) Id Cendoj: 28079120012005101294.

(87) LA LEY 84780/2009.

(88) LA LEY 112732/2009.

en especial dentro del marco de la Unión Europea, debe considerarse afectantes al interés del Estado” y que el permiso de conducir “era el único documento oficial con el que contaba el acusado. Prescindir de él, es dejar sin posibilidades identificativas a una persona, frente a las autoridades españolas que así lo exijan”.

– STS, de 8 de febrero de 2012 (89), dice: “A mayor abundamiento y partiendo de que la consideración como documentos oficiales de los permisos de conducir no puede ser cuestionada por estar atribuida su expedición a las Jefaturas de Tráfico y legitiman como título oficial para el ejercicio de la conducción de vehículos de motor”; comenta la STS, de 13 de mayo de 2009 (90), arriba citada: “En el mismo sentido la STS 530/2009 de 13-5: “Y, en cualquier caso, como ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, la falsificación de documentos que permitan identificar a las personas o el ejercicio de derechos como el de conducir vehículos a motor, siempre ha de considerarse que afectan a los intereses del Estado”; y añade: “no olvidemos que en el carnet de conducir constan datos como nombre y apellidos, lugar y fecha nacimiento, fotografía y número DNI, que permiten tal identificación”.

VII. REALIDAD SOCIAL Y CONCLUSIONES

Existe una realidad social, a valorar por el jurista conforme al art. 3 CC, que considera el carnet de conducir como documento de identificación.

En la práctica administrativa se admite el permiso de conducción como medio de identificación en todas las gestiones con las Comunidades Autónomas, Provincias o Municipios, hay infinidad de resoluciones que lo admiten para presentar instancias o documentación, concurrir a exámenes u oposiciones o para obtener certificado digital (p. ej. ayuntamiento de Madrid).

Los establecimientos comerciales lo admiten para acreditar la identidad del titular de la tarjeta de pago y los bancos para realizar operaciones bancarias.

Si examinamos conjuntamente las normas con rango de Ley que se refieren a la identificación de las personas, LN, Ley sobre la Prevención del Blanqueo de capitales, Ley de la Protección de la Seguridad Ciudadana y Ley de Firma Electrónica, comprobamos que en ninguna de ellas se excluye el permiso de conducir, sino, al contra-

(89) LA LEY 13094/2012.

(90) LA LEY 84780/2009.

rio, se prevé al igual que en el Derecho Comunitario la existencia de otros medios de prueba de la identidad. Igual ocurre en la legislación de extranjería.

Los requisitos exigidos tanto en la LN como en la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales para que un documento pueda servir de medio de identificación, son: que contenga foto, que refleje la firma de su titular, que sea expedido por la Autoridad, que su fin sea identificar a su titular y que sea fehaciente, es decir, que se presuma veraz; vemos que todos estos requisitos concurren en el permiso de conducción, que permite identificar a la persona del conductor y contiene conforme al art. 319.2 de la LEC una presunción de veracidad, propia del documento oficial que es, y una presunción de legalidad y validez conforme al art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por razón del acto administrativo que refleja.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN EUROPEA, "Nota informativa. Un nuevo permiso de conducción europeo para incrementar la seguridad y la libre circulación", 18 de enero de 2013. Consultado en:

<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_13_10>

LLAGARIA, E., "Tema 9. Partes en que suele dividirse el instrumento público. Menciones preliminares a la comparecencia. La comparecencia: contenido y requisitos de la misma. Reseña de circunstancias personales. Identificación de los comparecientes y fe de conocimiento. Circunstancias a que se extiende y medios de identificación", *Derecho notarial*, ed. Colegio Notarial de Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Comentario al art. 685 CC", en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *Tratado de derecho de sucesiones*, Madrid, 2013.

ZEJALBO MARTÍN, J., "Últimas noticias sobre el permiso de conducir como medio de identificación", publicado el 12 de noviembre de 2013. Consultado en: <<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-permiso-de-conducir-ultimas-noticias.htm>>; "La identificación mediante documentos: el permiso de conducción", publicado el 4 de octubre de 2007 y ampliado en 2013. Consultado en: <<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/permisodeconducir.htm>>; "El permiso de conducción como documento de identificación de los extranjeros", publicado el 20 de junio de 2010. Consultado en: <<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-permisodeconducir-extranjeros.htm>>; "La identificación mediante el permiso de conduc-

ción: Comentarios a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de octubre de 2008, Recurso 340/2008, PENAL; su relación con la legislación de extranjería y con la legislación relativa al blanqueo de capital”, publicado el 29 de marzo de 2009. Consultado en: <<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2009-permiso-deconducir.htm>>

RESPONSABILIDAD CIVIL NOTARIAL. LA EXISTENCIA DE CARGAS NO ADVERTIDAS AL COMPRADOR Y LA DIFICULTAD DE CUMPLIR EL DEBER DE INFORMACIÓN

María del Mar Manzano Fernández

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Córdoba

Resumen: En los últimos tiempos puede apreciarse una tendencia creciente en el número de reclamaciones planteadas en torno a la actividad profesional del notario, tanto cuando interviene en la autorización de documentos en el desempeño de su función principal, cual es la dación de fe, como en las que habitualmente presta de manera accesoria, como son el asesoramiento previo al cliente y la gestión del documento.

La inexistencia de una normativa específica y concreta sobre la responsabilidad jurídica del notario, como sí ocurre en otras profesiones, la doble vertiente en la que desarrolla su actividad, como profesional libre y como funcionario público y la amplitud de ámbitos en los que tiene cabida la exigencia de respuesta a una inadecuada actuación, no facilitan la construcción de una teoría general que ampare el ejercicio de un profesional al que hay que presuponer su vocación de servicio y una voluntad de intervención lo más correctamente posible.

En ese extenso terreno en el que se mueve el notario han sido particularmente relevantes las reclamaciones en supuestos de suplantación de identidad por el otorgante o como consecuencia del espinoso problema de la obligación de comprobación del estado de cargas del inmueble, pero existen otras muchas cuestiones que es necesario poner de manifiesto. Este es el objetivo del presente estudio.

Palabras clave: Notario, Función notarial, Responsabilidad, Asesoramiento previo, Cargas y gravámenes.

Abstract: Recent times have seen a growing number of claims filed with regards to the professional activity of notaries, whether involving their certification of documents, or their main function, notarisatio; or accessory services, such as prior counsel provided clients, and document management.

The non-existence of specific and concrete regulations governing the notary's legal responsibility, as there exist covering other professions; his dual role, as an independent professional and as a public servant; and the breadth of spheres in which parties may demand that he be held accountable for negligent professional performance, hamper the development of a general theory encompassing the work of a professional who must be assumed to harbour a vocation for service and a commitment to acting as properly as possible.

In the extensive scopes in which notaries operate, claims in cases of impersonation by signers have been particularly significant; along with the thorny problem of notaries' obligation to verify the status of liens on properties. But there are many other issues that it is necessary to point out. This will be the aim of this essay.

Keywords: Notary, Notarial function, Responsibility, Prior counsel, Liens and encumbrances.

SUMARIO:

- I. EL CARÁCTER DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.
- II. CONTENIDO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. EL ASESORAMIENTO PREVIO Y LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR EL NOTARIO.
- III. RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN. SUPUESTOS.
 1. Requisitos para que tenga lugar la responsabilidad civil del notario.
 2. Ámbito de actuación susceptible de generar responsabilidad civil.
 3. El seguro de responsabilidad civil.
- IV. RESPONSABILIDAD CUANDO LA ACTIVIDAD DEL NOTARIO INCLUYE LA GESTIÓN DEL DOCUMENTO.
- V. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DE LA INFORMACIÓN O INFORMACIÓN DEFECTUOSA SOBRE EL ESTADO DE CARGAS DEL INMUEBLE.
 1. Normativa aplicable.
 2. Medios de hacer la comprobación.
 3. La posición de la jurisprudencia.
- VI. FORMAS DE REPARAR EL DAÑO.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

VIII. JURISPRUDENCIA CITADA Y CONSULTADA.

I. EL CARÁCTER DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Al igual que ocurre con los Registradores de la Propiedad, el notario es a la vez funcionario público y profesional del Derecho que tiene a su cargo la Oficina Notarial.

Su carácter de funcionario público está expresamente reconocido en el art. 1 de la Ley del Notariado: "El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios". A la vez, el art. 1 del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado aclara su doble naturaleza: "Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado". Sin embargo, apunta BALLESTEROS ALONSO (1) que, aunque el notario ejerza una función pública y sea, en efecto, funcionario público, no tiene con respecto a la Administración una relación de prestación de servicios ni, por consiguiente, puede entenderse que cuando actúa es Administración pública, ni que su servicio sea, propiamente, un servicio público, sino más bien un servicio profesional.

(1) BALLESTEROS ALONSO, M. "La responsabilidad civil de Registradores y notarios", *Cuadernos de derecho judicial*, N.º 7, 2003 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad civil profesional / José Ignacio Álvarez Sánchez (dir), pág. 107. En el mismo sentido, VON WICHMAN ROVIRA entiende que es evidente que el notario no está incluido en la administración del Estado y que, aunque depende directamente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ello es una simple medida de control e inspección del ejercicio de una función pública que el notario lleva a cabo con plena autonomía e independencia de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento Notarial. VON WICHMAN ROVIRA, G. "La responsabilidad extracontractual o derecho de daños", en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, obligaciones y Contratos, vol. 3º, coordinado por SIMÓ SANTONJA, V. L. Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 1012 y ss.

El notario percibe su retribución de los particulares, no del Estado, y por esto debe responder ante ellos de los daños que su actuación pudiera provocar. Sin negar, por tanto, que el Estado pudiera tener una responsabilidad subsidiaria cuando el notario no satisfaga el daño producido, habría que excluir, en principio, que, como servicio público, los supuestos de responsabilidad del notario puedan encuadrarse como manifestaciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y, al tratarse de una norma reglamentaria, estaría sometida al régimen general contenido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (2).

Su condición de profesional del Derecho resulta además de la propia Ley del Notariado al reconocerle derechos inherentes a los mismos (como la pertenencia a un Colegio profesional (3), (artículos 41 y 42 LN)), la obligación de prestar fianza (art.14 LN), el sometimiento a un régimen disciplinario (arts. 346 y siguientes RN) e imponerle responsabilidad civil de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación (art. 146 RN). Este último precepto, el art. 146 del RN, contempla la responsabilidad civil del notario, en su doble vertiente, como funcionario y como profesional libre. Dice FERNÁNDEZ HIERRO (4) que al igual que existen profesiones liberales propiamente dichas como las de Abogado o Juez que constituyen una parte de los poderes estatales y no ejercen una profesión liberal propiamente dicha, aunque participan en cierto modo de las características de éstas, existen otras que tienen asignadas funciones en exclusiva, como los Registradores, contra cuyas decisiones cabe una vía de recursos que hace que su actuación tenga muchos puntos de contacto con la actuación emanada de un órgano público.

Por las actuaciones de sus empleados también resulta responsable el notario cuando "por sí o por sus dependientes, incumple o

(2) A diferencia de lo que sucedía con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la que la responsabilidad patrimonial de las AAPP se regulaba en un título específico, la nueva regulación de la materia por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, parte de considerarla como una especialidad del procedimiento administrativo común (arts. 32-35).

(3) Artículo 41. "Habrá Colegios de notarios en los puntos que el Gobierno designe. A cada Colegio pertenecerán todos los notarios del territorio señalado al mismo".

(4) FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. "Responsabilidad civil de los notarios", *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 5, N.º 14, 2007, pág. 74.

cumple defectuosamente obligaciones asumidas contractualmente, como gestor, o como cualquier otro jurista o profesional, entendiendo que incurre en responsabilidad el notario que omite una "escrupulosa" supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que son consecuencia o complemento de la función que el mismo ejerce y que habitualmente son encomendadas en la propia Notaría, con su tácita conformidad por culpa in vigilando"(5).

II. CONTENIDO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. EL ASESORAMIENTO PREVIO Y LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR EL NOTARIO

Como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado(6), "se hace necesario distinguir, dentro de la actividad que el notario presta al que solicita sus servicios, entre: 1. Las actividades de asesoramiento previo, en las que el notario asesora, y en algunos casos, puede llegar hasta aconsejar sobre los medios legales más adecuados para que el negocio jurídico que se le somete surta efectos; 2. Las actividades de redacción y dación de fe de la escritura pública; y 3. La posible gestión o tramitación del documento, para que mediante el desenvolvimiento de los trámites posteriores al otorgamiento del documento notarial, pueda éste, por sí solo o acompañado de otros que resulten necesarios, cumplir las obligaciones fiscales y surtir sus plenos efectos en todas las esferas registrales y administrativas, quedando inscrito en los Registros jurídicos o administrativos correspondientes"(7).

La función del notario es la de dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales (art. 1 LN), función que desempeña por delegación directa y exclusiva del Estado, pues solo existen una clase de estos funcionarios. El ejercicio de su función tiene carácter obligatorio, pues cuando "requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negare sin justa

(5) Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007. (RJ 2007\8124).

(6) De acuerdo con el Real Decreto 1397/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, la Dirección General de los Registros y del Notariado pasa a denominarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Se mantiene en este trabajo la denominación anterior ya que, a su cierre, no se ha dictado ninguna Resolución por el renombrado órgano.

(7) RDGRN de 16 enero 1996. (RJ 1996\5041).

causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes" (art. 2 LN), siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida (art.3 LN). Al notario "corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial" (art. 2 RN), pero, además, se le atribuye la función de asesorar y aconsejar sobre los medios jurídicos precisos para conseguir los fines deseados. El notario redacta los documentos precisos y los dota de fe pública, al objeto de resultar indubitado aquello que "ve, oye, y percibe por los sentidos" y dar fuerza probatoria al documento.

Las condenas a notarios se han fundamentado en un error o incumplimiento en el deber de asesorar debidamente a los otorgantes, en no informar de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado por los mismos, con una actuación notarial que implica "una asistencia especial al otorgante necesitada de ella" (8) y, por ser la diligencia que le es exigible, "no la normal y ordinaria, comprensiva de las prevenciones que impongan la mediana prudencia de un buen padre de familia para evitar la producción del daño, sino la más exquisita que le exige la reclamación de su profesión pública por su alta preparación, especial cualificación y credibilidad social" (9).

La función de asesoramiento plantea, al hilo del tema de nuestro estudio, la posible responsabilidad cuando el consejo que se da resulta inadecuado o perjudicial para el cliente. En un estudio sobre la responsabilidad por informar, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (10) sistematiza los criterios que han de tenerse en cuenta en esta función de asesoramiento o prestación de información al interesado:

1. El derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de cualquier forma que esto se haga.

2. La protección de la confianza que creamos en los demás cuando nos relacionamos con ellos. La información, en el marco de un contrato, requiere la ponderación del alcance de la diligencia debida a una de las partes y, de otra, la consideración de otras cir-

(8) RDGRN de 26 de septiembre de 1995. (RJ 1996/1686).

(9) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1994. (RJ 1994\3718).

(10) DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., "Responsabilidad por informar", en el libro *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, págs. 188 y ss.

cunstancias, como la edad, condición, formación o experiencia de quien es informado.

3. La limitación de todo ser humano y la posibilidad de equivocarse como consecuencia de la simple convivencia.

El simple consejo, por tanto, no responsabiliza a quien lo da cuando de seguirlo resulta daño.

En el supuesto de la actuación notarial, la cuestión radica en determinar si el asesoramiento forma parte de la función pública. La respuesta positiva haría responsable al profesional del daño causado al seguir el consejo; la negativa excluye la responsabilidad siempre que nos movamos en unos límites razonables. Hay que tener en cuenta, además, como apunta DE ÁNGEL YÁGÜEZ, la dificultad de enjuiciar la corrección o incorrección de la información prestada en las actividades profesionales de tipo jurídico en las cuales no se informa sobre un dato como puede ser la composición de un medicamento, sino que se emite un dictamen que pocas veces puede considerarse como "seguro", precisamente por lo subjetivo que tienen las apreciaciones técnicas. Por eso, cuando se trata de cuestiones para las que existen alternativas que pueden razonablemente defenderse, entiende que quien da una información no incurre en responsabilidad(11). No obstante, en esta labor de asesoramiento, se trata de dilucidar si el notario otorgante asesoró correctamente y aconsejó de los medios jurídicos más adecuados para el logro del fin lícito que se proponía alcanzar.

Como doctrina general, puede afirmarse que, en el ámbito de la responsabilidad del notario, al igual que en cualquier sector de la vida humana, pueden cometerse errores o negligencias, propiciadas en general por la complejidad creciente del Derecho positivo, lo que dificulta su razonable interpretación y aplicación. También el aumento de personas que realizan negocios jurídicos y que requieren los servicios de un notario, sin que éste pueda conocer a fondo las expectativas o la formación jurídica del cliente o realizar una pequeña labor investigadora, incrementa el riesgo de estos profesionales, que a pesar de su altura científica y de su cualificación, pueden incurrir en errores o negligencias. Afirmar la responsabilidad del notario supone decir que el daño sufrido por el cliente o por un tercero debe ser soportado por el patrimonio del profesional; pero esto sólo puede ser "a posteriori", cuando se han agotado los cauces legales procedentes y siempre que se pruebe cabalmente que ha incumplido

(11) DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., "Responsabilidad por informar", *cit.* pág. 185.

alguno de los deberes que le incumben cuando cause un daño que le sea imputable en el desempeño de la función que en cada caso ejerza, en el caso que dilucidamos, el de asesoramiento(12).

VON WICHMAN ROVIRA explica por qué el asesoramiento no forma parte de la función del notario desligado del otorgamiento del instrumento público. Señala que el notario no es un abogado que emite dictámenes y cobra por ello, sino que forma parte de la jurisdicción voluntaria dando fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales. Si alguna duda quedara, el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los notarios, prescribe en su Anexo II, que el asesoramiento es inherente a la autorización del instrumento público, estableciendo que el notario no podrá percibir cantidad alguna por este concepto (asesoramiento o configuración del acto o negocio cuya documentación autorice) lo que, por otra parte, sería contrario a la necesaria imparcialidad de la actuación notarial(13).

En el marco de la responsabilidad extracontractual sitúa el Tribunal Supremo la obligación de asesoramiento previo que tiene el notario, sin contraprestación alguna. Es el supuesto que resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018(14), en la que los demandantes (y en ese sentido falló la Audiencia) sostienen que el notario “debió informar al actor de que la escritura pública se debería efectuar dentro del plazo de treinta días hábiles a contar desde que tuvo lugar la donación por parte de los padres, presentando la liquidación del impuesto dentro del citado plazo”, concurriendo además el dato que la información improvisada fue suministrada en una conversación mantenida en un encuentro casual en un lugar estival. El Tribunal Supremo resuelve a favor del notario, señalando que ni puede apreciarse negligencia profesional ni el actor puede pretender que sea aquel quien asuma el pago de las cantidades liquidadas por el órgano tributario.

Es preciso señalar que la Ley 5/2019 Reguladora De Los Contratos De Crédito Inmobiliario, que ha entrado en vigor el día 17 de junio de 2019, más allá de la estricta transposición de la Directiva 2014/17 tiene como objetivo garantizar que, en los contratos

(12) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 julio de 2010. (AC 2010\635).

(13) VON WICHMAN ROVIRA, G. “La responsabilidad extracontractual o derecho de daños”, en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, obligaciones y Contratos, vol. 3º, coordinado por SIMÓ SANTONJA, V. L. Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 1017.

(14) STS de 19 diciembre de 2018. (RJ 2018\5525).

objeto de dicha ley, el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material. Por lo que se refiere a la fase precontractual, el art. 15 hace mención expresa a la obligación que tiene el prestatario de comparecer ante el notario a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento relativo a las denominadas Ficha Europea de Información Normalizada y a la Ficha de Advertencias Estandarizadas, con la obligación de extender un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario y que no tiene otra finalidad que hacer constar que el usuario ha sido informado y ha comprendido los términos del contrato, mediante la realización de un test en el que quede acreditadas la entrega de la documentación y la información suministrada.

III. RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN. SUPUESTOS

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 8 de abril de 2009(15) señaló que no existe en Derecho español una regulación específica de la responsabilidad civil del notario, por lo que, en ausencia de un régimen específico regulador, la responsabilidad civil deberá fundarse en las reglas generales de la responsabilidad civil. Dado que el notario es a la vez profesional del Derecho y funcionario público, su situación es peculiar, de lo que se pueden extraer las consecuencias:

1. A la Administración no es imputable la responsabilidad del notario por los daños que ocasione en su función(16), estableciéndose por la Dirección General de los Registros y del Notariado que la declaración de responsabilidad civil no puede obtenerse por vía administrativa por ser competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios.

2. La responsabilidad personal del notario surgirá por el mal cumplimiento de sus funciones. Es prioritaria la opinión que frente a los otorgantes (no frente a terceros) esa responsabilidad es con-

(15) Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 8 de abril de 2009 (AC 2009\1680).

(16) Y cita la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 13 de octubre de 1998 (RJ 1998\9452).

tractual(17) cuestión que tiene interés práctico sobre todo a efectos de prescripción, así se habla de arrendamiento de servicios(18), mandato, etc., bien por entender que existe entre las partes una relación jurídica que nace del deber del notario, como funcionario o de su relación de empleo fijada por la ley. Esta última dirección es la que goza de mayor predicamento, porque la relación con el cliente existe, con independencia de que medie o no un contrato, por el carácter obligatorio de la función notarial; pero incluso frente a los clientes, el alcance de esa responsabilidad dependerá en cada caso de las prestaciones que deba cumplir. Mas, también está admitido que si bien la responsabilidad civil por desempeño negligente puede dar lugar a la misma; al contrario, un incumplimiento de un deber reglamentario no dará lugar a responsabilidad civil si no es la causa de un daño, pues se requiere un nexo causal, como afirma la STS de 18 de marzo de 1998(19) y 9 de febrero de 2005(20) y, por supuesto, la probanza de ese daño o perjuicio.

Como señala el art. 146 (pfo. 1º) del Reglamento Notarial: "El notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable...". Es determinante la caracterización del tipo de obligación que contrae en su actividad. Si entendiéramos que el notario contrae una obligación de medios, se está obligando a poner los medios tendentes a conseguir un fin establecido; si, por el contrario, la obligación es de resultado, debe entregar una prestación determinada, quedando sujeto a la consecución del fin previsto y, suponiendo, en caso contrario, un incumplimiento de contrato. Como detalla FERNÁNDEZ HIERRO(21), sin poder generalizar el criterio a todas las actuaciones notariales, será lo más normal que la obligación contraída sea de resultados: cuando se obliga a redactar una escritura pública, aceptado el encargo, debe redactarla y autorizarla, aunque en otros supuestos la obligación es de medios, como cuando se obliga a realizar un acta de notificación, en cuyo caso puede no localizar al destinatario.

El Consejo General del Notariado aconseja que la redacción de los documentos y las manifestaciones de los comparecientes que se incorporen a los mismos deben efectuarse con una gran claridad y

(17) STS de 15 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9927).

(18) STS 6 de mayo de 1994 (RJ 1994\3718).

(19) RJ 1998\1350.

(20) RJ 2005\1402.

(21) FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. "Responsabilidad civil de los notarios", *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 5, N.º 14, 2007, pág. 79.

exactitud, mediante un párrafo independiente que no permita lugar a la equivocación respecto a determinadas cuestiones como pueden ser:

- La manifestación "...cancelada económicamente pendiente de su cancelación registral..." es de la parte vendedora, o parte compradora, o ambos comparecientes, siendo importante resaltar la parte que la emite.

- Que se ha informado a la parte interesada, normalmente compradora, o los comparecientes, en función del supuesto, de los efectos y alcance de la misma en caso de inexactitud de las mismas, dándose por informados y enterados.

- Que conforme al art. 172 RN, las manifestaciones vertidas son de exclusiva responsabilidad de la parte que las emite.

- Que la parte adquirente, enterado de la misma, insiste en su otorgamiento.

- Que se ha informado de las cargas conforme el art. 175 RN, advirtiendo que prevalecerá la situación registral existente en el momento del otorgamiento sobre las manifestaciones vertidas por la parte transmitente, y que informada y advertida la parte compradora presta su consentimiento.

En este sentido, el Tribunal Supremo⁽²²⁾ ha señalado que "Es el directamente interesado quien debe procurarse la seguridad que considere necesaria en sus asuntos, y principalmente de él depende poner los medios necesarios para ello y elegir hasta el nivel de seguridad que bajo su criterio y responsabilidad considerará suficiente en todas aquellas funciones que la Ley no ha hecho descansar de manera exclusiva y absoluta en el hacer notarial...", lo que no impide lógicamente que se determine la existencia de responsabilidad civil del notario cuando resulte procedente.

1. Requisitos para que tenga lugar la responsabilidad civil del notario

Deben concurrir las circunstancias siguientes:

- En primer lugar, una acción u omisión culpable del notario (art. 146 RN), siendo aplicables además los artículos 1101 y 1104 del Código Civil para la responsabilidad contractual y el art. 1902 CC si es extracontractual

(22) STS de 19 de diciembre de 2018. RJ 2019\5525.

- Un daño para el perjudicado valorable económicamente
- Una relación de causalidad entre la conducta activa u omisiva y el daño producido. Como explican numerosas resoluciones judiciales, la ruptura del nexo causal excluye la responsabilidad del notario(23).

2. Ámbito de actuación susceptible de generar responsabilidad civil

Como apunta VERDERA SERVER (24), en el curso de su actuación el notario puede generar perjuicios no solo a las personas que han requerido su intervención, sino también a quienes carecen de ningún tipo de vinculación previa con el mismo, por lo que la responsabilidad notarial puede plantearse tanto como contractual como un supuesto de responsabilidad extracontractual(25), dependiendo de quién sea la persona que reclama la indemnización por los daños ocasionados y de cuál sea el vínculo que le une al notario.

Entendida la responsabilidad contractual en este ámbito cuando surge del contrato de prestación de servicios consensuado entre el notario y el cliente,

La responsabilidad civil del notario puede producirse, cuando se causan daños y perjuicios a sus clientes(26):

(23) La STS de 18 de marzo de 1998 (RJ 1998\1350) excluyó por este motivo la responsabilidad civil del notario. Se trataba de un supuesto en el que el Registrador alegaba defectos sobre una escritura notarial de hipoteca. Al tiempo de la inscripción habían ingresado en el Registro varios embargos y una declaración de quiebra. Se excluyó la responsabilidad al probarse que el otorgamiento se efectuó dentro del período de retroacción de la quiebra, rompiéndose el nexo causal entre la actuación del notario y sus efectos.

Se desestima igualmente la responsabilidad por falta de prueba del deficiente asesoramiento por parte del notario. La Sentencia de la AP Madrid de 30 noviembre de 2018 (JUR 2018\20129), declara la inexistencia de nexo causal entre la actuación del notario y el supuesto daño reclamado, puesto que la falta de consignación de la vecindad civil gallega en el testamento, en modo ha alterado el derecho de la reclamante a su herencia.

(24) VERDERA SERVER, R. *La responsabilidad civil del notario*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pág. 115.

(25) En la intervención notarial se tutelan muchos intereses: el de las partes contratantes, especialmente el del adquirente, con especial asistencia a los consumidores; también el de los terceros, entre los que se encuentran las propias Administraciones Públicas

(26) BOTANA GARCÍA, G. "Responsabilidad profesional de notario que no da lugar a indemnización. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos

1. Por los defectos formales del instrumento que determinan la frustración del fin perseguido por aquéllos con la intervención notarial.

2. Por los vicios de fondo que determinen la nulidad absoluta (pues si los había, el notario debía haberse abstenido de intervenir) o la relativa (a menos que ésta se produzca por vicio previsto y advertido por el notario).

3. Por la desacertada elección del medio jurídico para la consecución del fin propuesto.

4. Por el deficiente asesoramiento en cuanto a las consecuencias del acto notariado (impuestos, retractos, etc.).

5. Por la incorrecta conducta del notario como depositario o mandatario de sus clientes (pago de impuestos, presentación de documentos, etc.).

De los errores cometidos por el notario que dan lugar a responsabilidad, VON WICHMAN ROVIRA⁽²⁷⁾ plantea como el más frecuente el que tiene lugar en la identificación de los otorgantes.

Por el valor que la ley atribuye al documento notarial, es la fe de conocimiento el acto más trascendental de todos cuantos emite el notario, por ser presupuesto básico para la eficacia del instrumento público el que quede fijada con absoluta certeza la identidad de los sujetos que intervienen, y, por ello, el artículo 23 de la Ley del Notariado prescribe como requisito esencial de validez la obligación del notario de identificar a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento por los medios supletorios legalmente dispuestos. Por ello, se ha venido a afirmar que la identificación del compareciente en un instrumento es la más importante de las calificaciones a que está obligado el notario, porque sin este juicio previo, prácticamente tendría un obstáculo insalvable para autorizar el otorgamiento de las escrituras públicas⁽²⁸⁾.

El art. 23 LN prescribe la responsabilidad conforme al art. 1902 y ss. del CC. cuando hubiese mediado culpa o negligencia. Se afirma que la identificación consiste en el conocimiento de que el otorgante es la persona que por su nombre y apellidos se expresa en el instrumento. El juicio de identidad implica una certidumbre jurídica, no

(Sección 2ª) de 14 de septiembre de 2010", Práctica de Derecho de Daños, La Ley 14505/2010, diciembre de 2010.

(27) "La responsabilidad extracontractual o derecho de daños", cit, pág. 1018.

(28) Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 6 de junio de 2006. BOE de 17 de julio de 2006.

una afirmación absoluta, de suficiente entidad para que el ordenamiento jurídico reconozca que contribuye a la seguridad del tráfico jurídico. Ante el hecho de la suplantación de personalidad del otorgante utilizando un apoderamiento falso, el TS(29) ha considerado las habilidades de que están dotados ciertos estafadores expertos para engañar y a las que no se sustraen los notarios, por no resultar totalmente blindada su función (sería muy positivo que así lo fuera), y pueden ser vulnerables a las maquinaciones suplantadoras con el fin de celebrar negocios lícitos en apariencia. Ello, entiende el TS, excluye la responsabilidad criminal, pero no está exento de la civil correspondiente (art. 146 RN), en este caso, de naturaleza extracontractual, generada por una actuación profesional negligente, pues no se agotó debidamente el proceso identificador. En la Sentencia de 11 de junio de 1988(30) el TS no encontró relación de causalidad entre la autorización de la escritura y la supuesta producción del daño, pues se trataba de unas letras falsificadas y negociadas y el perjuicio ocasionado por la falsedad. Se había utilizado un DNI falso, por lo que entiende el TS que no puede pretenderse indemnización alguna sin haberse seguido previamente un expediente disciplinario contra el notario en el que se pruebe que dio fe de conocimiento sin haber seguido las pautas necesarias.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 julio de 2017(31) eximió de responsabilidad al notario al autorizar una escritura de compraventa en cuyo otorgamiento el vendedor resultó ser un defraudador que suplantó la identidad del verdadero propietario, ya que confrontó una fotocopia del DNI falso con la denuncia presentada por el supuesto extravío del original, comprobando la coincidencia de los datos relevantes para identificar a una persona, no estando entre ellos la fecha de expedición y validez del documento que quedan fuera de la obligación de cotejo del notario. Llegado el asunto a casación, el Tribunal Supremo ha estimado recientemente el recurso interpuesto por el demandante en este supuesto y ha condenado al notario sobre la base de que no empleó el celo y diligencia reforzada que han de observar en la realización del juicio de identidad, entendiendo que se debió demorar la autorización del

(29) STS de 5 de febrero de 2000. RJ 2000\251.

En un caso con coincidencias con el expuesto –Sentencia de 2 de diciembre de 1998–, que contempla la omisión de la identificación en forma, la que, al menos, propició la suplantación que, como acto ilícito instrumental, facilitó el otorgamiento.

(30) RJ 1988\4869.

(31) JUR 2017\230784.

documento público al momento de la presentación de un duplicado, hecho que no hubiera tenido lugar nunca puesto que previamente se hubiera detectado la no coincidencia de las huellas dactilares si es que hubiera llegado el suplantador a asumir dicho riesgo(32).

Igualmente, había estimado la existencia de responsabilidad civil profesional la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2000(33). Se trataba del otorgamiento de escritura de poder sin intervención del poderdante, cuya personalidad suplantó su hermano. Se entiende que hubo actuación negligente al no agotar debidamente el proceso de identificación para garantizar la identidad de la persona del poderdante.

Por el contrario, se había desestimado en primera y segunda instancia el recurso presentado por los actores contra el notario en concepto de reclamación por daños y perjuicios por incumplimiento de sus obligaciones profesionales de identificación del poderdante.

Sin profundizar en otras actuaciones notariales que pueden dar lugar a responsabilidad civil citaremos, siguiendo a BALLESTEROS ALONSO(34), la negativa del notario a prestar su función, la morosidad en la prestación del servicio, la prestación indebida de su función, la responsabilidad notarial por nulidad de testamentos abierto o cerrado, por falta de presentación al Juez del testamento cerrado y, como se verá en el apartado siguiente, por falta de inscripción en el Registro del documento autorizado. Añade este autor otros supuestos: el retraso en la expedición de copias, la falta de presentación por fax en el Registro, la expedición indebida de copias, la indebida exhibición o negligencias en la conservación del protocolo, entre otros(35).

3. El seguro de responsabilidad civil

Es un seguro obligatorio, tal y como prescribe el artículo 24 del Reglamento Notarial(36) y de responsabilidad civil profesional. Su

(32) STS de 18 de diciembre de 2019. RJ 2019\5131.

(33) RJ 2000\251.

(34) Puede verse un comentario a cada uno de estos supuestos en BALLESTEROS ALONSO, M. "La responsabilidad civil de Registradores y notarios", *Cuadernos de derecho judicial*, nº. 7, 2003 (Ejemplar dedicado a La responsabilidad civil profesional / José Ignacio Álvarez Sánchez (dir), págs.110 y ss.

(35) Vid. también en este punto, FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. "Responsabilidad civil de los notarios", *cit.* págs. 84 y ss.

(36) "El notario electo deberá obligatoriamente acreditar la contratación

cobertura comprende las responsabilidades en las que pudiera incurrir el notario en el ejercicio de su cargo, así como la protección al mismo notario y a sus empleados por las responsabilidades derivadas del ejercicio de su función pública y servicios conexos como puede ser el asesoramiento previo. Se trata, igualmente, de un seguro colectivo

En palabras de TAPIA HERMIDA (37), la primera consecuencia jurídica es que estamos ante un contrato de seguro único que se concierta entre el asegurador (el sindicato o cuadro de coaseguro) y el tomador (el Consejo General del Notariado) y que produce relaciones jurídicas múltiples y asimétricas entre el asegurador y los notarios asegurados. Su carácter colectivo implica particularidades, entre otros, en los aspectos siguientes: en el deber del tomador de comunicar al asegurador la composición del grupo asegurado mediante la relación vigente de notarios activos y jubilados, en la posibilidad de que el asegurador confíe al tomador el cumplimiento de determinadas obligaciones de información y en la obligación del asegurador de emitir boletines de adhesión o certificados individuales de seguro en los términos legal y reglamentariamente establecidos.

IV. RESPONSABILIDAD CUANDO LA ACTIVIDAD DEL NOTARIO INCLUYE LA GESTIÓN DEL DOCUMENTO

Como ha señalado el Tribunal Supremo "la obligación de asesorar consiste en una actividad de comunicación, dimanada de la condición profesional del notario y resulta ínsita en su función como fedatario público. La obligación de tramitar consiste en una actividad de gestión, no es específica de dicha profesión y requiere un encargo concreto" (38). "La tramitación del documento no está incluida den-

de un seguro de responsabilidad civil a que se refiere el artículo siguiente y constituir la fianza, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Notariado, presentando en la Dirección General de los Registros y del Notariado los documentos justificativos de todo ello. Dicha obligación deberá cumplirse dentro del plazo de treinta días naturales, contados desde la publicación del nombramiento para una Notaría determinada en virtud de concurso ordinario en el Boletín Oficial del Estado o, en su caso, en el Boletín o Diario oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente."

(37) TAPIA HERMIDA, A. "La responsabilidad civil del notario y su aseguramiento", Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 16 de noviembre de 2017.

(38) Tribunal Supremo, Sentencia de 14 de mayo de 2008, (RJ 2008\307). En este sentido, vid. BLÁZQUEZ MARTÍN, R. "La responsabilidad civil de los profesionales jurídicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo",

tro de las funciones intrínsecamente notariales o funcionales del notario autorizante de la escritura. Es decir, no se integran en su función pública. Y ello es así porque estas actuaciones vienen caracterizadas por la circunstancia de que pueden ser realizadas tanto por el notario como por cualquier otro profesional del Derecho, o, algunas de ellas, por cualquier persona encargada al respecto por el titular del documento. Es decir, el notario, en esta actuación, concurre con otros profesionales y es evidente que si una misma actividad puede ser realizada por el notario y por profesionales enteramente libres (como Abogados, Economistas, Asesores Fiscales e, incluso en cuanto a las puramente materiales, Gestores Administrativos) dicha actividad no puede constituir «función pública.»(39)

La actividad del notario es compleja, en el sentido que puede distinguirse claramente el asesoramiento en la autorización de las escrituras públicas y la posibilidad de realizar todos los actos pertinentes para que una vez autorizadas surtan éstas todos sus efectos civiles, registrales, administrativos, etc. Apunta acertadamente VERDERA SERVER(40) que en el primer caso actúa como profesional funcionario mientras que en el segundo lo hace como profesional del derecho, por lo que la tramitación del documento no está incluida dentro de las funciones intrínsecamente notariales o funcionariales del notario autorizante de la escritura, es decir, no se integran en su función pública.

Considerando como propiamente función notarial la de la redacción del documento público y la dación de fe, puede también acordarse con el cliente la gestión del instrumento, es decir, la tramitación posterior en orden a su inscripción registral. Nos situamos aquí ante un supuesto de responsabilidad del notario por actos de sus auxiliares sobre la base del art. 1903 del Código Civil (serán responsables civilmente «los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones»). Para que el notario sea responsable, es preciso que se den cumulativamente tres circunstancias: los hechos que den lugar a la responsabilidad, la relación de dependencia entre el empresario y el sujeto que causa el daño y la existencia de una conexión entre el daño y el ejercicio de las funciones propias

Diario La Ley, N.º 9093, Sección Dossier, 4 de diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 16783/2017.

(39) Resolución de 16 enero 1996 (RJ 1996\5041).

(40) VERDERA SERVER, R. *La responsabilidad civil del notario*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pág. 35.

del empleado(41). Esta responsabilidad quedará excluida cuando el titular de la empresa pueda probar que empleó «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» (art. 1903 CC, último párrafo)

Aunque pudiera pensarse que en estos casos la responsabilidad es de tipo contractual, porque deriva de un encargo explícito, cual es la gestión de la inscripción registral del documento, la Jurisprudencia lo había entendido como un supuesto de responsabilidad extracontractual, como señala VON WICHMAN ROVIRA(42), seguramente porque no existe norma que reconozca la responsabilidad contractual por hecho ajeno, aunque existen preceptos que fijan la responsabilidad del deudor por sus auxiliares(43). El Tribunal Supremo(44) ha señalado que la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el notario, debe, éste, responder de los perjuicios causados por las personas que tuvieran empleados y con ocasión de funciones propias. En el supuesto que resuelve la Sentencia, el empleado o afecto a la Notaría, el que incurrió en la negligencia de omitir el diligenciamiento en el Registro de la Propiedad de unos títulos derivados de escritura de hipoteca que permitió la cancelación de la hipoteca por tercero ajeno. Por su parte, la STS de 19 de julio de 2003(45) estimó la existencia de responsabilidad del notario porque el empleado de notaría que se encargó de la tramitación para obtener la inscripción de hipoteca omite retirar del Registro la escritura para el abono del impuesto, caducando la anotación y permitiendo la constancia registral de

(41) Vid. MOLLAR PIQUER, M.P.- VILAR GONZÁLEZ, S. "La responsabilidad del notario por actos de sus empleados", *Actualidad Civil*, N.º 11, Sección A Fondo, noviembre 2013, pág. 1245, tomo 2, Editorial Wolters Kluwer LA LEY 7717/2013.

(42) "La responsabilidad extracontractual o derecho de daños", cit. págs. 1017-1018.

(43) La actividad de gestión se rige por la Ley de Colegios Profesionales, a través del correspondiente Estatuto, o de las normas de otro carácter, aprobadas por el Órgano Corporativo competente.

(44) STS de 6 de junio de 2002. RJ 2002\6755. "El notario como director de la Notaría está dentro del orden de la profesionalidad y de la interna relación con la responsabilidad -la «accountability» anglosajona-, lo que supone que el trabajo a realizar en su campo laboral tendrá como finalidad la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones y con todos sus efectos la escritura pública que ha encargado, ya que en caso contrario estará obligado a indemnizar cuando no se consiga la finalidad pretendida con la confección de la misma, y se ocasionen concretos perjuicios."

(45) RJ 2003\5387.

embargos sobre la finca hipotecada. Entiende el Tribunal Supremo que existe una culpa "in vigilando" del notario, que no supervisó ni controló el comportamiento de su empleado del que además tenía conocimiento de otras actuaciones irregulares por anteriores denuncias. Posteriormente, sin embargo, el TS ha caracterizado esta actividad como un contrato de gestión: "contrato en virtud del cual se obligan a realizar funciones profesionales de gestión ajenas a la fe pública puede revestir distinta naturaleza. Por lo general ofrece las características especiales propias de los contratos de gestión, que la jurisprudencia y la doctrina construyen acudiendo prioritariamente, según las circunstancias, a las figuras del mandato y del arrendamiento de servicios", apuntando que "cuando se encomiendan al notario funciones de gestión de escrituras públicas, no se le encarga la gestión como notario, es decir, como funcionario público, pero sí como profesional del Derecho en quien concurre la condición de notario"(46)

La STS de 14 de mayo de 2008(47) trata el supuesto del otorgamiento de escritura de hipoteca unilateral en la que el notario no informó a los ahora demandantes de la necesidad de inscribir la aceptación en el Registro para que el acto fuera efectivo. Transcurridos dos años decayeron los derechos de los demandantes. La AP apreció en el notario incumplimiento de la obligación de asesoramiento que le incumbía además de infracción del deber de información a los consumidores. Como señala el TS hay una falta de congruencia entre lo que falla la SAP y lo que pide la parte actora, que basa la responsabilidad del notario en la falta de inscripción y por tanto en el incumplimiento del deber de tramitación. En esta última tarea (la gestión) "actúan como profesionales y no ejercen función pública"; "las actividades de asesoramiento sí pertenecen al ámbito de sus funciones públicas en el ejercicio de la fe pública notarial en la esfera de los hechos y en la esfera del derecho".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016(48) exime, sin embargo, al notario, de la indemnización solicitada por la

(46) Tribunal Supremo, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, RJ 2007\8124. De manera casi idéntica la DGRN (Resolución de 16 enero 1996. RJ 1996\5041) había señalado con anterioridad que "la actividad de tramitación es una actividad extra notarial, en el sentido de que no forma parte de la función notarial, ni puede formar parte de ella, hay que destacar, no obstante, que al llevarla a cabo el notario no está actuando, desde luego, «como notario», pero sí lo está haciendo «por ser notario».

(47) Sentencia de 14 de mayo de 2008, RJ 2008\307.

(48) RJ 2016\2320.

recurrente porque en el tiempo transcurrido entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción de la hipoteca en el Registro había quedado inscrita una primera hipoteca sobre la misma finca, quedando pospuesta la otorgada por la recurrente, resultando «no probado que se haya consumado la producción» de los concretos daños y perjuicios cuya indemnización pidió la actora en su demanda.

V. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DE LA INFORMACIÓN O INFORMACIÓN DEFECTUOSA SOBRE EL ESTADO DE CARGAS DEL INMUEBLE

1. Normativa aplicable

En el proceso adquisitivo de un bien inmueble, la intervención notarial supone una garantía para el comprador y un elemento que aporta tranquilidad al adquirente al realizar la operación, pues implica el medio de asegurarse de que está adquiriendo un inmueble libre de cargas y que en esas condiciones va a convertirse en dueño. Aunque la ley no exige la intervención notarial en la compraventa, el recurso al notario es más que frecuente, como testigo de excepción que asegura que se cumple la legalidad vigente.

El notario está obligado a exigir la exhibición del título de propiedad(49), a examinarlo y a comprobar la identidad del derecho contenido en el mismo, su extensión, sus limitaciones y la capacidad

(49) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de marzo de 2004 resuelve un supuesto de discrepancia entre la titularidad registral y la que se expresaba en el documento de reserva los compradores, que deberían haber exigido que se les exhibiera el título que salvara tal discrepancia entendiendo que, quien opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia no es merecedor de la protección, o de la exoneración de la sanción, que se otorga al de buena fe.

La responsabilidad del notario tiene su base en que el título del transmitente estaba constituido por la sentencia de divorcio más el convenio regulador, formando conjuntamente ambos documentos un todo unitario, puesto que cada uno de dichos elementos por separado en ningún caso podían acreditar la titularidad del transmitente. En la escritura autorizada por dicho notario se recoge no sólo las manifestaciones de las partes y la información recibida por fax, sino que da fe (y ello no es una manifestación de ninguna de las partes) de que se le exhibe el título del transmitente. Si se le exhibió la sentencia y no el convenio regulador no puede afirmar, como consta en la escritura de transmisión, que se le ha exhibido el título, puesto que en la sentencia no se contiene ninguna referencia a la adjudicación al transmitente sino exclusivamente al hecho de la disolución de su matrimonio con la demandante.

dispositiva del titular. Respecto de la descripción de la finca, preguntará a los interesados sobre su estado actual, las posibles cargas e impuestos o contribuciones pendientes. En una segunda fase de redacción del documento, el título será indispensable para hacer constar las circunstancias esenciales del mismo(50). La exhibición del título, no obstante, solo tiene un valor informativo. Por ello, junto a la información que proporcionen las partes, el Reglamento Notarial establece la obligación del notario de comprobar el estado de cargas del inmueble.

El art. 175.1 del Reglamento Notarial (RN) ordena que "a los efectos de informar debidamente a las partes acerca del acto o negocio jurídico, el notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o constitución de derecho real sobre aquellos, deberá *comprobar la titularidad y el estado de cargas de aquellos*".

El art. 175 del RN fue redactado por el número 91 del artículo primero del RD 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. Posteriormente, el TS anuló el inciso final del apartado b) del número 5. El número 5 del art. 175 hace referencia a los supuestos en los que resulta excepcionado el deber del notario al que hacen referencia los apartados anteriores:

- a) Cuando se trate de actos de liberalidad
- b) Cuando el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declare satisfecho de la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente y por lo pactado entre ellos. *«Siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice y todo ello sin perjuicio de que el notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente».*

(50) La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2005 señala que la exhibición del título permite al notario controlar la situación y el poder del vendedor, así como las cargas y gravámenes afectantes al inmueble objeto de la transmisión, mediante el examen de los títulos antecedentes, no pudiendo sustituirse el título auténtico por las referencias que existan a él en otros documentos o certificaciones de Registros públicos. No sustituye al título la información registral que haya obtenido el notario pues, además de tener un simple valor informativo, esa información no impide el que simultáneamente pueda estar autorizándose otra escritura a favor de personas distintas en otro lugar.

El inciso en cursiva fue anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 mayo 2008 de la Sala 3ª(51).

Apunta RIPOLL SOLER(52) que la supresión no es desacertada, más que por el argumento de que con la línea de la Sentencia la escritura se otorga siempre, por el argumento de que las partes ya son suficientes para auto tutelarse, sin embargo, tampoco cambia tanto el sistema con la supresión, pues normalmente si se renuncia a la información se firma igualmente la escritura si se insiste en el otorgamiento; el notario lo único que suele hacer es advertir.

2. Medios de hacer la comprobación

Puesto que la norma establece que el notario deberá *comprobar la titularidad y el estado de cargas* (de los inmuebles), veamos qué medios tiene a su alcance para cumplir con este mandato.

En relación con la manera de hacer la comprobación sobre el estado de cargas del inmueble, el apartado segundo del art. 175 RN indica:

1º) Que esta comprobación ha de llevarse a cabo mediante los medios telemáticos que prevé la Ley Hipotecaria.

2º) Que excepcionalmente, en supuestos de imposibilidad técnica, se hará mediante un escrito con el sello del notario, que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax”, en cuyo caso se estará a lo que dispone el apartado cuarto del art. 175.

La Ley 24/2005, consagró el acceso telemático notarial a los Registros con la finalidad de la comprobación inmediata del estado de cargas del inmueble, modificando el artículo 222.10 de la Ley Hipotecaria según el cual: “la manifestación de los libros del Registro deberá hacerse, si así se solicita, por medios telemáticos. Dicha manifestación implica el acceso telemático al contenido de los libros del Registro. A tal efecto, si quien consulta es una autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio y cargo, cuyo interés se presume en atención a su condición, el acceso se realizará sin necesidad de intermediación por parte del Registrador”.

(51) RJ 2008\3491.

(52) RIPOLL SOLER. A. “Comentario de urgencia a la sentencia del tribunal supremo que suprime determinados preceptos de la reforma del reglamento notarial”. [https://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2008/18comentariourgencia STSRN-ANTONIORIPOLL.htm](https://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2008/18comentariourgencia%20STSRN-ANTONIORIPOLL.htm)). Consultado el día 14 de junio de 2019.

En los años siguientes a la entrada en vigor de la norma citada fueron muchas las críticas que se hicieron a la falta de interés de su efectiva puesta en marcha. A día de hoy este acceso no ha sido posible, en perjuicio de la seguridad jurídica preventiva.

Por algún sector del colectivo de notarios se apunta a razones puramente corporativas, e incluso a que la consulta telemática indiscriminada puede suponer una merma de los ingresos del Registrador por la expedición de notas simples. No se comprende el recelo registral, siendo el notario funcionario público cuyo interés se presupone, con firma electrónica reconocida prácticamente desde su implantación en España con conexión segura y directa. Se ha propuesto que el contenido nuevo de los Libros ya sea tratado *ab initio* digitalmente con objeto de que su acceso sea telemático, y que el contenido anterior se prepare para el acceso telemático cuando sea necesario, por procederse a realizar una actuación sobre una finca (53), como ocurre con la Oficina Virtual del Catastro.

El propio Tribunal Supremo (54) ha señalado que "el acceso *on line* de los notarios a los libros del Registro de la Propiedad aumentaría la seguridad jurídica de los ciudadanos "

En cualquier caso, son muchas las voces que se han alzado en este sentido. El Notariado, como institución, ha reclamado que se cumpla la Ley y se permita el acceso telemático a los Registros. El Consejo General del Notariado alerta de los daños que está provocando a los ciudadanos que los registradores no permitan el acceso *on line* a los libros de los registros públicos, incumpliendo el mandato legal (55). Se critica el incumplimiento del Colegio de Registradores en orden a la necesidad de informatizar el contenido del Registro, lo que impide disponer de una base digitalizada a la que acceder. Aun habiéndose eliminado la necesidad de acreditación que el notario debía efectuar al Registrador para solicitar la información y la necesidad de intermediación del Registrador cuando quién accedía telemáticamente era un funcionario, ya que se identificaba mediante la firma electrónica, las cosas siguen igual.

Ante la inoperatividad de la primera de las opciones, la segunda de las consagradas en el art. 175 RN hace referencia a la solicitud

(53) LLOPIS, J.C. en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1318/73/acceso-on-line-del-notario-a-los-libros-del-registro>. Consultado el día 13 de enero de 2020.

(54) STS de 18 de marzo de 2014. RJ 2014/1829.

(55) Vid. editorial del número de mayo-junio de 2014 de la Revista Escritura Pública: "La importancia de que se cumpla la Ley y se permita el acceso a los Registros".

mediante un escrito con el sello del notario que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso por fax. Aunque ello amplía las posibilidades de hacer la solicitud mediante correo electrónico firmándola digitalmente (56), o simplemente con el sello del notario y debiendo el Registro proporcionar la información por el mismo medio mediante el que se solicitó (57), no puede negarse que resulta anacrónico el recurso al telefax. Es difícil probar con absoluta certeza la fecha de su recepción y excesivamente fácil su manipulación, por lo que no parece que en pleno Siglo XXI sea el medio más idóneo de comunicación entre notarios y Registradores.

De emplearse esta segunda opción –la única posible en la práctica–, debe atenderse al art. 175.4 RN, que hace referencia al contenido de la solicitud de información, debiendo otorgarse la escritura dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el notario de la información registral, advirtiéndole éste a las partes de la posible discordancia entre la información registral y los Libros del Registro, al no producirse el acceso telemático a estos en el momento de la autorización (ex. Art. 175 2 y 4 RN). Si se otorga la escritura y se presenta inmediatamente después telemáticamente en el Registro, no habiendo existido comunicación respecto del estado de la finca desde la recepción de la información (58), que puede pedirse

(56) Así lo reconoce la Resolución de consulta de la DGRN de 12 de noviembre de 1999 y la consiguiente Resolución-Circular de la DGRN de 26 de abril de 2000 (BOE 119, de 18 de mayo). La Instrucción de la DGRN de 19 de octubre de 2000 (BOE núm. 269 de 9 de noviembre) sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos, circunscrita en realidad al ámbito de los artículos 175 y 249 del RN en relación a los artículos 354.a y 418.4 del RH obliga a los Colegios Profesionales de notarios y Registradores a realizar una actividad (la provisión de servicios de certificación) que es de libre mercado, conforme a la Directiva Comunitaria de firma electrónica, que establece un sistema de libre competencia en la prestación de estos servicios, por lo que a juicio de GARCÍA GARCÍA merece una crítica desfavorable. Vid. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Legislación Hipotecaria Básica. Reglamento Hipotecario*. Tomo I, &1.2. Registradores de España-Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2014, pág. 1106.

(57) "Las solicitudes de información respecto a la descripción, titularidad, cargas, gravámenes y limitaciones de fincas registrales pedidas por los notarios por telefax serán despachadas y enviadas por el Registrador al solicitante, por igual procedimiento, de acuerdo con las siguientes reglas..." (Art. 354.a RH)

(58) "El Registrador, dentro de los nueve días naturales siguientes al de remisión de la información, deberá comunicar también al notario, en el mismo día en que se haya producido, la circunstancia de haberse presentado en el Diario otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial. Idéntica obligación incumbe al Registrador respecto de las solicitudes poste-

sin expresión de plazo o para un día determinado(59), las garantías de seguridad son casi totales.

Finalmente, y junto a este medio, el apartado 3 del art. 175 RN prevé la utilización de la firma electrónica con carácter previo al otorgamiento: "Sin perjuicio de que como medio de preparación para la redacción de la escritura se acceda a los Libros del Registro de la Propiedad, el notario deberá efectuarlo también *en el momento inmediato más próximo a la autorización de la escritura pública bajo su responsabilidad*. En cualquier caso, el acceso se realizará sin intermediación del registrador mediante el empleo de la firma electrónica reconocida del notario y en los términos previstos en el artículo 222.10 de la Ley Hipotecaria.

Dicho acceso sólo podrá efectuarse en el cumplimiento estricto de las funciones que la legislación vigente atribuye al notario. El notario testimoniará e incorporará a la matriz el contenido del acceso telemático, indicando el día y la hora de éste."

De incumplirse lo preceptuado, el notario incurriría en la responsabilidad prevista por el art. 146 (pfo. 1º) del RN en los siguientes términos: "El notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieran repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados". El perjudicado puede dirigirse a la Junta Directiva del Colegio Notarial, que hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización (pfo. 2º del art. 146 RN).

riores de información registral relativas a la misma finca y que, procedentes de otros notarios, reciba en el plazo indicado "(art. 354.a.5 RH)

(59) La STS de 20 de mayo de 2008 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (RJ 2008\3491) interpreta este último párrafo del art. 175.4 RN en el siguiente sentido: "La posibilidad de que el notario solicite la información para un día determinado, dentro de los quince siguientes a la petición, a la que también se alude en la regla 6ª del art. 354.a RH, ha de interpretarse en relación con las reglas generales contenidas en dicho precepto, en el sentido de que ello no altera el régimen y plazos de despacho de la solicitud por el Registrador, atendidas las circunstancias de la misma y según los distintos supuestos que se contemplan. Por lo que tampoco advierte la imposición de nuevas obligaciones al respecto que no estuvieran previstas en dicho art. 354.a."

3. La posición de la jurisprudencia

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014 (60) resolvió a favor del demandante y condenó al notario (confirmando la resolución de la Audiencia) al resultar acreditado que hubo un error de comunicación entre el oficial de la notaría que se ocupaba de la escritura y el empleado del registro, pero que entendiéndose demostrado que el registro facilitó la información solicitada mediante nota de información continuada, comunicando la entrada de un mandamiento de embargo sobre la finca objeto de la operación notarial sin que el demandado acredite que el documento no llegó por razones técnicas, sino que, al contrario, del examen pericial resulta una apariencia de que el "report" llegó a su destino con fecha anterior a la del otorgamiento de la escritura de compraventa. En cumplimiento del art. 146 RN y sin poder negarse un nexo de causalidad entre la conducta del notario de omitir el estado actual de las cargas que pesaban sobre el inmueble y el detrimento patrimonial del comprador que se obliga a pagar un precio por un inmueble que como consecuencia del embargo apenas vale.

Concluye el Tribunal Supremo que corresponde al notario tener los medios técnicos necesarios para prestar sus servicios y cerciorarse que informa al comprador de las cargas que pesan sobre las fincas que compra. Declarándose probado que el sistema de comunicación entre la notaría y el registro no funcionó, pero que el registro emitió correctamente la comunicación en la que informaba del embargo, la ignorancia del notario sobre la existencia de esta carga es inexcusable, por lo que debe responder de los daños y perjuicios ocasionados al comprador.

El TS entiende que la causa del daño es la "ignorancia inexcusable" sobre el estado de cargas del inmueble. Argumenta que el notario, en su doble condición de funcionario público y de profesional del derecho, tendría a su disposición los medios técnicos necesarios para conocer la existencia del embargo y es este motivo el que desencadena el título de imputación de la responsabilidad. Para OTERO CRESPO (61) los criterios de «dolo, culpa o ignorancia inexcusable» constituyen una tríada innecesaria, sobre todo porque esta última no constituye un criterio de imputación per se, al no ser más que una modalidad agravada de negligencia, por lo que habría sido más correcto recurrir a la culpa como de criterio de imputación subjetiva.

(60) RJ 2014/1829.

(61) OTERO CRESPO, M. "Un caso de responsabilidad civil notarial", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n.º 3, julio-septiembre 2014, págs. 137-140.

En opinión de MUÑOZ ARANGUREN (62), da la impresión que se imputa una responsabilidad cuasi-objetiva al notario por la alegada carencia de los medios técnicos necesarios para desempeñar su función pública y, continua apuntando que, no debía tan estar absolutamente convencido el Tribunal Supremo de la existencia del nexo causal entre la alegada negligencia del notario y el daño sufrido por la perjudicaba –o al menos de que la responsabilidad por lo ocurrido no fuera también, en parte, imputable a la registradora–, cuando finaliza la resolución recordando algo que, por lo demás, no era preciso incluir en la sentencia: “Lo anterior no prejuzga la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir el registrador de la Propiedad frente al notario, si se llega a demostrar que los problemas de comunicación también fueron debidos al sistema informático del Registro”.

Exime de responsabilidad al notario la STS de 23 de noviembre de 2015 (63). Se le imputaba falta de información sobre las cargas de una finca objeto de permuta que, según la vendedora, había quedado liberada de la hipoteca por una instancia privada de distribución de la responsabilidad hipotecaria que tuvo acceso al Registro después de la escritura de entrega de bienes en cumplimiento del contrato de permuta. El notario no dispuso de dicha instancia privada, por cuanto la única intervención que tuvo en el procedimiento fue legitimar notarialmente las firmas.

En términos generales, la responsabilidad del notario debe circunscribirse a los hechos en los que interviene. Así lo determinó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de julio de 1965 (64) : “... nace del perjuicio que puede irrogarse a un particular, por acción u omisión del deber oficial que incumbe al notario, cuando incurra en culpa, negligencia o ignorancia inexcusables”, y apunta que *si en todas las funciones del Poder público, es la responsabilidad una garantía de actuación jurídica correcta, su importancia en la institución de la fe pública ha de ser grande, ya que cada notario asume personalmente todas las atribuciones inherentes a la potestad notarial, y el acto notarial es completo con la sola intervención del notario, no pudiendo traspasar el campo de acción que tiene señalado, esto es, debe concretarse a los hechos en que personalmente interviene y que están directamente sometidos a su criterio, no a aquellos que*

(62) MUÑOZ ARANGUREN, A. “¿Imputación objetiva o responsabilidad objetiva? Comentario a la STS 126/2014, de 18 de marzo”, *Diario La Ley* Año XXXV, Número 8346, jueves, 3 de julio de 2014, págs. 2 a 8.

(63) RJ 2015\5318.

(64) RJ 1965\3696.

teniendo relación más o menos directa con el acto que se efectúa, son ajenos al mismo.

En relación con la actuación de un notario que sustituye a otro, éste asume frente a los otorgantes las mismas obligaciones que el sustituido (art. 22 LN) (65). Se trataba de que no se había cumplido la normativa de la Comunidad de Madrid que exige acreditar previamente a la escritura de división de terrenos el otorgamiento de licencia de parcelación. Los codemandados (sustituido y sustituto) interpusieron recurso de casación contra la sentencia que estimó parcialmente la demanda. Finalmente, el Tribunal Supremo excluye la responsabilidad de los profesionales por cuanto la norma urbanística alegada es susceptible de interpretación, ya que es aplicable a las segregaciones realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley, aunque se hayan formalizado documentalmente después de su vigencia.

VI. FORMAS DE REPARAR EL DAÑO

Si los daños y perjuicios que puede causar un notario con motivo de su actuación profesional no pueden ser resueltos por una nueva escritura, solo pueden dar lugar al pago de una indemnización (66). En esta STS de 28 de septiembre de 2015 el Tribunal Supremo se refiere a las distintas formas de reparar el daño:

— Reparación específica o in natura. Siendo posible mediante la reparación in natura del daño o el cumplimiento in natura de la obligación incumplida en la responsabilidad contractual. Se trata de reintegrar la esfera jurídica lesionada a su estado anterior a la causación del daño.

El Tribunal Supremo puso de manifiesto en la Sentencia de 13 de junio de 2005 (67) que esta forma de reparación es preferente a la indemnización por equivalencia, siempre que sea posible y el interesado la prefiera.

— Indemnización por equivalencia, resarciendo el menoscabo patrimonial mediante la entrega de una cantidad. Es la solución que estima el Tribunal Supremo en resoluciones más recientes (68), aun entendiéndola como una excepción a la regla general del artículo 1098 del Código Civil pero consigue la finalidad pretendida de que

(65) RJ 2002/9927.

(66) RJ 2015/4368, sobre la base del art. 146 RN.

(67) RJ 2005/4369.

(68) STS 16 marzo de 2011. RJ 2011/4251.

el patrimonio del perjudicado quede en la situación más parecida posible a la existente antes de producirse el daño.

A falta de un procedimiento específico para dar cauce procesal a la responsabilidad civil del notario, habrá de llevarse a cabo mediante el juicio declarativo ordinario.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS ALONSO, M. "La responsabilidad civil de Registradores y notarios", *Cuadernos de derecho judicial*, N.º 7, 2003 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad civil profesional / José Ignacio Álvarez Sánchez (dir.), págs. 67-132.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, R. "La responsabilidad civil de los profesionales jurídicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Diario La Ley*, N.º 9093, Sección Dossier, 4 de diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 16783/2017.
- BOTANA GARCÍA, G. "Responsabilidad profesional de notario que no da lugar a indemnización. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.ª) de 14 de septiembre de 2010", *Práctica de Derecho de Daños*, La Ley 14505/2010, diciembre de 2010.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Responsabilidad por informar", en el libro *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, págs. 171 a 206.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. "Responsabilidad civil de los notarios", *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 5, N.º. 14, 2007, págs. 73-107.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. *Legislación Hipotecaria Básica. Reglamento Hipotecario*. Tomo I, &1.2. Registradores de España-Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2014.
- MOLLAR PIQUER, M.P.-VILAR GONZÁLEZ, S. "La responsabilidad del notario por actos de sus empleados", *Actualidad Civil*, N.º 11, Sección A Fondo, noviembre 2013, pág. 1245, tomo 2, Editorial Wolters Kluwer LA LEY 7717/2013.
- MUÑOZ ARANGUREN, A. "¿Imputación objetiva o responsabilidad objetiva? Comentario a la STS 126/2014, de 18 de marzo", *Diario La Ley*, Año XXXV, Número 8346, jueves, 3 de julio de 2014, págs. 2 a 8.
- OTERO CRESPO, M. "Un caso de responsabilidad civil notarial", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, nº3, julio-septiembre 2014, págs. 137-140.
- PRATS ALBENTOSA, L. "De cómo un notario es responsable porque no demostró que un fax emitido por el registro no llegó a su notaría. A propósito de la STS de 18 de marzo de 2014, proceso Natrolita, S.L. vs Sermas S.L. y D. S.G.D., notario", en *Diario la Ley*, nº 8359, 22 de julio de 2014.
- TAPIA HERMIDA, A. "La responsabilidad civil del notario y su aseguramiento", Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 16 de noviembre de 2017.

VERDERA SERVER, R. *La responsabilidad civil del notario*, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

VON WICHMAN ROVIRA, G. "La responsabilidad extracontractual o derecho de daños", en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, obligaciones y Contratos, vol. 3º, coordinado por SIMÓ SANTONJA, V. L. Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 849 a 1209.

VIII. JURISPRUDENCIA CITADA Y CONSULTADA

TRIBUNAL SUPREMO SALA PRIMERA (CIVIL)

STS de 3 de julio de 1965. RJ 1965\3696.

STS de 11 de junio de 1988. RJ 1988\4869.

STS de 6 de mayo de 1994. RJ 1994\3718.

STS de 18 de marzo de 1998. RJ 1998\1350.

STS de 5 de febrero de 2000. RJ 2000\251.

STS de 6 de junio de 2002. RJ 2002\6755.

STS de 15 de noviembre de 2002. RJ 2002\9927.

STS de 19 de julio de 2003. RJ 2003\5387.

STS de 9 de febrero de 2005. RJ 2005\1402.

STS de 13 de junio de 2005 RJ 2005\4369.

STS de 28 de noviembre de 2007. RJ 2007\8124.

STS de 14 de mayo de 2008. RJ 2008\307.

STS de 18 de marzo de 2014. RJ 2014\1829.

STS de 28 de septiembre de 2015 RJ 2015\4368.

STS de 23 de noviembre de 2015. RJ 2015\5318.

STS de 3 de junio de 2016. RJ 2016\2320.

STS de 19 diciembre de 2018. RJ 2018\5525.

STS de 18 de diciembre de 2019. RJ 2019\5131.

TRIBUNAL SUPREMO SALA TERCERA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO)

STS de 13 de octubre de 1998. RJ 1998\9452.

STS de 20 mayo 2008. RJ 2008\3491.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 8 de abril de 2009. AC 2009\1680.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 julio de 2010. AC 2010\635.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de marzo de 2004. AC 2004\1245.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 julio de 2017. JUR 2017\230784.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 noviembre de 2018.
JUR 2018\20129.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

RDGRN de 26 de septiembre de 1995. (RJ 1996/1686).

RDGRN de 16 enero 1996. RJ 1996\5041.

Resolución-Circular de la DGRN de 26 de abril de 2000. BOE 119, de 18 de mayo.

Instrucción de la DGRN de 19 de octubre de 2000. BOE núm. 269 de 9 de noviembre.

RDGRN de 7 de febrero de 2005. RJ 2005\2452.

RDGRN de 6 junio de 2006. BOE núm. 169, de 17 de julio de 2006.

EL TS “RESUCITA” LOS PODERES GENERALES. COMENTANDO LA ESPERADA SENTENCIA DEL PLENO DEL TS DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2019

Miguel I. Gallut Ortega
Notario de Alzira

Ciertamente se puede afirmar que en su día la Sentencia del Tribunal Supremo 687/2013 de 6 de noviembre de 2013 sacudió los cimientos del principio de seguridad jurídica en el ámbito de los negocios representativos.

Fueron numerosas las voces de juristas de prestigio que se alzaron al unísono contra la citada sentencia, críticas no exentas de fundamento y que a la vez se esforzaban en tratar de buscar una explicación al sorprendente resultado que el pronunciamiento del Tribunal Supremo había alumbrado.

La criticada sentencia recogía un supuesto en el que un padre confirió un poder general a su hijo en el año 1998, figurando entre sus facultades expresamente la de “hacer y aceptar donaciones puras, condicionales u onerosas”, ingresando el padre posteriormente en una residencia. En 1999 el hijo apoderado otorgó escritura de donación haciendo uso del poder a favor de su pareja de hecho, con la que hubo un hijo. Posteriormente el padre salió de la residencia y en 2001 revocó el poder, falleciendo en 2006 no sin antes haber otorgado testamento instituyendo heredera universal a otra hija distinta del apoderado. Tras el fallecimiento el hijo apoderado inscribió la donación.

En este supuesto el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Barcelona señaló que un poder general en el que se venían relacionando varias facultades, incluida la de hacer donaciones, no equivalía a mandato expreso, exigido legalmente como acto de riguroso dominio.

Por su parte la Audiencia Provincial sentenció que para efectuar actos de riguroso dominio era necesario el mandato expreso al amparo del art. 1713, sin que baste el mero poder general aunque en el mismo se comprendan los negocios jurídicos que sirvan de base para la realización de aquellos actos.

Finalmente el Tribunal Supremo entendió que la cuestión se centra en el mandato como relación entre los contratantes respecto a un acto jurídico, y representación relación con el tercero, lo cual a su vez debe relacionarse con el art. 1713 párrafo segundo que exige mandato expreso (a lo que de forma incomprensible añade el alto tribunal "o específico") para actos de disposición (o de riguroso dominio). Señala igualmente que *"lo que, además exige la jurisprudencia es para la validez (o existencia) de un concreto acto dispositivo es preciso que se concrete en EL MANDATO CON PODER DE REPRESENTACIÓN, EL ACTO Y OBJETO CON SUS DETALLES ESENCIALES..."* para lo cual trae a colación la sentencia del propio Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2010 (que era relativa a un poder general para pleitos y la facultad de transigir).

Concluye de forma peligrosa "conforme a la DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE AHORA SE REITERA, es que el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición, solo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, EN FORMA BIEN DETERMINADA." Por todo ello acaba confirmando y decretando la inexistencia por falta de consentimiento.

Como señalamos anteriormente han sido muchas las críticas que ha recibido la mencionada sentencia, y también varias las teorías que han tratado de entender como nuestra alta instancia pudo llegar a esta solución, como el caso de DON JOSEP MARIA VALLS XUFRE (1), que da una posible explicación interesante a la causa del error del tribunal pues partiendo de la sentencia de 2010 que alegó el propio Tribunal Supremo, entiende que se puede estar confundiendo el "poder especial" del art. 25 LEC con el poder expreso del art 1713 CC, todo ello unido a la búsqueda de un criterio de justicia para el

(1) ARTÍCULO PODER GENERAL VS PODER CONCEBIDO EN TÉRMINOS GENERALES, Dirección general de los Registros y el Notarios vs Tribunal supremo, de DON JOSEP MARÍA VALLS XUFRE notario de Barcelona (LA NOTARÍA 2-3/2016). Se aborda con gran detalle la sentencia de 6 de noviembre de 2013, parte de una análisis de la relación entre mandato y poder, efectuando con gran rigor jurídico la crítica a la sentencia, destacando su interpretación sobre el art, 25 LEC, y concluye con un estudio interesante de la protección de los terceros.

caso concreto, lo cual obviamente él no justifica, pues el propio autor nos muestra un camino más acorde con nuestro ordenamiento para la resolución del conflicto, como es el la buena fe y el abuso de derecho del art. 7 CC y 1258 CC; también el caso de DON CARLOS PÉREZ RAMOS(2) quien entiende que el TS se está refiriendo al mandato no a la representación, por lo que en realidad la sentencia no es a su juicio ni tan rupturista ni revolucionaria como a simple vista parece. Por su parte también hay compañeros que como DON FRANCISCO ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ(3) que critica duramente el pronunciamiento, entre otras razones y con gran solvencia jurídica por la terminología empleada en el pronunciamiento: como equiparar el mandato expreso al "específico" y los actos de riguroso dominio con los actos dispositivos, y afirmando que ***"supongo que el tribunal supremo ha pretendido destruir los comúnmente llamados "poderes de ruina", cuya utilidad es innegable, pero cuyos riesgos son tremendos, pero lo que ha destrozado son todos los poderes expresos concedidos en términos generales"***.

No obstante podemos afirmar que esta polémica doctrina no ha vuelto a repetirse por el TS (empero ahí estaba ya recogida), ni siquiera la DGRN hoy DGEJFP ha recogido tal planteamiento, lo que nos demuestra su difícil encaje y las perversas consecuencias que del mismo podrían llegar a derivarse. En este sentido se puede citar Resoluciones del Centro Directivo posteriores a la sentencia como la de 25 de octubre de 2016, que admitió la inscripción de una donación que el apoderado se efectuaba así mismo en virtud de un poder general que contenía las facultades de autocontratar y de donar. El Registrador suspendió la inscripción precisamente al amparo de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Noviembre de 2013. La Dirección General nos muestra con claridad y sencillez que debe distinguirse entre mandato y poder, y que también es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo según la cual si bien para efectuar actos de riguroso dominio se necesita mandato expreso, no es necesario

(2) ¿QUE LE PASA AL TS CON LOS PODERES? De DON CARLOS PÉREZ RAMOS notario de Madrid, (NOTARIO DEL SIGLO XXI, NÚMERO 54, MARZO ABRIL 2014), en él su autor efectúa con gran solvencia jurídica una crítica de la sentencia, destacando que no es tan "rompedora" como parece, y del cual también destacamos la crítica de la sentencia de 13 de febrero de 2014, en relación al art. 1738 CC.

(3) TRIBUNAL SUPREMO 6 DE NOVIEMBRE DE 2013, UN VARAPALO AL PODER GENERAL. Por DON FRANCISCO ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ notario de Sevilla (notariofranciscorosaes.com), recoge una crítica no solo fundada jurídicamente, sino desde un aspecto práctico a la sentencia de 2013.

que el poder especifique los bienes de forma concreta y específica. Por tanto llega a la conclusión de que los poderes generales son válidos para efectuar donaciones, siendo una cuestión totalmente distinta el hecho de que el mandatario se haya extralimitado en el uso de las facultades conferidas, cuestiones que se escapan del ámbito notarial y registral, correspondiendo a los tribunales corregir los posibles abusos.

En el mismo sentido la RDGEJFP de 1 de Febrero de 2018, en la que entre otras cuestiones relativas al negocio de préstamo hipotecario, admite la utilización de un poder general con las facultades de tomar dinero a préstamo e hipotecar, para otorgar una escritura de préstamo hipotecario, en la misma resolución se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de MAYO DE 2016, que a juicio de la Dirección General supuso superar la antigua doctrina de la comentada Sentencia de 2013.

Por su parte como dijimos anteriormente ni siquiera el propio Tribunal Supremo ha vuelto a hacer uso de esta doctrina, pues en su sentencia de 20 Mayo de 2016 que citó la DG, contemplaba un caso curioso en el que en términos generales, pues es más complejo, dos hermanos se daban poderes con un haz muy amplio de facultades, que incluía la facultad de enajenar pero sin auto contratación, y todo ello recíprocamente junto con su madre, siendo revocados con posterioridad, y a pesar de esa revocación y alegando desconocimiento de la misma, cada hermano utilizó los poderes del otro para vender las participaciones de su hermano a su mujer el primero y el segundo a su madre y a sus hijos. En esta sentencia en modo alguno se plantea el hecho de que se trata de *un poder general y que solo puede alcanzar a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada*, sino que para dejar sin efecto los negocios impugnados se basa en los deberes de lealtad y fidelidad que son las auténticas directrices en el desarrollo de las facultades que debe realizar el apoderado, y ello con fundamento en la Buena Fe de los arts. 7 y 1258 CC y en el criterio general de la diligencia específica aplicable en los negocios de gestión del art. 1719 CC. Por la forma de actuar se llega a la clara conclusión de que se han excedido de las facultades encomendadas, quedando claro que el apoderado actuó sin seguir instrucciones del mandante, y es más que no actuó en interés del mandante sino en el propio.

Finalmente es así como llegamos a la cúspide de la evolución con la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre de 2019. En esta transcendental sentencia se resuelve la cuestión que venimos exponiendo, pero a diferencia de la anterior, en la que si bien se

aparta del criterio de la sentencia de 6 de noviembre de 2013, pues no lo menciona, en esta lo RECHAZA EXPRESAMENTE (señala que *"no procede mantener el criterio de la sentencia 687/2013 de 6 de noviembre"*), por lo que podríamos considerar rectificado su criterio al respecto (lo cual es fundamental porque si examinamos los procedimientos al detalle, las instancias inferiores venían basándose en la sentencia de 2013 al examinar los casos).

La sentencia que comentamos es fundamental en la materia pues como muy bien expresa en los antecedentes:

"analiza, de una parte, la suficiencia de un poder con especificación de la facultad de "vender o enajenar bienes inmuebles" aunque no se designen bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas.

Por otra parte, se valora si, en atención a las circunstancias concurrentes, se ha producido un abuso del poder de representación y si los terceros tenían o podían tener conocimiento del carácter abusivo o desviado del acto de ejercicio del poder, con la consecuencia de la ineficacia del negocio estipulado por el representante con tales terceros".

Los hechos a los que se refiere básicamente son los siguientes, una señora otorga un poder general, que incluye entre otras la facultad de vender o enajenar inmuebles, tomar dinero a préstamo y salvando la autocontratación, en favor de su hijo en un municipio, y posteriormente y en el mismo día, en la capital de su provincia, otorga en escritura un derecho de opción de compra sobre los derechos y cuotas indivisas que le correspondían a él y a su madre poderdante sobre un inmueble y un garaje, todo ello a una señora que aparece representada también por su hijo, reconociendo haber recibido su precio.

En el mismo día y ante el mismo Notario otorga otra escritura pública reconociendo adeudar él y su madre la cantidad de veinticuatro mil euros en concepto de préstamo a una tercera persona también representada por su descendiente. Posteriormente la autoridad judicial estimó que ambos negocios estaban conexos, buscando una finalidad de financiación.

Más tarde falleció el hijo, y tanto la acreedora como la beneficiaria de la opción interponen sendas demandas exigiendo sus derechos. Y finalmente la madre poderdante acaba interponiendo una demanda de juicio ordinario en la que se ejercitaba una acción de nulidad de contratos contra las anteriores, y con ella la de las inscripciones causadas.

La demandante alegó que el poder se había otorgado con la finalidad de que su hijo tramitara la inscripción de la herencia de su difunto marido. Que por tanto y además las escrituras de opción de compra y de préstamo se habían suscrito sin su consentimiento y sin su conocimiento, por lo que se había realizado con un abuso de las facultades concedidas en el poder y un uso incorrecto del mandato. Así mismo justificó la mala fe de las demandadas en circunstancias tales como el otorgamiento en el mismo día, el bajo precio reconocido a la vivienda en la opción, entre otras circunstancias. Invocó como fundamentos de la nulidad la faltad de consentimiento ex art. 1261 CC, y los arts. 1724 y 1727, relativos a la falta de vinculación del mandante en lo actuado por el mandatario si traspasa los límites del mandato, los efectos de la nulidad del art. 1303 CC, la Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908, y el fundamental art. 7 CC en relación a la buena fe y el abuso de derecho.

En primera instancia se desestimó la demanda fundamentalmente por falta de prueba, pues entendió que no había quedado acreditado el abuso de poder por la demandante a quien correspondía aportar la escritura de poder, ex art. 217 LEC.

Sin embargo se apeló a la Audiencia, y la misma estimó la demanda.

La Audiencia tras entender que las operaciones respondían a una misma operación financiera, que la opción se concedía por un valor muy inferior al del mercado y que la poderdante no había autorizado la enajenación y que igualmente no se presumía una tácita autorización, señala que si bien se reconoce la eficacia probatoria de los instrumentos públicos DEBÍA APLICAR LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL EXCESO DE PODER, entendiendo que la cuestión debatida transcendía la verificación de la facultad en el instrumento, AL SER EXIGIBLE UNA AUTORIZACIÓN O MANDATO EXPRESO.

Para ello se basa en algunas sentencias como la de 27 de enero de 2000, en la que básicamente exige que la extralimitación del poder debe determinarse atendidas las circunstancias del caso, la intención y voluntad del poderdante cuando lo concedió y el por qué lo concedió, y por su puesto las sentencias de 26 de noviembre de 2010 y de 6 de noviembre de 2013, exigiendo para los actos dispositivos que "se designen específicamente los bienes sobre los cuales el mandatario puede ejercitar dichas facultades" sin que sea suficiente hacerlo de forma genérica y "que el mandato representativo cuyo poder se refiere a un acto o actos de disposición solo alcanza a un acto concreto cuando este ha sido especificado en el sujeto y objeto, en forma bien determinada" sin que sea suficiente

la referencias genéricas. Como vemos los argumentos que venimos comentando.

Finalmente las demandas interpusieron recurso por infracción procesal y en lo que nos interesa, recurso de casación.

El recurso de casación trata de resolver y a nuestro juicio lo hace con acierto, dos cuestiones cuales son, "LA NECESIDAD DE PODER ESPECÍFICO PARA ENAJENAR O GRAVAR INMUEBLES" y "LA INTERPRETACIÓN DE LA EXTRALIMITACIÓN DEL PODER"

LA NECESIDAD DE PODER ESPECÍFICO PARA ENAJENAR O GRAVAR INMUEBLES.

Entiende que en modo alguno se puede exigir para efectuar un acto de disposición que se especifiquen los bienes, pues no existe ningún precepto a este respecto, siendo suficiente que las facultades de riguroso dominio conferidas se refieran genéricamente a los bienes del poderdante.

Destacamos *"Es oportuno recordar a estos efectos que el sentido en el que el art. 1712 CC se refiere al 'mandato general y especial', no es equivalente a la distinción entre 'general' y 'expreso' que utiliza el art. 1713 CC. En el art. 1712 CC se está aludiendo al ámbito de los asuntos o intereses del principal, mientras que en el art. 1713 CC se alude a la naturaleza de los actos, de administración o 'de riguroso dominio'".* **Por ello llega a la conclusión de que no puede mantenerse el criterio de la sentencia de 2013.**

EXTRALIMITACIÓN DEL PODER.

Que es la base de para declarar la nulidad de los actos, pues como expresa el alto tribunal el hecho de que un poder sea válido y suficiente no impide a la jurisdicción revisar la eficacia de los actos concluidos con el mismo en atención de las circunstancias, para lo cual vale lo señalado en la STS de 27 de enero de 2000.

Por todo ello y estimando mala fe en la actuación de las demandantes en los negocios impugnados (pues aunque fue en la actuación de los representantes, dicha mala fe se les comunica) procede a DESESTIMAR EL RECURSO manteniendo el fallo de la Audiencia, si bien como reconoce el alto Tribunal a pesar de que la misma CONTIENE AFIRMACIONES INCORRECTAS (en lo que se refiere a la necesidad de especificar los bienes).

Por tanto fácilmente puede apreciarse la importancia fundamental de la SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2019, la cual es puntal, a nuestro juicio, de la seguridad en el tráfico jurídico, facilitando tanto la certeza como la agilidad del mismo, pues con ello todo contratante de buena fe puede celebrar sus negocios jurídicos con un apoderado con facultades suficientes sin temor a futuras im-

pugnaciones. Supone asimismo rectificar la doctrina anterior que Él mismo rechaza, incluso parece calificar de “errónea”.

Como hemos visto reinterpreta de forma, según a nosotros nos parece, CORRECTA los arts. 1712 y 1713 CC, abandonando la confusión que parecía arrojarse con la anterior resolución judicial de 2013, prescindiendo del impreciso término “específico” y ajustándose más al verdadero y recto significado de los preceptos.

El poder general resurge de sus cenizas.

Derecho Civil



ESTUDIOS DOCTRINALES

PRÁCTICA JURÍDICA

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS A RESOLUCIONES

LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE FIANZA: IMPLICACIONES DE LA FORMA Y DE LA REGLA SOBRE EL CARÁCTER EXPRESO

Francisco José Infante Ruiz

Catedrático acreditado de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

Resumen: El comentario parte de la norma del Código civil que exige el carácter expreso de la fianza, que se aplica tanto a la civil como a la mercantil. Lo que no dice la ley es cómo debe expresarse la fianza. El autor mantiene que al contrato se aplican, sin especialidades, las reglas generales de interpretación de los contratos y rige la libertad de medios probatorios. No hay principios especiales para la interpretación de la fianza: ni un principio de interpretación restrictiva ni un principio de interpretación favorable al fiador. La aplicación a la fianza las diferentes reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil ha permitido muchas veces deducirla de datos, hechos y circunstancias diversos. Tan sólo si la fianza es mercantil, se exige que la declaración del fiador conste por escrito, forma ésta esencial por imperativo del artículo 440 del Código de Comercio.

Palabras clave: fianza, determinabilidad, libertad de forma.

Abstract: The essay is based on the Spanish Civil Code rule requiring the express nature of the bond, which applies to both civil and commercial bonds. What the law does not state is how the bond should be expressed. The author maintains that the general rules of interpretation of contracts apply to the contract, without any speciality, and that freedom of evidence is governed. There are no special principles for the interpretation of the bond: nor is there a principle of restrictive interpretation or a principle of interpretation favourable to the guarantor. The application to the bond of the different interpretative rules contained in articles 1281 and following of the Spanish Civil Code has often allowed it to be deduced from various data, facts and circumstances. Only if the bond is commercial is the guarantor's declaration required to be in

writing, which is essential under article 440 of the Spanish Commercial Code.

Key words: bond, determinability, and freedom of form.

SUMARIO

- I. REGLA DE NO PRESUNCIÓN DE LA FIANZA, RECONSTRUCCIÓN DE LA DECLARACIÓN FIDEIUSORIA Y FORMA ESCRITA
- II. ÁMBITO NORMATIVO DEL ART. 1827.1 CC: NI INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA; NI INTERPRETACIÓN FAVORABLE AL FIADOR
 1. El sentido histórico de la regla del carácter expreso de la fianza
 2. Consecuencias para la interpretación del art. 1827.1 Cc
- III. FORMACIÓN DE LA FIANZA: OFERTA Y ACEPTACIÓN
- IV. PRUEBA DE LA FIANZA: PRESUNCIONES
- V. (SIGUE) PRUEBA DE LA FIANZA: NO SE EXIGEN FÓRMULAS ESPECIALES
- VI. FORMA ESCRITA EN LA FIANZA MERCANTIL
- VII. CARÁCTER EXPRESO Y PRINCIPIO DE “DETERMINABILIDAD”
- VIII. REGLAS DE INTERPRETACIÓN
 1. Planteamiento: criterio general
 2. El proceso hermenéutico en la fianza: medios de indagación de la común intención; interpretación circunstanciada; extratextual; valor de las palabras; indicios objetivos; interpretación sistemática; según los usos; regla *contra proferentem*; regla de “conservación” de la fianza ante las dudas finales; regla de cierre
- IX. CALIFICACIÓN FRENTE A OTROS TIPOS CONTRACTUALES Y DECLARACIONES
- X. CONCLUSIONES

I. REGLA DE NO PRESUNCIÓN DE LA FIANZA, RECONSTRUCCIÓN DE LA DECLARACIÓN FIDEIUSORIA Y FORMA ESCRITA

Es regla para la existencia de la fianza que ésta no se presume, y que debe ser expresa, como ordena el art. 1827 Cc, lo cual vale tanto para la fianza civil como para la mercantil. Sin embargo, para la fianza mercantil se exige la forma escrita según el art. 440 Ccom; exigencia la cual –según parece– tiene su razón de ser en la (sagrada) seguridad del tráfico. Cómo ha de expresarse la fianza para dar cumplimiento al mandato legal, cómo se cumple el requisito de la forma escrita en relación con la regla de la no presunción de la fianza que permite, como se verá, que pueda ser deducida e interpretada de un conjunto de actuaciones y cuál es el fundamento tanto de la mencionada regla como del requisito de la forma escrita para la fianza mercantil, son tópicos de discusión que han generado pleitos y una jurisprudencia no siempre clara⁽¹⁾, y que han suscitado

(1) Así, por ejemplo, STS de 6 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8758), Ponente: Jesús Corbal Fernández. El debate parte de una fianza que ha de *re-construirse* –o que se *deduce* por el juzgador de instancia, tal y como expresa el FJ 2– de una serie de actos de las partes: *Primero*, de los tratos preliminares –a los que alude de pasada la sentencia y no con ese nombre– para la obtención del crédito de la entidad prestamista por la SAT que lo solicita, de los que tuvieron conocimiento todos los socios, según parece, aunque la sentencia no lo deja claro, y en los que intervinieron los recurrentes y, especialmente, de las condiciones impuestas por el banco para conceder el crédito, tendentes todas ellas a procurarles las garantías adecuadas para asegurar la completa restitución: garantía hipotecaria sobre parte del mismo, fianza solidaria de los socios y retención a todos los socios de una cantidad de dinero calculada en cómputo anual sobre cada Kg. de fruta entregada durante todo el tiempo de duración de la operación a realizar por la SAT, circunstancia que precisamente motiva la solicitud del crédito. *Segundo*, de un documento con fecha de 5 de julio de 1983 que a la sazón podría revelar la verdadera intención de los contratantes: se trata de una declaración de bienes efectuada por los socios con el fin de mostrar su solvencia al acreedor y seguramente con el fin de animarle a conceder el crédito ante la confianza de que ellos como *futuros fiadores* podrían responder por la sociedad. *Tercero*, del Acuerdo de la Junta General de la Sociedad de 11 de agosto de 1983 para dar cumplimiento a la condición exigida por el banco sobre la retención al que prestaron su asentimiento los recurrentes: en virtud de dicho acuerdo cada año y durante el tiempo de vigencia de la operación (no se sabe cuál es, porque el TS no lo llega a decir, pero se intuye que cierta envergadura hubo de tener pues la cuantía del préstamo ascendió a 104.000.000 ptas.) habrían de retenerse a cada socio cinco ptas./Kg. de fruta entregada. *Cuarto*, del documento contractual propiamente dicho, la póliza de préstamo, fechada el 25 de septiembre de

además –y seguirán suscitando, sin lugar a dudas, mientras la fianza y el resto de garantías personales sean instrumentos utilizados *dinámicamente* en el tráfico jurídico para dar seguridad a todo tipo de obligaciones y operaciones– otros puntos conexos de interesante discusión.

Se trata de una discusión clásica en relación con el carácter expreso de la fianza. La existencia de una fianza puede derivar de un proceso hermenéutico de las declaraciones negociales correspondientes⁽²⁾ o de una diversidad de actos, ya tengan una naturaleza homogénea (por ejemplo, las declaraciones y documentos anteriores al contrato que puedan considerarse tratos preliminares, la declaración o el documento contractual propiamente dicho...), ya se trate de un conjunto de actos y declaraciones de naturaleza varia (acuerdos de los órganos de la sociedad, negociaciones con el acreedor...).

Como se verá a lo largo de este trabajo, la jurisprudencia española no desdeña, ante la realidad del caso, ningún dato o acto de las partes que pueda coadyuvar a indagar la intención común perseguida por las partes contractuales. No obstante, una tal génesis de la fianza, en línea de principio y en una primera confrontación con el carácter expreso de la fianza (art. 1827.1 Cc) y, sobre todo, ante la norma que imponga la forma escrita (art. 440 Ccom.), suscita, cuanto menos, cierta dificultad de comprensión. La incompatibilidad entre dichas normas y la libertad del intérprete para la utilización de

1983, y suscrita por el Banco prestamista y la Sociedad prestataria, y no se sabe –la sentencia no lo aclara– cuántos fueron los socios que intervinieron en dicha póliza (si fueron sólo los que actuaron como representantes, sólo algunos o todos los socios); lo único que sabemos es, por el primer motivo del recurso presentado por D. Braulio, que ni firmó como codeudor ni como fiador solidario; no sabemos si es hecho probado o no pues la sentencia elude una referencia explícita –por lo demás, cuestión de hecho incólume en casación–, aunque se deduce de toda la argumentación del FJ 2 que realmente debió ser así: que al menos los recurrentes no suscribieron la póliza de préstamo ni como codeudores ni como fiadores solidarios. A esta conclusión puede llegarse confrontando el cuarto párrafo del FJ 2, donde se contiene el núcleo de la doctrina de la sentencia acerca la valoración conjunta de los diversos actos en que intervino el recurrente D. Braulio para deducir de todos ellos su voluntad de afianzar solidariamente, con el primer párrafo del mismo fundamento, donde se resume el primer motivo del recurso de D. Braulio (infracción del art. 1827 Cc) sobre la base fáctica de que no suscribió el contrato de préstamo ni salió en él como fiador solidario.

(2) SSTs de 8 de mayo de 1984; 18 de octubre de 1989; 30 de marzo de 2001; A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/M. J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, 3ª ed., T. I, Cizur Menor, 2015, p. 159.

cualesquiera actos, declaraciones y documentos de las partes en la hermenéutica del contrato de fianza es sólo aparente. Veámoslo a continuación.

II. ÁMBITO NORMATIVO DEL ART. 1827.1 CC: NI INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA; NI INTERPRETACIÓN FAVORABLE AL FIADOR

1. El sentido histórico de la regla del carácter expreso de la fianza

El art. 1827 Cc sanciona que “la fianza no se presume; debe ser expresa y no se extiende a más de lo contenido en ella”. Ni dice cómo ha de expresarse la voluntad fideiusoria para que sea válida, y es ahí donde se cifran el origen de muchos pleitos y de toda la discusión que ha suscitado, ni tampoco se deriva de él que todas sus consecuencias puedan trasladarse sin más a la fianza mercantil para la que el *otro* Código sí exige la forma escrita, a pesar de que la jurisprudencia (3) y la doctrina declaren que el precepto es aplicable al afianzamiento mercantil (ex art. 50 Ccom).

El precepto es traído del art. 2015 del Código Civil francés que se tradujo literalmente en el art. 1738 del Proyecto de Código Civil de 1851. Aparece también en el Código Civil italiano de 1865 en su art. 1902 y en el vigente en el art. 1937 de modo más conciso, aunque con idéntico sentido a su precedente (“*La voluntad de prestar fianza debe ser expresa*”). Se equivoca GARCÍA GOYENA en su intelección al decir que es *conforme* al Derecho Romano, según el cual en las fianzas intervenía estipulación (4). Ciertamente es que en las Partidas la fianza se define y surge a la vida en virtud de la *stipulatio*, como en el Derecho Romano (5). En el Digesto el fiador es “*qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione*” (6). En la Ley

(3) SSTs de 6 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8758) y las más antiguas que ésta misma cita: 16 de noviembre de 1900, 22 de diciembre de 1941 y 28 de febrero de 1977.

(4) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, 1974, p. 904.

(5) Para el decurso histórico de la *stipulatio* y la forma, entre los civilistas, son de interés, F. REGLERO CAMPOS, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1º-B, 2ª ed. (dirs. M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), Madrid, 1993, pp. 635 y ss.; Mª. J. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid, 1996, pp. 23 y ss.

(6) D. XLVI, I, 3.

6ª, Tít. XII, Partida V, la fianza surge de manera semejante, pero se atenúa el rigor de las palabras: "*Fiar puede un ome á otro en esta manera; diciendo el que recibe al que entra fiador. Soesme vos, fulan, fiador sobre tal cosa que me ha de dar ó facer fulan tal ome? Si responde sí, ó dice. Yo so fiador por él, ó lo otorga, respondiendo en tal manera ó por otras palabras semejantes, finca por ende obligado tambien como el debdor principal*". De ello resulta que el fiador no se obliga sino en virtud de ciertas palabras rituales e interviniendo estipulación. Este pasaje de las Partidas concuerda con la regulación general de la *stipulatio*(7), donde se advierte con claridad la influencia de Derecho Romano, entrando en colisión con la tradición jurídica y consuetudinaria castellana, expresadas en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real y caracterizada por el principio de libertad de forma. Durante un tiempo el principio espiritualista característico del derecho consuetudinario castellano y mantenido en la práctica de los tribunales y el rigor formalista propio del Derecho Romano estuvieron en liza(8). Pero corregida esta parte del Derecho por la Ordenanza de Alcalá(9) y la Novísima Recopilación(10), la fianza lo mismo que cualquier otro contrato puede hacerse de palabra o por escrito, entre presentes y entre ausentes(11).

Ahí está la razón histórica de la regla de la no presunción de la fianza: desaparecida la *stipulatio* romana como vehículo generador de obligaciones a través del ritualismo, pronto se sintió la necesidad de que la fianza no surgiese de expresiones ambiguas o imprecisas; se excluyó en el Derecho común que la fianza pudiese surgir de ciertas declaraciones hechas por un tercero en que se manifestaba como hecho la solvencia del deudor o se tranquilizaba al acreedor respecto de sus temores(12).

En los ordenamientos en los que aparece la regla los problemas a la hora de determinar qué declaraciones pueden generar una obligación fideiusoria son muy parecidos. Generalmente la doctrina se lamenta de que el legislador, incluso el italiano de 1948 que intentó

(7) Véase, P. V, XI, 1 y 2.

(8) F. REGLERO CAMPOS, ob. cit., p. 636.

(9) Tít. XVI, Ley única.

(10) Libro X, Tít. I, Ley 1ª.

(11) Cfr. B. GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, t. V, *Tratado de las obligaciones*, 1ª ed., Madrid, 1869, p. 35.

(12) A. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 116.

mejorar la norma(13), no estuvo especialmente feliz a la hora de expresar la regla de la no presunción de la fianza(14).

2. Consecuencias para la interpretación del art. 1827.1 Cc

Debe excluirse de su ámbito normativo, por no ser la razón de la regla en ningún momento de su historia, ni antes ni tampoco ahora, la consecuencia, que todavía sigue pululando en la jurisprudencia(15), de que la interpretación de la fianza es *restrictiva* por cuanto con su sanción se encerraría además un trato de favor al fiador, como si se tratase de una manifestación más del principio *favor fideiussoris*.

Es una afirmación carente de sentido. La doctrina más atenta ha denunciado el rigor de esta interpretación porque lo cierto es que la declaración del fiador puede interpretarse en virtud de todas las reglas de los arts. 1281 a 1289 Cc(16). La consideración conjunta de estos preceptos y del art. 1827.1 no aboca de ningún modo a que la fianza deba interpretarse de manera restrictiva. Es más, ello se contradice con el segundo párrafo relativo a la fianza simple o indefinida que se extiende no sólo a la obligación principal, sino a todos sus accesorios. Una interpretación restrictiva, por otra parte, abocaría también a excluir la integración de la fianza según la buena fe (art. 1258 Cc), lo que no es de recibo: la fianza se interpreta como cualquier otro contrato y puede obligar a otras consecuencias no contenidas en los documentos o declaraciones que la recojan de acuerdo con la buena fe y los usos, al igual que cualquier contrato.

Por cuanto se ha dicho, no es posible compartir, la consecuencia que se extrae de la jurisprudencia acabada de citar y que considera que la interpretación "restrictiva" de la fianza supone la "exclusión de toda posibilidad" de extender la fianza a obligaciones distintas de las concretamente comprendidas en el contrato(17). En realidad,

(13) A. RAVAZZONI, "Fideiussione", en *Dig. Disc. Priv., Sezione Civile*, VIII, Turín, 1992, p. 256.

(14) A. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad...*, cit., p. 114.

(15) SSTs de 5 de febrero de 1992, 13 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9609), 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9227), 26 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8433), 19 de abril (RJ 2004, 1564) y 21 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2761).

(16) Por todos, V. GUILARTE, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), t. XXIII, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 128-129; A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/M. J. MARÍN LÓPEZ, ob. cit., pp. 157-161.

(17) F. VALENZUELA, "El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas

para evitar el peligro de una extensión abusiva de la fianza, está el párrafo segundo del precepto, relativo a la fianza simple e indefinida (aquella que no es concretada en su cuantía o que se determina simplemente por referencia a la obligación principal), pero su sentido no es excluir la integración del contrato de acuerdo con la buena fe o los usos (art. 1258 Cc).

Por lo tanto, es más correcto afirmar que la fianza exige una interpretación "estricta" en el sentido de que, a falta de pacto o ante las lagunas, no se puede extender por capricho, deseo o interés del acreedor a obligaciones que no le son consustanciales, sino a las consecuencias que naturalmente derivan de su naturaleza (art. 1827, segundo párrafo, que para eso existe), pero ello no impide una integración de la fianza por la vía del art. 1258 Cc(18).

Tampoco se puede llegar por el rigor de una "interpretación restrictiva", en caso de duda sobre cuál fue la causa por la que el deudor se obligó, a presumir que esta causa no fue la de la fianza, sino la de cualquier otro título que genera una garantía personal(19), máxime si se invoca una pretendida garantía de contornos imprecisos como el aval en sentido amplio(20). Primero han de agotarse todas las reglas interpretativas para resolver las dudas.

No existe tampoco un principio de interpretación favorable al fiador. Una regla general en virtud de la cual el contrato de fianza se interpretará limitadamente a favor del fiador no existe(21) y no puede

actuales", en *Tratado de garantías en la contratación mercantil* (coords. U. NIETO y J. I. BONET), t. I, Madrid, 1996, p. 449.

(18) Véase la STS de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2659), referente a una fianza sobre contrato de cuenta corriente de crédito, que se extiende también a la extinción de deudas preexistente, por estar referida a ellas en virtud de la obligación subyacente relativa a "atenciones personales", ya que el significado que prima usualmente en el tráfico es de "libertad de disposición de los fondos por los titulares". Conformes con que el fiador quede obligado a lo que resulte no sólo del contrato, sino también a lo que sea obligado conforme a la buena fe, se muestran A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/M. J. MARÍN LÓPEZ, ob. cit., p. 158.

(19) A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/M. J. MARÍN LÓPEZ, ob. cit., p. 159.

(20) Así, por ejemplo, la STS de 3 de julio de 1999 (RJ 1999, 4901) relativa a un supuesto en el que el documento que contenía la garantía no fue firmado por el acreedor beneficiario de la misma, respecto del cual se prefirió por el TS su calificación como contrato de aval; especialmente críticos, A. CARRASCO PERERA, *Aranz. Civ.* (15) diciembre 1999, pp. 15-3; F. J. INFANTE RUIZ, *RdP* (5), 2000-1, pp. 175-184.

(21) N. HORN/STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Zweites Buch, 13. Bearbeitung, 1997, § 765, p. 195.

derivarse del art. 1827, el cual tan sólo ordena que no puede extenderse a más de lo contenido en ella. Pero este es un problema que se resuelve de diferente manera, como hemos visto en el punto anterior, y no en el sentido de que el contrato de fianza deba interpretarse a favor del fiador. Esta hipotética regla no puede derivar del *favor fideiussoris*, ya de suyo bastante desmitificado en nuestros días.

III. FORMACIÓN DE LA FIANZA: OFERTA Y ACEPTACIÓN

La regla de la no presunción de la fianza se refiere a la declaración del fiador, no a la del acreedor, como enseñaban ya los clásicos (22); lo mismo para el caso de forma escrita (23). En consecuencia, la regla no implica que la declaración del acreedor no pueda ser tácita o derivarse de actos concluyentes. La fianza como cualquier contrato surge del concurso de voluntades de acreedor y fiador, siendo ésta una verdad universal en la cultura del *civil law* que impide su constitución por acto unilateral del declarante (24). En consecuencia, como cualquier contrato, puede acontecer que las voluntades no concurren en el mismo acto y momento, por lo que la fianza no nacerá a la vida jurídica con anterioridad a su aceptación (25). Aho-

(22) Cfr. M^a. J. REYES LÓPEZ, *Fianza y nuevas modalidades de garantía*, Valencia, 1996, p. 222.

(23) J. ESSER/H.-L. WEYERS, *Schuldercht*, Bd. II, Besonder Teil, 8. Aufl., Heidelberg, 2000, p. 346.

(24) No así en el caso de las garantías personales bajo los nuevos instrumentos de armonización del derecho contractual. El art. IV.G-1:103(2) del Borrador del Marco Común de Referencia (más conocido por sus siglas en inglés DCFR), siguiendo la estela de los Principios del Derecho Europeo de Contratos-Garantías personales (siglas en inglés, *PEL-Personal Securities*), permite la constitución de la garantía personal mediante "promesa unilateral" (*unilateral undertaking*), la cual será legalmente vinculante sin aceptación, en cuyo caso deberán aplicarse, con las adaptaciones pertinentes, las reglas sobre la promesa unilateral. No es una solución común de los diversos ordenamientos europeos, especialmente en materia de fianza, aunque, según parece, tal y como se vislumbra en el propio comentario oficial a esta norma [C. VON BAR/CLIVE, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-DCFR*, Oxford, 2010, Art. IV-G.-103-Com. F, p. 2532], el DCFR esté pensando más bien en las declaraciones de patrocinio (*letters of comfort*), habituales en la práctica comercial de los grupos de empresas, las cuales sí surgen como promesas unilaterales en el comercio internacional de acuerdo con las normas o jurisprudencias de algunos sistemas jurídicos y con las de los instrumentos internacionales.

(25) STS de 23 de marzo de 1988; comentarios: J. DELGADO ECHEVERRÍA, *PJ* (No. 12) 1988, pp. 127-134; V. GUILARTE, *CCJC* (No. 16) 1988, pp. 251-262.

ra bien, ello no puede exagerarse –como se vislumbra en la STS de 23 de marzo de 1988(26)– hasta el punto de impedir una aceptación tácita de la fianza por el acreedor recurriéndose al argumento de que la fianza debe ser expresa y no se presume(27), porque se pervertiría de este modo con grave riesgo de inflexibilidad (sería otra consecuencia de la “interpretación restrictiva”) el fundamento del art. 1827.1 Cc.

La meritada regla persigue excluir la eficacia de declaraciones ambiguas o imprecisas que no manifiesten la intención, después de intentar averiguarla a través de la interpretación, de quedar obligado como fiador, pero no se dirige a proteger al acreedor contra su propia irreflexión(28). También es posible que la aceptación del acreedor provenga de sus actos concluyentes. Tal es el supuesto del que partió la STS de 13 de diciembre de 1993(29), donde se estimó que una carta escrita por los demandados y dirigida al acreedor, por la que se solicitaba financiación garantizada a favor de un tercero, era una oferta de fianza que fue aceptada por el acreedor desde el momento que puso a disposición del tercero la financiación requerida. Por el contrario, la STS de 3 de julio de 1999 negó que la fianza pudiera surgir de una aceptación tácita del acreedor. El yerro de esta última sentencia fue de bulto, ya que consideró que lo que no era fianza, por una errónea aplicación del art. 1827 Cc, se podía hacer valer como aval, como si fianza y aval fuesen tipos contractuales diferentes y éste pudiese surgir de una declaración unilateral del garante(30).

IV. PRUEBA DE LA FIANZA: PRESUNCIONES

Una cuestión latente en el art. 1827.1 Cc es la de determinar qué medios de prueba son adecuados para tener como válido el consentimiento “expreso” del fiador. El propio tenor de la norma es sumamente engañoso por cuanto parecería, en un principio, que se sanciona una doble prohibición de las presunciones y así lo entiende equivocadamente la doctrina francesa más avezada que llama la atención sobre el estilo conciso del *Code* –lo mismo se puede decir

(26) RJ 1988, 2422 [Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes].

(27) Parece seguir esta línea, B. ALONSO, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza”, *ADC*, 1989, p. 991.

(28) Cfr. A. CARRASCO, *Aranz. Cív.* (No. 15) 1999, p. 30.

(29) RJ 1993, 9609 [Ponente: Matías Malpica González-Elipe].

(30) Para las críticas y mayores detalles, A. CARRASCO PERERA, ob. últ. cit.; F. J. INFANTE RUIZ, ob. últ. cit.

respecto del nuestro en cuanto al tenor literal pues es fiel copia del art. 2015 francés— que rara vez hace gala de repeticiones: “la fianza no se presume”, lo cual prohíbe toda suerte de presunciones, seguida de la frase “debe ser expresa”, que impone una manifestación más allá de la ambigüedad que genera un simple comportamiento (31).

Se trata de una interpretación demasiado apegada a la letra del Código que evita desentrañar el sentido y finalidad de la regla sobre el carácter expreso de la fianza. La cuestión ahora es determinar si la voluntad del fiador de quedar obligado como tal, de cumplir por el deudor principal en caso de no hacerlo éste, puede quedar fijada ante su silencio (¿valen las declaraciones tácitas?) o en virtud de una actuación posterior que denote su comportamiento como tal (¿son posibles los actos concluyentes?). Ciertamente sector de la doctrina española excluye la eficacia de la prueba de las presunciones para fijar la existencia de la fianza (32). Otro sector, en cambio, admite la eficacia de las declaraciones tácitas y la prueba mediante presunciones (33).

A mi juicio deben distinguirse dos supuestos. Por un lado, el puro silencio del llamado a ser fiador ante el documento presentado o el requerimiento del acreedor para que salga fiador por un tercero (34). Y es aquí donde desempeña su papel la regla de la no presunción de la fianza evitando la declaración tácita pura: impide que, ante el silencio del llamado a ser fiador que no contesta en un plazo prudencial de acuerdo con la buena fe, pueda presumirse que ha prestado su consentimiento. Por otro lado, un supuesto diferente será aquel en que las diversas actuaciones del llamado a ser fiador permiten deducir su voluntad de quedar obligado como tal. La fianza puede

(31) M. CABRILLAC / M. MOULY, *Droit des sûretés*, 5ª ed., París, 1999, p. 69.

(32) L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, 5ª ed., Madrid, 1996, p. 590; Mª. J. REYES LÓPEZ, op. cit., p. 221.

(33) M. A., PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 144; con matices, V. GUILARTE, “El carácter expreso de la fianza como presupuesto de su existencia y de la extensión de la responsabilidad del fiador”, *RDBB* (84) 2001, p. 221, pero se muestra más reacio en *Comentarios...*, cit., p. 127; A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/M. J. MARÍN LÓPEZ, ob. cit., p. 138.

(34) El caso de requerimiento o ruego de fianza proveniente del deudor es cuestión diferente: se resolverá en el ámbito de las relaciones que ambos sujetos tengan, unas veces sin trascendencia jurídica, por resolverse en el plano de la amistad o de la relación familiar que les una, y otras con eficacia jurídica en el marco del mandato.

reconstruirse mediante indicios y también por los actos concluyentes del llamado a ser fiador. El Código Civil no excluía, ni tampoco la LEC ahora, la prueba de presunciones (de hecho, no legales) para llegar a un concreto resultado interpretativo (35).

Buen ejemplo de ello es el supuesto de la citada STS de 6 de octubre de 2005. El caso se refiere a ciertos tratos preliminares que condicionaron la concesión del crédito solicitado por una sociedad a la presentación de determinadas garantías, entre ellas, fianza solidaria de los socios, declaración de bienes dirigida por éstos al acreedor con la intención de mostrar su solvencia y acuerdo de la Junta de la sociedad sobre la retención de ciertos porcentajes de dinero. Son todos ellos *indicios* que permiten al juzgador *presumir* la existencia de una declaración fideiusoria. Aunque también puede entenderse que la declaración de bienes fue propiamente la oferta de fianza y que el acreedor la aceptó desde el momento que concedió crédito a la sociedad. Mas, de la lectura de la sentencia –tendríamos que tener delante dicha declaración para dar una respuesta segura– no se desprende que se tratase de una oferta, sino más bien de una *mera declaración de bienes* dirigida al acreedor con la intención de demostrar la solvencia de los futuros deudores, animándole así a conceder el crédito, pero *de trascendente valor hermenéutico* pues revela la verdadera intención de las partes, la de los sujetos declarantes que pretenden prestar fianza y la del banco, al concordar con su voluntad de ser garantizado a través de la fianza solidaria de los socios. Sea por una vía o por la otra habría de declararse la validez de la fianza, si de fianza civil se tratase. Mayores dudas se presentarían en el marco de la fianza mercantil (36).

V. (SIGUE) PRUEBA DE LA FIANZA: NO SE EXIGEN FÓRMULAS ESPECIALES

Es reiterada la jurisprudencia –y la doctrina se manifiesta concorde– que el carácter expreso de la fianza no exige la forma escrita para el caso de la fianza civil (37). Por supuesto, es válido cualquier medio de prueba (38), incluso la presunción de hechos como se acaba de decir. No se exige un contenido mínimo imperativo para que

(35) Cfr. A. PERERA PERERA, *Fianza, accesoriedad...*, cit., p. 115.

(36) Véase *infra sub* ep. 6.

(37) SSTs de 18 de noviembre de 1963, 31 de enero de 1977, 28 de julio de 1990.

(38) Por ejemplo, las fotocopias siempre que sea posible cotejar la firma original (STS 13 de octubre de 1987) [RJ 1987, 7098].

exista la fianza, ni mucho menos fórmulas sacramentales ni solemnidad alguna (39). Incluso es posible que falte la fecha de la fianza, en cuyo caso será necesario determinar a partir de qué momento garantizó el fiador, siéndole imputable la omisión si decidió garantizar por decisión unilateral (40). También es posible que exista la fianza, aunque los fiadores firmen en el reverso del documento de fianza en el espacio reservado a los afianzados y quedando en blanco el espacio destinado a los fiadores, cuando de otros datos pueda concluirse que su intención fue la de garantizar la deuda (41). Tampoco se exige una fórmula especial, ni siquiera las expresiones “fianza” o “afianzar”. Ejemplo paradigmático en la jurisprudencia es la STS de 23 de marzo de 2000 (42), en la que la cláusula cuestionada revelaba una manifestación formulada conjuntamente por los cónyuges en virtud de la cual *ponían determinadas propiedades como garantía del buen fin de las operaciones* que se llevasen a cabo, y que fue calificada, ante la imposibilidad de una hipoteca por faltar todos los requisitos legales de ésta, como fianza (43).

Tampoco en ninguno de los ordenamientos que han formulado la misma regla se exigen fórmulas sacramentales o de estilo o especiales (44); ni siquiera, en el Derecho alemán más apegado al formalismo y donde se exige la forma escrita para la fianza civil. Pero el empleo de las expresiones “fianza” o “afianzar”, o fórmulas equivalentes, aun cuando son un fuerte indicio de existencia de una voluntad fideiusoria con eficacia jurídica e incluso de delimitación frente a otras figuras afines de intercesión, no son del todo determinantes en los casos en que la voluntad de responder de la obligación de un tercero se dirige a otros tipos de intercesión (45).

(39) STS de 28 de julio de 1990.

(40) STS de 13 de febrero de 1998 (RJ 1998, 708).

(41) STS de 26 de noviembre de 1997.

(42) RJ 2000, 2024 [Luis Martínez-Calcerrada y Gómez].

(43) Para más detalles sobre las diversas alternativas de calificación de tal declaración, V. GUILARTE, “El carácter expreso de la fianza...”, cit., pp. 225-230.

(44) Para el Derecho italiano, M. FRAGALI, *Fideiussione e mandato di credito*, en *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bolonia-Roma, 1968, pp. 182 y ss.; para el francés, CABRILLAC, M./MOULY, C., *Droit des sûretés*, 4e éd., París, 1997, p. 69.

(45) N. HORN, ob. cit., Vorbem zu §§ 765 ff, p. 188.

VI. FORMA ESCRITA EN LA FIANZA MERCANTIL

La fianza mercantil en el Derecho español, calificada así por el Código de Comercio cuando se garantizan obligaciones mercantiles (art. 439), exige la forma escrita (art. 440), siendo ésta con carácter *ad solemnitatem* (46). Se trata de un vestigio del acusado formalismo que caracterizó el anterior Código de Comercio de 1829, que introdujo un sistema prácticamente idéntico al del Código napoleónico, no rígidamente formalista, pero sí en buena medida contrario a la libertad de forma, en contra de la práctica legal y consuetudinaria española (47). Utiliza el Código de Comercio el fácil criterio objetivo de calificar la mercantilidad a través de la accesoriedad del contrato de fianza, cuando, probablemente, sería más realista el criterio subjetivo en el sentido de calificar como mercantil la fianza prestada por el comerciante en el marco de su actividad, como hace el Derecho alemán (48), en el que, precisamente, esta fianza no requiere la forma escrita a diferencia de la fianza civil; también se exige la forma escrita para los “pequeños comerciantes” (*Minderkaufleute*) considerados como aquellos en los que la puesta en marcha de una actividad o negocio no requiere la categoría de “comerciante pleno” (*Vollkaufmann*) según su tipología y extensión (49). O sea, la forma escrita sólo se exige para la fianza dada por los “comerciantes en sentido pleno” (*Vollkaufleute*).

Si para la fianza mercantil se exige la forma escrita y en los ordenamientos en los que rige esta exigencia, como el alemán, este mandato se cumple correctamente con que la *declaración fideiusoria* se manifieste, “de manera escrita” (*schriftlich*) (50), de modo que es necesario que la pieza documental en la que se contenga la declaración del fiador sea firmada de su “puño y letra” (*eigenhändig unterzeichnet*) (51) y que se haga entrega de la misma al acreedor (52), puede asaltar la duda de que se cumpla con la forma escrita cuando la declaración fideiusoria del llamado a ser fiador no se encuentra consignada ni en la póliza de préstamo (como acontece muchas veces en el tráfico mercantil) ni en ningún otro documento de

(46) STS de 17 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9002); F. REGLERO, ob. cit., p. 727.

(47) *Vid.* F. REGLERO, ob. cit., p. 639.

(48) § 350, en relación con 343 HGB (Código de Comercio).

(49) *Vid.* H.-P. WESTERMANN, “Die Bürgschaft (I)”, JA (9) 1991, p. 450.

(50) § 766 1 BGB (Código Civil).

(51) § 126 BGB.

(52) No así respecto de la declaración del acreedor que no exige la forma escrita (H.-P. WESTERMANN, *ibid.*)

garantía; en ocasiones, aparece una “declaración de bienes” realizada antes de la póliza de préstamo que, dadas las circunstancias del caso, puede entenderse como una oferta de fianza en toda regla (53).

La jurisprudencia española no es especialmente rigurosa en la exigencia de la forma escrita para la fianza mercantil: no es necesario que se eleve a documento público (54), valiendo incluso la carta dirigida al banco (55), con tal de que la manifestación de voluntad del fiador se haga constar por escrito y, en consecuencia, se declara la nulidad de la fianza que no consta por escrito (56). Nótese que el requisito se refiere a la declaración del fiador, no así a la declaración del acreedor, por lo que no será necesario que ésta se manifieste en forma escrita, tal y como se predica también en el ordenamiento alemán como se acaba de ver; es también argumento de peso que si la doctrina española mayoritaria no excluye la eficacia de la aceptación tácita por parte del acreedor para que la fianza sea válida y se cumpla así con el mandato del art. 1827.1 Cc, *a fortiori*, para la fianza mercantil la forma escrita sólo se debe requerir a la declaración del fiador.

Ciertamente, es carácter inveterado del Derecho privado español el espiritualismo, lo que se traduce en materia contractual en que sean pocos los casos en los que se exige la forma como elemento esencial del contrato. Pero las declaraciones obligatorias, cuando la forma escrita se exige, siendo éste el caso, no pueden surgir de la nada, ni siquiera de las declaraciones prenegociales, ni de los tratos preliminares por muy documentados que éstos se encuentren (eso sí, trascendente valor interpretativo tendrán), porque lo que finalmente vale es la voluntad real de quedar obligado (a través de forma o sin ella).

La posibilidad de que la fianza surja de un conjunto de declaraciones negociales permite, cuando la forma no es esencial, que la firma de los fiadores no aparezca en pieza documental alguna; por supuesto, cabe la fianza verbal, o incluso que la voluntad se exprese por signos afirmativos o asintiendo, porque se trata de signos que, según los usos, se dirigen inmediatamente a expresar una voluntad cierta (57). Pero *si la forma es requisito de existencia*, entonces, por

(53) Por ejemplo, STS de 23 de marzo de 2000, antes citada.

(54) SSTs de 14 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 9037), 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 102), 23 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1593).

(55) STS de 14 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 9037).

(56) STS de 17 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9002).

(57) Cfr. la jurisprudencia italiana donde se muestra algún supuesto antiguo, M. FRAGALI, ob. cit., p. 184.

muy espiritualista que el ordenamiento se manifieste, es necesario que el *fiador exprese su voluntad de manera escrita y con su firma*, porque sólo así se cumple el requisito legal: no se trata de forma *ad probationem*, sino de forma *ad solemnitatem*, como revelan el propio tenor literal del precepto (“sin lo cual no tendrá valor ni efecto”) y el giro copernicano que supuso frente a la fianza civil que a lo largo del Derecho intermedio fue despojándose de su carácter formal. Aquí la forma es elemento esencial del contrato, y se cumple con que la declaración del fiador se consigne documentalmente, siendo indiferente cuál sea la escritura (pública o privada) que la recoja.

Ello mal se compadece con una de las consecuencias jurídicas que doctrina y jurisprudencia extraen del art. 1827.1 Cc: que la fianza puede deducirse o suponerse de un conjunto de actos o datos de las partes que revelen la intención del declarante de quedar obligado como fiador, sin quebrar así su carácter expreso. Ahora bien, excesivo sería exigir, como hace el Derecho alemán, que además deba entregarse al acreedor el documento de garantía en el que se contiene la firma del fiador para que el negocio se perfeccione, como si de un instrumento cambiario se tratase. En el Derecho español no es posible porque no estamos ante un “contrato de entrega” (*Begebungsvertrag*) que sea perfeccionado por la entrega del título al acreedor y la correlativa aprehensión por éste(58).

Una última observación sobre la exigencia de la forma escrita para la fianza mercantil. Es habitual considerar que el fundamento del art. 440 Ccom viene determinado por razones de “seguridad del tráfico mercantil”. Así se encarga de declararlo la jurisprudencia(59). Precisar de este modo el fundamento de la mencionada regla (forma de la fianza mercantil) es una especie de petición de principio o apotegma, que no encuentra un apoyo sustantivo claro, especialmente, si lo consideramos en perspectiva comparada, ya que existen ordenamientos en los que la regla es la contraria; entonces, ¿querría esto decir que un ordenamiento tan apegado a la seguridad del tráfico como el alemán la perdería en el caso de las fianzas prestadas por comerciantes? Ni mucho menos. En los negocios mercantiles rige básicamente la libertad de forma tanto en los

(58) Para más detalles, C. PAZ-ARES, “Naturaleza jurídica de la letra de cambio”, en *Derecho Cambiario. Estudio sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. A. MENÉNDEZ, Madrid, 1986, p. 171; F. J. INFANTE RUIZ, *El aval cambiario: principios fundamentales y régimen de excepciones*, Valencia, 2004, Cap. I.

(59) SSTs de 17 de diciembre de 1996 y 6 de octubre de 2005 (ya citadas).

ordenamientos de tradición germana como en los ordenamientos de tradición latina (60).

En el Derecho alemán para la fianza de los comerciantes se mantiene el principio de libertad de forma; en el Derecho español si la fianza prestada por el comerciante tiene por objeto deudas u operaciones mercantiles el principio es el contrario. ¿Por qué? ¿Por razones de seguridad del tráfico como comúnmente se cree? La mayoría de las codificaciones mantuvieron el principio del Derecho común de la libertad de forma de los contratos, mientras que los requisitos de forma fueron excepción y se introdujeron sólo por motivos especiales (61).

La regla latina, de no presunción de la fianza, surge precisamente en el momento en que la libertad de forma empieza a regir, para proteger al "fiador" frente a ciertas declaraciones de hecho, sobre el conocimiento del deudor, sobre su solvencia, sobre su modo de gestionar los negocios y cualesquiera otros aspectos de interés negocial, *ambiguas*, que, como se ha visto, en el Derecho anterior nunca hubieran sido consideradas declaraciones fideiusorias, porque la fianza sólo podía surgir mediante la formulación de determinadas palabras bajo el manto de la *stipulatio*, pero que en el nuevo Derecho son objeto de numerosas dudas sobre su eficacia obligatoria (*litterae commendatoriae*). El mismo problema se da hoy en día en el Derecho alemán, pues la forma sólo se exige de la declaración fideiusoria, es decir, de la manifestación de la voluntad del fiador de quedar obligado, que puede concurrir en la práctica frente a declaraciones de hecho no obligatorias o frente a tipos negociales afines, y las palabras no son sagradas (ya lo hemos visto un poco más arriba).

En conclusión, tanto la exigencia de la forma escrita –si es el caso– como la regla de la no presunción se dirigen a proteger al declarante frente a expresiones que no muestran la firmeza de quedar obligado; si bien la exigencia de la forma protege más eficazmente al fiador.

Esta tribulación estuvo incluso presente en las discusiones del propio BGB. En el Primer Proyecto (*Entwurf I*) no se contempló ninguna regla especial para la forma de la fianza. La Segunda Comisión fue encargada, frente a las dudas que se suscitaron, de prever la

(60) Vid. H. COING, *Derecho Privado Europeo*, II (1989), trad. esp., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, § 110.

(61) Por ejemplo, en el Derecho alemán, es el caso de la fianza *con el fin de proteger al fiador* (H. COING, ob. cit., § 87).

forma escrita para la declaración del fiador. Y en su “segunda sesión” (*Zweite Lesung*) se volvió a discutir nuevamente sobre la forma de la fianza acordándose, tras un vivo debate, la exigencia de la forma escrita no sólo respecto de la declaración del fiador, sino también respecto del contrato de fianza mismo. Finalmente, en la “Comisión del *Reichtag*” (*Reichtagskommision*) se introdujo una nueva fórmula que sería trasladada al proyecto definitivo. Esta Comisión se encargó de redactar la norma que se corresponde con el actual § 766, párrafo 1º, BGB, y tomó como fundamentos de su justificación la gran significación económica de la fianza y, en especial, el *peligro que entraña para el fiador quedar obligado por fianzas prestadas de manera precipitada*; lo siguiente fue completar el párrafo añadiendo un segundo periodo en el sentido de sanar la fianza prestada con defecto de forma, en caso de que el fiador cumpla espontáneamente con la obligación fideiusoria, por cuanto el objetivo final de la exigencia de forma desaparecería aquí(62). Se dice, además, en la jurisprudencia alemana, como corolario de ello, que el mandato legal de la forma para la fianza cumple, antes que nada, la *función de advertir al fiador frente a los riesgos del negocio fideiusorio*, necesidad que no se siente en el caso de la fianza del comerciante por ser éste una persona más avezada, a la que se presume el conocimiento de las declaraciones que realiza(63).

En el ambiente latino la necesidad de proteger al fiador frente a su irreflexión, porque se estima que la obligación de pagar por otro es bastante “fuerte” (*loudre*), también se mantiene, sobre la base de la regla de que la fianza ha de ser expresa y no se presume(64).

Estos problemas pueden observarse –volvamos a la práctica– en el caso de la mencionada STS de 6 de octubre de 2005, un buen campo de prueba para la interpretación de la fianza mercantil y la exigencia de la forma escrita. Para apreciar si la forma escrita se ha cumplido o no en la fianza mercantil objeto de este pleito, no hay más remedio que partir de una base incierta por la falta de claridad de la propia sentencia sobre este aspecto, explicable, por lo demás, por ser *quaestio facti* sometida a la soberanía del juzgador de instancia: los demandados no estamparon su firma en el contrato de préstamo como acuerdo o pacto accesorio en calidad de fiado-

(62) *Vid.* todas estas consideraciones en W. HADDING/F. HÄUSER/R. WELTER, “Bürgschaft und Garantie”, en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. III, Colonia, 1983, pp. 593-594.

(63) Cfr. W. HADDING/F. HÄUSER/R. WELTER, *ob. ult. cit.*, p. 598.

(64) En Francia, M. CABRILLAC/M. MOULY, *ob. cit.*, p. 69.

res(65). En este sentido, pues, cualquier censura de la meritada sentencia no puede más que hacerse con la mayor cautela posible. Como ya sabemos, la declaración del fiador puede reconstruirse y surgir de una variedad de actos, datos o declaraciones, pero en el caso de la fianza mercantil, al menos esa voluntad, la de quedar vinculado como fiador (o avalista, según la expresión corriente del tráfico), debe quedar fijada en escritura (pública o privada). Y es este aspecto, precisamente, en la sentencia indicada, según parece, lo que falla.

VII. CARÁCTER EXPRESO Y PRINCIPIO DE "DETERMINABILIDAD"

El carácter expreso de la fianza requiere al mismo tiempo su "determinabilidad" (*Bestimmtheitsgrundsatz*) (66), esto es, que la deuda principal a garantizar esté designada en su cuantía, o al menos aparezcan los criterios para determinarla (piénsese, por ejemplo, en el caso de una deuda futura o de un conjunto de operaciones futuras como sería la fianza general), y que exista una referencia mínima a la persona del deudor principal y del acreedor, con la consignación de los datos personales básicos de estos sujetos (según el modo usual de identificarse en el tráfico).

Toda fianza debe cumplir con la regla de la "determinabilidad, lo cual se conecta, indudablemente, con el principio de accesoriedad (principalmente art. 1824 en relación con el 1827 Cc), de modo que sólo será válida la fianza si es posible fijar, o a través de la interpretación puede establecerse, inequívocamente, cuál es la deuda principal(67). Con ello se quiere significar que la posible indeterminación de la obligación garantizada mediante la fianza debe armonizarse con el carácter expreso de ésta, de manera que sólo se admite la obligación que sea "determinable" por –como mínimo– la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación y por la "concretabilidad" de la cuantía, sea con la fijación de una suma máxima de la que responderá el fiador, sea a través de criterios objetivos de referencia que permitan calcular la cantidad sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes(68).

(65) Véase el FJ 2 de la referida sentencia.

(66) N. HORN, ob. últ. cit., § 765, pp. 191-192.

(67) En sentido análogo, V. GUILARTE, *Comentarios...*, cit., p. 124.

(68) STS de 23 de febrero de 2003, comentada por M. ARROYO, *CCJC* (No. 53) 2000, pp. 727-744; F. J. INFANTE RUIZ, *RdP* (No. 6) 2001-1, pp. 201-212.

Este criterio vale tanto para la fianza civil (no sujeta a forma) como para la mercantil (formal). Puesto que no se conculca el art. 1827.1 si la fianza se reconstruye a partir de una serie de documentos o actos (anteriores, coetáneos o posteriores) de las partes, también es posible que la fianza “formal” sea interpretada de tal modo, porque lo único que exige el art. 440 Ccom es que declaración del fiador quede documentada, al menos, en forma escrita. Es posible, en consecuencia, tanto una interpretación contextual como *extratextual* de la declaración fideiusoria, incluso en el caso de la fianza sujeta a forma.

VIII. REGLAS DE INTERPRETACIÓN

1. Planteamiento: criterio general

El anterior punto nos lleva de lleno a las reglas interpretativas de la fianza. Para la fianza rigen las reglas generales de interpretación de los contratos, como demuestra el fundamento del art. 1827 Cc del que no pueden extraerse consecuencias jurídicas en orden a la interpretación que se desvíen de aquellas(69).

Recordemos que no existen ni el principio de interpretación restrictiva ni el principio de interpretación favorable al fiador. En el marco general de la interpretación de los contratos, no se olvide, pues, que el principio básico es la averiguación de la efectiva voluntad común de las partes (el “alma del contrato” se dice), por lo que resulta evidente que las reglas legales encaminadas a discernirla en sus términos reales tienen una precedencia lógica sobre todas las demás(70).

La fianza no es contrato diferente a los demás en orden a su interpretación. Lo primero será averiguar la voluntad común de los contratantes(71). Resulta interesante, por el impecable discurrir hermenéutico, la STS de 7 de mayo de 2004(72) relativa a una fianza “superpuesta” a una garantía prendaria –también llamada “en cascada” o “en refuerzo”–, en la que se parte del tenor literal

(69) A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/M. J. MARÍN LÓPEZ, ob. cit., p. 156; en el Derecho comparado, por todos, N. HORN, ob. cit., § 765, p. 194.

(70) LÓPEZ y LÓPEZ, A. M., *La interpretación de los contratos*, Valencia, 2017, p. 44.

(71) Véase, STS de 20 de diciembre de 2003, que interpreta un reconocimiento de deuda y fijación de garantía en virtud de la intención de las partes.

(72) RJ 2004, 2699 [Ponente: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez].

(art. 1281.1 Cc) para indagar la *intención común* de los contratantes (art. 1281.2 Cc), desvelada a través de la póliza de afianzamiento (acto anterior) y del reconocimiento de deuda (acto posterior), como ordena el art. 1282 Cc, siendo la voluntad real la de constituir una garantía "adicional", ante la presumible insuficiencia de la prenda, que no exigía la ejecución real de la misma.

2. El proceso hermenéutico en la fianza

El proceso hermenéutico de la fianza debe desarrollarse como en cualquier contrato, a saber:

1º. Los medios para la indagación de esta común intención los enumera, de manera no exhaustiva, el art. 1282 Cc: se atenderá –como ya se ha dicho– "principalmente" a los actos de los contratantes coetáneos y posteriores al contrato, por lo que no es limitativa de los datos que pueda tener en cuenta el intérprete para llegar al objetivo final de desvelar la común intención de las partes. Se pueden utilizar datos (y no sólo actos) anteriores al contrato(73). Por ello, la fianza puede deducirse e interpretarse a partir de la certificación de una Junta Universal de una sociedad que se une al documento modificativo del contrato para establecer un compromiso de solidaridad (fideiusoria) del demandado(74), o bien a partir de los tratos preliminares, de la declaración de bienes de los socios y del acuerdo de la Junta General al que no se oponen los demandados(75).

La STS de 30 de marzo de 2001(76) interpreta la subsistencia de la cofianza solidaria y da por válida la demanda formulada en regreso por el cofiador que paga (*solvens*) contra los otros cofiadores en virtud de una serie de actos posteriores: una cláusula del Acta general de la Asamblea de la SAT en la que se acuerda desligar a los socios salientes de sus obligaciones actuales y futuras para con la sociedad y la escritura pública en la que se instrumentó la transmisión de acciones (causa de la salida de los socios), por cuanto tales actos se interpretan respecto de la condición de socios en el sentido de que ya no responderán subsidiariamente por la deudas de la sociedad (es ésta la responsabilidad legal de los socios en las

(73) LÓPEZ y LÓPEZ, A. M., *La interpretación de los contratos*, cit., pp. 65-68.

(74) STS de 18 de octubre de 1989.

(75) STS de 6 de octubre de 2005 (ya citada).

(76) RJ 2001, 4777 [José Ramón Vázquez Sandes].

SAT), pero no en el sentido de que dejen de ser fiadores (“después de dejar de ser socios y mientras perdure la deuda afianzada afianzan privadamente”).

2º. Por todo ello, no puede afirmarse que la interpretación no puede desenvolverse fuera del texto o documento que contenga la fianza, como se hace en el Derecho anglosajón, donde prima la *parole evidence rule* (77), que se traduce en sede de garantías personales en el denominado principio de las “cuatro esquinas” (*four corners*) (78), realizándose una interpretación en el texto y nada más sobre lo que hay en el texto, y con menos intensidad en el Derecho alemán, donde se conoce como *Garantiestrenge* (“rigor de la garantía”), y en el que las circunstancias apreciables fuera del documento de la fianza tan sólo pueden ser consultadas si al menos son contempladas indirectamente en el documento *con el fin de fijar los elementos de la declaración fideiusoria* (79). La *parole evidence rule* determina en el *common law* que no tengan relevancia los términos usados en la relación de mandato en virtud de la cual el ordenante pide a un tercero que conceda la garantía, ni tampoco los términos usados en la relación principal entre deudor (ordenante o no de la garantía) y acreedor, ni que se admita la prueba verbal de cuanto se acuerda entre las partes anteriormente a la redacción del contrato escrito o durante el período de su preparación (80).

En el Derecho español, y probablemente en todos los de tradición latina (81), los instrumentos y datos para la interpretación del contrato son muy variados. El art. 1282 del Código Civil permite acudir a cualesquiera actos (y datos también) anteriores, coetáneos o posteriores de los contratantes con el fin de fijar su intención común. Y es que ni siquiera cuando se exige una determinada forma puede entenderse que la labor de interpretación no pueda desbordar la pura literalidad de lo contenido en la forma sustancial y abarcar cualquier otro instrumento extrínseco a ella, siempre al servicio de la averiguación de la intención común de las partes (82).

(77) TREITEL, G., *The Law of Contract*, Londres, 1999, p. 175.

(78) R. H. RYAN, “General principles and classifications of letters of credit”, *UCC Survey*, 1981, p. 118.

(79) *Vid.* N. HORN, ob. cit., § 765, p. 194.

(80) TREITEL, G., *ibid.*

(81) La misma crítica se observa en la doctrina italiana: G. MEo, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 204, para quien es preciso acudir a las reglas generales de interpretación de los arts. 1322 y ss. del *Codice civile*.

(82) Es más, en el “ejemplo de encuentro entre *civil law* y *common law*”, los PECL, triunfa en primera línea –afirmación que hacemos a título de in-

La fianza no es una excepción porque el art. 1827.1 no supone una desviación de las reglas generales. Y ello puede observarse en la propia jurisprudencia, donde, como se ha indicado, *se interpreta y reconstruye* la fianza a partir de una serie de datos y actos anteriores de las partes contractuales. Lo mismo vale para la fianza mercantil, porque el requisito de la forma sólo se requiere respecto de la declaración del fiador, pero la fianza –insisto– podrá interpretarse (y si es el caso reconstruirse) a partir de datos, actos y circunstancias traídos de fuera del documento o texto en el que se contenga la declaración del fiador (*interpretación circunstanciada*). El principio de la “determinabilidad” de la fianza –visto más arriba– que ordena que en la declaración del fiador se contengan la voluntad de obligarse, el acreedor y la deuda principal es más flexible en el Derecho español que en el alemán; se reduce, en suma, a que la declaración del fiador exprese claramente la voluntad de obligarse como tal sobre una deuda determinada o *determinable* y la identificación de los sujetos, siendo posible “fijarla” (*festlegen*, como dicen los alemanes) por datos y actos externos e incluso por indicios mediante presunciones. Más espiritualismo –creo– es imposible.

3º. El valor de las palabras será sólo aquel que traduzca la verdadera intención de los contratantes. Por consiguiente, las expresiones “fianza”, “aval” o “garantía”, u otras equivalentes, cuando existen dudas frente a otros tipos contractuales próximos genéticamente a la fianza, no pueden tomarse en su sentido literal e interpretarse de inmediato a favor de que las partes han querido una fianza (pueden ser sólo un indicio), máxime si tenemos en cuenta el escaso formalismo lingüístico de la praxis española. Tampoco serán determinantes para establecer la existencia de una fianza, si, a pesar de ser utilizadas estas expresiones, de la interpretación se extrae que las declaraciones eran declaraciones de hecho formuladas sin la intención de obligar al declarante. Sí será determinante para la interpretación el horizonte del destinatario (*Empfängerhorizont*), es decir, cómo debe tomar el acreedor de acuerdo con la buena fe la declaración fideiusoria que recibe.

ventario, con las cautelas necesarias, y dejando a salvo la discusión sobre la eficacia de las *merger clauses* que se admiten en el art. 2:105– la regla latina de interpretación según la intención común de las partes, aunque ésta difiera del significado literal de las palabras (art. 5:101 PECL), a cuyo punto pueden traerse a discusión toda una serie de datos, circunstancias y actos que se cifran en el art. 5:102, a modo de ejemplo, sin ánimo exhaustivo, para ayudar al juez en la interpretación.

Por esta razón, las dudas irresolubles sobre si el declarante quiso garantizar personalmente o prestar la fianza en nombre de la sociedad de la que es gestor, corren a cargo de su emisor, de modo que se entenderá que garantiza personalmente(83). Este tipo de afianzamientos deberán interpretarse en función de la capacidad de los administradores para prestar garantías según el objeto de la persona jurídica y los estatutos de la sociedad o persona jurídica en cuestión(84) y resolverse en el contexto de la jurisprudencia sobre los denominados actos *ultra vires*, la cual suele hacer responder como avalista al administrador o socio que presta la garantía contraviniendo los estatutos cuando no es imposible incardinarla en el tráfico de la persona jurídica en virtud de las reglas generales.

4º. Si la común intención de los contratantes no ha sido aclarada después de haber acudido a los criterios de interpretación subjetiva (arts. 1281-1283 Cc), podrá acudir el intérprete a los criterios de interpretación objetiva. Entonces, el empleo de cláusulas estereotipadas del tráfico (por ejemplo, “se asume solidariamente la deuda”, el “deudor solidario”, “pago a primer requerimiento”, etc.) no son esenciales, porque las dudas siguen persistiendo –recuérdese que partimos de ellas– para convertir la declaración realizada en un tipo diferente a la fianza, pero pueden ser tomadas como *indicios objetivos de preferencia, según el caso, de una, por ejemplo, asunción acumulativa de deuda, una deuda solidaria, una garantía independiente*, etc. Aquí nos movemos dentro de la órbita de la interpretación objetiva; en concreto, se está dando a una cláusula que admite varios sentidos el más adecuado para que produzca efectos tal y como prescribe el art. 1284 Cc.

5º. La interpretación de la garantía debe ser sistemática, se deben interpretar las cláusulas “las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas” (art. 1285 Cc). La STS de 19 de abril de 2004(85) es buen ejemplo de esto: interpreta una cláusula que contenía el aval de una letra de cambio en el contexto, excluyendo en contra de otra cláusula de mayor amplitud obligatoria que pudiera quedar obligado el avalista a más de lo contenido en la cláusula de aval.

(83) N. HORN, ob. cit., § 765, p. 194.

(84) Entre otras, SSTS de 14 de octubre de 1974, 3 de noviembre de 1979, 11 de octubre de 1983, 7 de mayo de 1987, 29 de octubre de 1991, 27 de junio de 1996, 18 de marzo de 1999.

(85) RJ 2004, 1564 [Ponente: Antonio Romero Lorenzo].

Así, una simple declaración de bienes no puede ser tomada como fianza(86) si no hay otros indicios en el contexto de los actos realizados por las partes; en otras palabras, sólo será fianza en un contexto de garantía. Tampoco es fianza una carta dirigida por un organismo público en la que manifiesta su intención de subvencionar a un club deportivo(87). Tampoco es fianza una declaración en la que su emisor manifiesta "salir a la madera", que pretendió tomar el destinatario en el sentido de que el emisor se obligaba como fiador a pagar la madera comprada por otro, al no estimarse dicha frase significativa, ni siquiera teniendo presente la condición social y los medios propios de expresión de la persona a quien se atribuye(88).

6º. La garantía podrá interpretarse igualmente de acuerdo con los usos o costumbres del "país" (como dice el art. 1287), entendiéndose por estos los usos de los negocios o del tráfico correspondiente, que pueden ser incluso los usos locales o de la comarca(89) o los del comercio internacional. Así, en el ámbito del comercio internacional la cláusula de pago a primer requerimiento revela normalmente un significado unívoco: suele entenderse que configura una garantía independiente, ya que los usos internacionales del comercio es el significado que le atribuyen habitualmente(90). No vemos problema para incardinar este criterio en el art. 1287 Cc, el cual no impide, según la mejor doctrina(91), que se pueda acudir a los usos del tráfico internacional.

7º. La regla *contra proferentem* deberá usarse de modo que las cláusulas oscuras del contrato de garantía no favorezcan a aquel que hubiese ocasionado la oscuridad. Quién sea el sujeto que ocasiona la oscuridad dependerá del contexto en que surge la garantía. Si es el banco o una entidad financiera quien exige la garantía, normalmente se encargará de redactarla, unas veces mediando negociación, otras veces imponiendo un clausulado general; en el primer caso dependerá de que la cláusula controvertida haya sido redactada o no siguiendo las instrucciones del fiador o del deudor (por indicación del fiador), pues, de existir tal influencia, no le es imputable la oscuridad; en el segundo caso se le imputará la oscuridad por ser el

(86) STS de 13 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 960).

(87) STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9227).

(88) STS de 13 de junio de 1957.

(89) J. L. LACRUZ ET AL., *Elementos de Derecho Civil*, II-1º, Madrid, 2000, p. 509.

(90) N. HORN, ob. cit., Vorbem zu §§ 765 ff, p. 93.

(91) LÓPEZ y LÓPEZ, A. M., *La interpretación de los contratos*, cit.

único responsable puesto que evidentemente rigen las reglas generales de interpretación, aunque con ciertas matizaciones derivadas de la formulación y el contexto normativo del art. 6 LCGC (92).

En el marco de las garantías independientes, de ordinario, el ocasionante de la oscuridad no es el acreedor, sino el banco emisor de la garantía, que en este punto suele seguir las instrucciones dadas por su ordenante, el deudor, o utilizar sin más sus condiciones generales. A ninguno de estos dos sujetos debería favorecer la interpretación de las cláusulas oscuras del contrato de garantía. Este es el caso de la STS de 5 de julio de 2002 (93). Dada la escasa claridad del texto de la garantía, redactado unilateralmente por el banco garante, el TS aplicó la regla *contra proferentem* y calificó el contrato como "aval a primer requerimiento", y no como fianza (pretensión del recurrente: una compañía de seguros), excluyendo la aplicación de los arts. 1825 y 1852 Cc. Anteriormente, la STS de 7 de abril de 1992 calificó el contrato como seguro de caución (94), y frente a la duda sobre si se garantizaban todas las obligaciones contraídas por la empresa constructora o sólo se limitaba a la "buena ejecución" de la obra, invocando la regla *contra proferentem*, imputó la oscuridad a la compañía de seguros (95).

8º. Finalmente, cuando no es posible resolver las dudas de acuerdo con los parámetros anteriores, y la calificación final se sostiene frente a tipos más intensos de garantía o de constitución de la relación obligatoria (garantía independiente, asunción de deuda o deuda solidaria), si la "garantía" se prestó gratuitamente será preferible ésta frente a otros tipos (96); si se prestó onerosamente (raramente ocurre lo contrario, por no decir nunca, en el ámbito de

(92) Por todos, J. MIGUEL RODRÍGUEZ, en ARROYO/MIGUEL (dirs.), *Comentarios a la LCGC*, Madrid, 1999, pg. 67; J. ROCA GUILLAMÓN, "Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos", en NIETO CAROL (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, p. 329; P. SALVADOR CODERCH/J. A. RUIZ GARCÍA, "Art. 6. 2. Reglas de interpretación", en MENÉNDEZ/DÍEZ-PICAZO/ALFARO, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 2002, pp. 385-387.

(93) RJ 2002, 8225 [Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz].

(94) No entro en la discusión sobre la naturaleza jurídica del seguro de caución; permítase el reenvío a los lugares pertinentes: por todos, J. M. EMBID, "El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica", *La Ley*, 1986-2, pp. 1064-1077; J. CAMACHO DE LOS RÍOS, *El seguro de caución*, Madrid, 1994; M^a. P. BARRÉS, *Régimen jurídico del seguro de caución*, Pamplona, 1996.

(95) *Vid.* el comentario de A. CARRASCO PERERA, *CCJC* (No. 29), pp. 465-481.

(96) En sentido análogo, A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO/M. J. MARÍN, *ob.*

las garantías bancarias y asegurativas), podrá optarse por la garantía más intensa ("en favor de la mayor reciprocidad de intereses"). El art. 1289.1 Cc encierra el principio de conservación del contrato, lo cual trasladado al ámbito de las garantías personales creo que permite prescindir de la referencia en el precepto a las "circunstancias accidentales" del contrato y determinar "la menor o mayor reciprocidad de intereses y derechos" en atención a la calificación del contrato como oneroso o gratuito. Por todo ello, si está claro que el tercero quiso obligarse, pero se duda en qué concepto quiso hacerlo, no se puede utilizar el art. 1827 Cc para preferir cualquier otro título obligatorio distinto de la fianza (97).

9º. Llegados al último momento, cuando las dudas interpretativas sean insalvables mediante las reglas establecidas en los artículos 1281 a 1288 Cc, caso de recaer sobre el objeto principal del contrato (lo que es tanto como decir que finalmente no se sabe qué han querido las partes, si el tipo fideiusorio, otra forma de vinculación o una mera declaración de intenciones no obligatoria: "de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes", dice el art. 1289.2 Cc), la declaración realizada ha de estimarse nula. Se trata del *último precepto al que acudir en materia de interpretación* y para ello se exige la imposibilidad de salvar las dudas y revelar la verdadera intención de los declarantes después de haber seguido el proceso hermenéutico según las reglas generales; en otras palabras, es un precepto que se aplica en última instancia, "si no queda más remedio". Por esta razón, las dudas interpretativas, si se llega a este escenario, recaerán *inexorablemente* sobre el "objeto principal" del contrato, o sea, sobre el núcleo genético de su causa, porque es imposible determinar la voluntad de quedar obligado y bajo qué título. En otras palabras, la regla de cierre del art. 1289 Cc sólo es aplicable a la fianza cuando no es posible determinar la voluntad del emisor de quedar obligado; si, en realidad, se duda (siendo la duda insalvable) en qué manera el emisor ha de quedar obligado, se preferirá la fianza, pues en este caso debería excluirse el juego de la regla de cierre del art. 1289 en conexión con el 1827, tras realizarse una meticulosa aplicación de las reglas de conservación del contrato ex art. 1289.1.

cit., p. 160; también la doctrina alemana, por todos: HADDING/HÄUSER/WELTER, ob. cit., p. 701; HORN, ob. cit., Vorbem zu §§ 765 ff, p. 92.

(97) A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO/M. J. MARÍN, *ibid*.

IX. CALIFICACIÓN FRENTE A OTROS TIPOS CONTRACTUALES Y DECLARACIONES

El art. 1827.1 Cc encuentra sus supuestos de aplicación cuando a través de la interpretación (labor que lógicamente opera en primera fase, aun inconscientemente, para el intérprete) debe *calificarse* el contrato. No trato ahora los criterios de delimitación de figuras, que es tanto como la comparación de tipos(98), sino más bien los supuestos más comunes frente a los cuales las dudas pueden surgir y en los que las anteriores reglas interpretativas, si se emplean con eficiencia, pueden resolver muchos problemas; a saber:

(1) *Fianza versus asunción cumulativa de deuda (como vínculo solidario del intercedente)*(99). Téngase en cuenta lo ya dicho: las *expresiones usuales del tráfico* son sólo un *indicio* en el proceso de interpretación objetiva, cuando las reglas subjetivas no han sido capaces de desentrañar la verdadera intención de los contratantes(100). Ejemplos hay en la jurisprudencia, aunque claridad en la labor de interpretación-calificación no tanta(101).

(2) *Fianza solidaria versus constitución de obligaciones solidarias (en función de garantía)*. La situación es similar al caso anterior, contándose con innumerables ejemplos en la jurisprudencia, aunque poca claridad conceptual(102).

(98) Permita el lector la remisión a otras obras: A. CARRASCO/E. CORDERO/M. J. MARÍN, *Tratado de los derechos de garantía*, cit.; F. J. INFANTE RUIZ, *Las garantías personales y su causa*, cit.

(99) Sobre esta figura, M. A. ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en Derecho Civil*, Granada, 1996; J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La asunción de deuda*, Barcelona, 2003; GÁLVEZ CRIADO, A., *La asunción de deuda en el Derecho civil: asunción liberatoria, asunción cumulativa y supuestos concretos*, Valencia, 2007; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, "La asunción contractual de deuda", en *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. S. SÁNCHEZ LORENZO), Vol. 2, 2016, pp. 451-500.

(100) En sentido análogo, T. RUBIO GARRIDO, *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, 2002, p. 224.

(101) SSTs de 28 de septiembre de 1960 (asunción cumulativa: solidaridad); 24 de febrero de 1984 (asunción cumulativa: inexistencia de fianza); 15 de diciembre de 1989 (diferencias con la fianza); 9 de noviembre de 1998 (aplicación de las excepciones relativas al régimen jurídico de la solidaridad).

(102) SSTs de 3 de febrero de 1990 (que con equívoco mayúsculo convierte al fiador solidario en deudor principal); 16 de julio de 1998 (obligaciones asumidas solidariamente: no existe fianza), 26 de julio de 2000 (solidaridad "tácita"), y muchas otras.

(3) *Fianza versus declaraciones de hechos o pareceres de terceros*(103):

(a) *Fianza versus declaraciones de patrocinio o confort*. Probablemente en el Derecho histórico (*litterae commendatoriae*) fuera el factor sociológico que motivó la regla de que la fianza debe ser expresa. Hoy han adquirido un nuevo horizonte. En ellas, en el tráfico actual, la ambigüedad es el resultado de la negociación, hasta el punto de que es buscada intencionadamente por las partes(104), como muestra la tensión interna de toda la operación: un declarante que no quiere quedar obligado a título de garantía, un acreedor que desea tranquilidad sobre la solvencia del deudor (o de quien va a serlo) o sobre determinados aspectos indiciarios acerca de la solvencia o de su comportamiento leal en los negocios, y que no puede (o prefiere no ejercer la presión necesaria para ello) obtener una garantía en toda regla.

En pocos casos las declaraciones de patrocinio suelen encerrar una fianza o una garantía independiente; en ellos la "carta" (la forma en la que normalmente se redactan) es el vehículo portador de la garantía, con lo que entraría en juego el art. 1827.1 Cc. En lo único que no se equivoca el TS en la primera y célebre sentencia sobre las declaraciones de patrocinio es en aplicar el art. 1827.1 Cc para excluir la fianza(105); pero en lo demás acerca peligrosamente las declaraciones de patrocinio a la fianza.

La anterior doctrina jurisprudencial se corrige en la STS de 30 de junio de 2005(106), en la que se recoge la doctrina "canónica" sobre la distinción entre "cartas débiles" y "cartas fuertes", y en un cuerpo posterior de sentencias bastante nutrido(107). Las

(103) Tal y como expresan A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/M. J. MARÍN MARÍN, ob. cit., p. 162, la expresión más perfecta del art. 1827 Cc es la exclusión del tipo fideiusorio respecto de aquellas declaraciones de hechos o de pareceres realizadas por un tercero, que pueden tener como objeto o como efecto incrementar la seguridad o la confianza del acreedor.

(104) Para la interpretación de las mismas, se remite (por todos), por no ser materia de nuestro estudio en este momento, a A. CARRASCO, "Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento", en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, 1996, pp. 636 y ss.

(105) STS de 16 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6442).

(106) RJ 2005, 5089 (Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

(107) SSTs de 20 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 6031); 27 de junio de 2016 (RJ 2016, 2880); 28 de julio de 2015 (RJ 2015, 4899); 14 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5797); 17 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 1498); 18 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1656); 13 de febrero 2007 (RJ 2007, 684).

declaraciones meramente enunciativas carecerán de obligatoriedad pues, por su contenido, no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa. No obstante, en la sentencia acabada de citar se considera que las “cartas fuertes” pueden entenderse como “contrato atípico de garantía personal” (108), pudiendo quedar encuadradas en algunas de las firmas negociales o categorías contractuales tipificadas por el ordenamiento jurídico como contrato de garantía. En este contexto de garantía acude el TS a la figura del mandato de crédito haciendo responder al declarante porque “el ordenamiento viene a contemplar y dar relevancia al hecho de haber obtenido la satisfacción del interés que el encargo de conceder crédito expresaba”, y en virtud de ello el destinatario de la carta de patrocinio podrá dirigirse para reclamar la efectividad y cumplimiento del contrato de crédito contra el patrocinador-mandante cuando el acreditado incumpla (arts. 1712 y 1729 Cc y 287 CCom).

No es el momento de entrar en el comentario detallado de esta sentencia y de otras tantas, por no ser el momento oportuno, sin embargo, creo conveniente realizar tan sólo dos observaciones: 1ª) En la sentencia se sigue claramente la tesis de una parte (minoritaria) de la doctrina (109) que reconduce las cartas de patrocinio al “tipo ideal” del mandato de crédito. 2ª) Las declaraciones de patrocinio –me refiero ahora sólo a las fuertes– son heterogéneas y responden a una multitud de causas, por lo que no pueden reconducirse a un único tipo contractual; sólo sería posible contemplar, en la concreta declaración de que se trate, un mandato de crédito, si el emisor encarga o recomienda a un tercero (no basta el mero consejo) la concesión de crédito en nombre propio a otro (normalmente suele ser a favor de una sociedad filial, pero nada impide que sea a favor de otro sujeto) hasta el punto de que la concesión del crédito constituya una obligación hacia la patrocinante (110).

No estoy negando con ello que una declaración de patrocinio concreta pueda contener un mandato de crédito, ni siquiera que no exista dicho mandato en el supuesto de hecho de la citada sentencia, sino simplemente que no es posible un tipo ideal de declaración de patrocinio. Las declaraciones de patrocinio se interpretarán y ca-

(108) Afirmación que también se reproduce en la mayoría de sentencias citadas en la anterior nota.

(109) En particular, J. L. DE CASTRO MARTÍN, *Las cartas de patrocinio*, Madrid, 1994, pp. 149 y ss.

(110) Se remite para mayores consideraciones a A. CARRASCO, “Las nuevas garantías personales...”, cit., pp. 657-658; o mi trabajo, *Las garantías personales y su causa*, cit., pp. 309 y ss..

lificarán en su concreto contexto (no siempre en el del mandato de crédito), en relación con el supuesto de hecho en cuestión; por lo que, ante la gran variedad de declaraciones contractuales (cuando se remiten a un tipo determinado) u obligatorias (cuando generan responsabilidad para el emitente pero no en el marco de un tipo contractual) que en el tráfico se detectan, no puede afirmarse que las cartas de patrocinio respondan a una unidad causal, sino que dan lugar a *múltiples causas obligatorias*.

(b) *Fianza versus declaraciones de hecho (también llamadas de ciencia) que pueden ser o no (según el contexto) declaraciones de patrocinio*. Cuando no es posible determinar, frente a la duda, si el emisor de la declaración quiso obligarse o no, es entonces cuando puede concluirse que no hay una promesa obligatoria. Esta es la razón de ser del párrafo primero del art. 1827 Cc, porque –como se ha dicho– la historia de la norma, que es una corrección al formalismo ritual de la *stipulatio* romana, trata de evitar que ciertas declaraciones de hecho sobre la solvencia del deudor o sobre las favorables posibilidades para el acreedor de cobrar el crédito dada la escrupulosa conducta anterior del deudor quien siempre había atendido a tiempo a sus pagos, o declaraciones similares “tendencialmente” ambiguas, o los “meros consejos” dirigidos a que el acreedor conceda crédito, que se formulan sin la intención sería de quedar obligado, puedan ser tenidas como fianza. Con estas premisas y matizaciones, no falta razón a la doctrina que rechaza (BERCOVITZ), en contra de la visión tradicional, que el art. 1827.1 Cc pueda ser considerado como una regla particular de la fianza, sino que en realidad en él se encierra un principio general de toda obligación: no es que la fianza no se presuma, sino que, frente a la duda final, las declaraciones hechas con un significado equívoco no se valorarán como promesas obligatorias (art. 1289.2 Cc).

(4) *Fianza versus mandato de crédito*. El Tribunal Supremo calificó en una vieja sentencia(111) una declaración negocial en virtud de la cual, quienes a la sazón serían demandadas, rogaban a determinado banco que “avalara por cuenta de ellas” a un tercero unos efectos librados contra éste por diferentes firmas comerciales, “cuyo pago garantizaban al banco”, como mandato de crédito. Téngase en cuenta también la sentencia citada acabada de comentar sobre las declaraciones de patrocinio, cuyas consideraciones generales sobre

(111) STS de 22 de diciembre de 1941.

el mandato de crédito –que no sobre las declaraciones de patrocinio– son correctas.

(5) *Fianza versus aval*. Si falta alguno de los elementos esenciales del aval de la letra de cambio no puede calificarse el resultado como “aval en sentido amplio” (112) para, por arte de malabares, obligar al declarante, ante la imposibilidad de una conversión del aval nulo en una fianza extracambiaria. Más correcta es en este punto la STS de 28 de marzo de 2003 (113) (no en cuanto a cómo entiende la naturaleza jurídica del aval cambiario que se moteja con una especie de “carácter sustancial de accesoriedad respecto a la obligación cambiaria”), que declara nulo el aval de una letra por falta de mención del tomador e insuficiencia del timbre y que en consecuencia no exige responsabilidad alguna a quien firmó como avalista. Si se discute sobre la aceptación por el acreedor de la fianza (porque no se tiene claro que puede ser tácita o por hechos concluyentes), no puede convertirse la declaración del fiador en un “aval” (¿qué aval?) porque en esta figura la voluntad de quedar obligado es unilateral (114); nunca ha sido así. En caso de que el aval se preste en documento separado para garantía de obligaciones cambiarias no valdrá como aval cambiario, pero podrá producir efectos como fianza (accesoria) de la letra de cambio (art. 36.4 LC), siempre que pueda acreditarse la existencia de la obligación causal (115), pero lo que no puede ser en ningún caso es un “contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos, de sentido más amplio que el afianzamiento mercantil” (116).

X. CONCLUSIONES

El carácter expreso de la fianza no impide que pueda interpretarse, e incluso reconstruirse, a partir de un conjunto de datos, hechos y circunstancias. Que la fianza sea expresa es una regla que sólo se exige para la declaración del fiador, no es regla dirigida a la protección del acreedor. No existen principios especiales para la

(112) Esta fue la creación de una jurisprudencia hoy en día totalmente superada: SSTs de 21 de marzo de 1980, 11 de julio de 1983, 17 de junio de 1985.

(113) RJ 2003, 3039 [Xavier O’Callaghan Muñoz].

(114) STS de 3 de julio de 1999 (RJ 1999, 4901).

(115) STS de 3 de junio de 2002 (RJ 2002, 4723).

(116) Como cree equivocadamente, la STS de 26 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3976); comentario crítico de A. DOMÍNGUEZ LUELMO, CCJC (No. 67), 2005, pp. 303-324.

interpretación de la fianza: no existe un principio de interpretación restrictiva, ni tampoco un principio de interpretación favorable al fiador. Rigen las reglas generales de interpretación de los contratos, de enorme ayuda para calificar la declaración que se presente y deslindar si las partes han querido que su emisor quede obligado y en qué medida debe quedar obligado. La fianza pueda interpretarse circunstanciadamente y traerse datos para esta labor de fuera del propio documento que la contenga, incluso en la fianza mercantil. Pero en este caso la declaración del fiador –no la del acreedor– debe recogerse en documento escrito y habrá de verificarse la firma del fiador, porque la forma que se exige para ella en el Código de comercio es forma esencial.

VALIDEZ, Y POSIBLE EFICACIA FRENTE A TERCEROS, DEL PACTO DE EXTENSIÓN DE HIPOTECA, EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Catedrático de Derecho Civil
(Universidad de Sevilla)

Resumen: Se rechaza por contraria al límite del artículo 112 de la Ley Hipotecaria la inscripción del pacto de extensión de la hipoteca a nuevas construcciones por no salvar la protección del tercero establecida en el citado artículo. Dado el carácter no dispositivo y de orden público de la ejecución hipotecaria y en consecuencia del régimen de responsabilidad de la hipoteca frente a terceros adquirentes del inmueble hipotecado, no cabe admitir modalizaciones convencionales en este ámbito.

Palabras clave: Hipoteca. Extensión. Edificación.

Abstract: The registration of the agreement to extend the mortgage to new buildings is rejected on account of it being contrary to the limit of article 112 of the Mortgage Law because it does not ensure the protection of the third party established in such article. Given the non-substantive and public-order nature of mortgage foreclosure and, consequently, the system of liability of the mortgage against third-party purchasers of the mortgaged property, no conventional arrangements can be made in this area.

Key words: Mortgage. Extension. Construction.

SUMARIO

- I. EL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN, Y POSICIÓN FAVORABLE DE NUESTRA JURISPRUDENCIA
- II. RAZÓN DE LA REGLA GENERAL, RELATIVA A LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA
 1. Refutación, o matización en su caso, de los pretendidos fundamentos –volitivo y de política legislativa– de la extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria
 2. Razón técnico-jurídica de la extensión objetiva de la hipoteca: la “inmovilización” de las accesiones y mejoras, por su naturaleza o por su inherencia al inmueble hipotecado
- III. RAZÓN DE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ART. 110.1º LH *IN FINE*, O DE LA NO EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LAS AGREGACIONES DE TERRENOS NI A LAS NUEVAS EDIFICACIONES, DONDE ANTES NO LAS HUBIERE
 1. Objeción a los pretendidos fundamentos –volitivo y de política– de la no extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria a los supuestos del art. 110.1º LH *in fine*
 2. La razón registral de las excepciones: los principios de publicidad y especialidad, en materia hipotecaria, y la autonomía de las agregaciones y de las nuevas edificaciones como posibles fincas registrales
 3. Una mención obligada de las agregaciones de terreno y de las declaraciones de obra nueva, y su distinción de los excesos de cabida, en la reforma hipotecaria de 1944-1947
- IV. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS PACTOS EXTENSIVOS DE LA HIPOTECA A LAS NUEVAS EDIFICACIONES: EN ESPECIAL, EL DEBIDO RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD Y DE PUBLICIDAD, POR UN LADO, Y LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS, POR OTRO
- V. MODO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA NO EXTENDIDA A CIERTAS ACCESIONES Y MEJORAS. LA NECESIDAD DE NO PERJUDICAR AL CONSUMIDOR DUEÑO DEL INMUEBLE HIPOTECADO
- VI. BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

I. EL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN, Y POSICIÓN FAVORABLE DE NUESTRA JURISPRUDENCIA

Que la finca, como objeto básico de la hipoteca inmobiliaria común, es una entidad de suyo compleja y "dinámica", susceptible de experimentar cambios naturales y artificiales en el lapso temporal comprendido entre la constitución y la ejecución de la garantía, se ha convertido, en la doctrina y en la propia jurisprudencia, en una afirmación un tanto manida desde que ya la STS de 21 diciembre 1990 (RJ 1990/10359) dijera: *"En realidad para juzgar cómo actúa el concepto de extensión de la hipoteca, debe estarse a la interpretación integradora de los diversos supuestos legales que comprende, y, como resultado de este examen, se llega a la conclusión de que el concepto no se refiere a una situación estática, la existente al tiempo de constituirse la hipoteca, sino, por el contrario, a una situación dinámica que puede experimentar cambios y modificaciones constante la hipoteca y cuyo estado final se precisa al tiempo de la ejecución"*. Reproduciéndola, le siguen las SSTs de 28 febrero 1991(RJ 1991/1607), de 15 diciembre 1997 (RJ 1997/8980), y de 27 junio 2007 (RJ 2007/3866).

En efecto, ese "dinamismo" de toda finca, sobre todo de la registral (como principal protagonista de nuestro Registro de la propiedad), puede tener su incidencia en la hipoteca que sobre ella se haya podido establecer. Desde que la hipoteca se constituye hasta que la deuda con ella garantida es satisfecha, especialmente si el pago se hace con la ejecución de la hipoteca, es posible que el inmueble gravado haya experimentado cambios económicos y jurídicos, que haya variado, a más o a menos, en su valor y en su fisonomía (v. gr., que siendo hipotecado un solar, luego se edifique sobre él, o, al contrario, que hipotecada una casa, luego ésta se deteriore o incluso sea derruida... ¡y tantísimos otros casos!). ¿Qué sucede, entonces, en tales supuestos (potencialmente variadísimos)?

Para el caso en que la alteración suponga la disminución del valor de la finca hipotecada, al suponer ello un riesgo para el acreedor hipotecario, la propia ley le protege de muy diversas maneras (cfr., arts. 1129.3º Cc, 117 LH, 219.2º RH, ...). Al margen, naturalmente, hay múltiples medidas preventivas que al respecto suele adoptar el propio acreedor hipotecario en la constitución misma de la hipoteca (como el posible vencimiento anticipado del crédito, el reforzamiento de la hipoteca con otras garantías, como avals, la contratación

de seguros, ...). Para el caso opuesto, en que la modificación de la finca hipotecada haya supuesto un incremento, en el valor o en las dimensiones, de la finca hipotecada debido a las accesiones o mejoras realizadas o acaecidas en la misma, nuestro Derecho declara, como regla (en su art. 109 LH, y en el art. 1877 Cc), la extensión de la hipoteca a tales aumentos, jurídicos o económicos; pero también, frente a sus precedentes históricos y de Derecho comparado, prevé excepciones (cfr., en sus arts. 110 a 113 LH), supuestos en los que no opera dicha extensión o ampliación objetiva de la hipoteca.

Sentada, así, como regla en nuestro Derecho la extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras que experimente la finca hipotecada (arts. 1877 Cc, 109 ss. LH), sin que, por ello, quede exenta de excepciones (cfr., arts. 110.1º *in fine*, 111 y 112 LH), se observa con mucha frecuencia en la práctica bancaria un pacto que, prácticamente, constituye cláusula de estilo en los préstamos hipotecarios: aquel en que el acreedor prestamista (una Entidad de Crédito, la mayor de las veces) y el consumidor, prestatario e hipotecante, acuerdan (como cláusula predispuesta por el Banco) la exclusión de las excepciones legales, de modo que la hipoteca también se extienda a accesiones como las agregaciones de terrenos o las nuevas edificaciones, por principio salvadas por el art. 110.1º LH *in fine*, o a los bienes muebles que el art. 111 LH en principio dispone –pero no impone– como excluidos.

En efecto, para estos últimos el art. 111 LH prevé tal posibilidad en su inicio al decir: “*Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca... no comprenderá...*”; y la práctica bancaria hipotecaria se encarga de demostrar que así suele hacerse. “Respecto a su contenido –según nos aclara RAMOS CHAPARRO (*La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, con prólogo de A. Gordillo Cañas, Navarra, 2008, p. 445)– el carácter *expreso* del pacto, exigido literalmente por la ley, no implica que deban enumerarse y describirse concretamente los objetos que quedan afectados por el gravamen hipotecario, sino que basta la referencia genérica ‘a los bienes señalados en el art. 111 LH’ (que es una de las fórmulas más frecuentes en la práctica), o la mención más o menos literal del contenido de dicha norma. Obviamente, las partes pueden limitar la extensión convencional solo a alguno o algunos de los elementos enunciados por aquélla. La STS de 26 mayo 1984 consideró válido el pacto genérico por el que se extiende la hipoteca ‘a los bienes muebles’, sin especificarlos ni concretarlos, entendiéndose que se da a esta expresión el preciso sentido admitido por la ley. En términos

análogos se pronuncia la STS de 14 marzo 1986 (RJ 1253)", y otras posteriormente.

Sin embargo, el art. 110.1º LH *in fine* no prevé la inclusión pactada en la hipoteca de las agregaciones de terrenos o de las nuevas edificaciones; ¿quizás sea porque con su silencio impida el juego de la autonomía privada, o acaso tal vez se la pueda intuir en el art. 110 LH, cuando en su comienzo declara la extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras "*aunque no se mencionen en el contrato*"? Y de ser válido dicho acuerdo, ¿tendrá sólo una eficacia personal, *inter partes* (entre el acreedor y el hipotecante), o también una trascendencia real, o *erga omnes* (especialmente, frente a los terceros poseedores)? No en vano, aquel pacto, tan usual de extensión sin límites, se contiene en la escritura constitutiva de hipoteca que accede al Registro de la Propiedad, siendo, entonces, cognoscible por cualquier posible tercero adquirente de la finca hipotecada, que después de su adquisición, la mejore, realice en ella alguna obra o le agregue otra finca. Está con ello en juego, también, la imperatividad, o no, del art. 112 LH que, en principio, lo protege eximiéndole de tales extensiones de la hipoteca.

En todo este posible juego de la autonomía privada en materia de extensión de la hipoteca, la mayoría de la doctrina y la práctica unanimitad de la jurisprudencia admiten la validez del pacto, e incluso su eficacia frente a terceros (dada su constancia registral), al menos, de aquella cláusula tan habitual en las escrituras de extender la hipoteca a futuras agregaciones y edificaciones, aun cuando luego la finca hipotecada sea transmitida a un tercero.

En la jurisprudencia, entre otras muchas, cabe citar las SSTS de 20 febrero 1973 (RJ 532), 6 diciembre 1985 (RJ 1008), 2 enero 1991 (RJ 101), 20 marzo 1992 (RJ 2213), 16 octubre 1993 (RJ 7608), 6 abril y 10 junio, ambas de 1995 (RJ 3415 y 4915, respectivamente), 18 noviembre 2005 (RJ 7733), 19 junio 2008 (RJ 3225), y, últimamente, la STS de 21 mayo 2009 (RJ 2416); así como las RRDGRyN de 6 febrero 1986 (RJ 1008), de 23 y 26 octubre 1987 RJ 7660 y 7661, respectivamente), 19 enero 1996 (RJ 586), y, más recientemente, las de 21 diciembre 2010 (RJ 2011, 263) y de 24 octubre 2018 (en BOE de 16 noviembre 2018) –si bien estas seis últimas le niegan al pacto eficacia *erga omnes*–, o, antes, la de 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1210). Como recopilatorio de esta jurisprudencia cabe reproducir lo que vino a decir recientemente la STS de 19 junio 2008, al añadir, además, que aquella cláusula no es abusiva y ni contraria al régimen de

la LH que en esta materia es dispositivo. Lo dice en el siguiente fragmento de su Fundamento de Derecho 2º: *"que no puede ser calificada como arbitraria y desproporcionada, ni como abusiva, una cláusula que extiende la garantía real a las edificaciones que se construyan sobre un terreno o junto a otros edificios, pues con tal pacto se pretende que la garantía sea efectiva, a cuyo efecto se trata de obtener, a través de una fórmula convencional, la mejor realización de los bienes afectados. No se perjudica al consumidor de manera desproporcionada o no equitativa, ni, por ende, hay razón para declarar la nulidad de la cláusula (artículo 10.4 de la Ley General de Defensa, en la redacción ya señalada) que es, por otra parte, normal en el mercado inmobiliario"*.

En la doctrina, es ésta también la opinión mayoritaria, prácticamente desde que ya lo defendiera MORELL Y TERRY (en sus *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Tomo III, Madrid, 1917, p. 728 ss); a quien luego secundarán CAMPUZANO Y HORMA (*Legislación Hipotecaria*, 2ª ed., Madrid, 1926, p. 730); ROCA SASTRE (titubeante en su *Derecho Hipotecario*, IV: *Hipotecas*, Barcelona, 1954, p. 309, pero más decididamente en sus *Dictámenes Jurídicos*, II, Barcelona, 1984, concretamente en su dictamen nº 100, pp. 1070 y 1071); RAMOS FOLQUÉS (*La regulación jurídico-registral de la edificación*, en RCDI, 1954, p. 869); CHICO Y ORTIZ (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, Madrid, 1994, p. 1389); LLOPIS GINER (*Comentarios al Cc y Compilaciones Forales*, Tomo VII-6º: *Arts. 104-130 LH*, de Edersa, pp. 239, 252 y 253); BLASCO GASCÓ (*Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria [Determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado]*, Valencia, 1994, pp. 38 y 39); SAAVEDRA MONTERO (en *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, con prólogo de O'Callaghan Muñoz, Madrid, 1999, pp. 100 y 105, y en *La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución*, en AC, 1996, pp. 642 y 646), con el argumento (ya empleado tiempo ha por el registrador SOLIS DE ECERRAMO, según nos cuenta RAMOS FOLQUÉS, p. 869), de que el pacto es válido porque la LH no lo prohíbe expresamente (aunque luego, en pp. 105 y 106, como veremos, deba matizar, al menos refiriéndose a las agregaciones de terrenos); SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (*La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario*, en RCDI, 2000, p. 3107); también lo cree así GARCÍA GARCÍA (en *Comentarios al Cc*, del Ministerio de

Justicia, II, Madrid, 1993, p. 1909), aunque sólo refiriéndose a las agregaciones de terreno porque "son porciones de terreno de escasa superficie (cfr., art. 48 RH) que podrían considerarse de carácter accesorio y que no dan lugar a la apertura de finca nueva"; siguiéndole en este sentido, RAMOS CHAPARRO (p. 426), aunque niega (en p. 441), validez y eficacia real al pacto contra el tercer poseedor, por vulnerar la excepción imperativa del art. 112 LH; frente a SAAVEDRA MONTERO (p. 145), que lo estima como válido y eficaz *erga omnes* en tanto sea inscrito en el Registro de la Propiedad. A esta corriente se une RUIZ-RICO RUIZ (*Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones*, en RDP, 1993, pp. 920 y 921), para negar, además, que, en realidad, en la letra del art. 110.1º LH *in fine* haya dos excepciones, pues al negarlo tal norma se homogeniza con la práctica convencional de incluir tales bienes en la expansión de la hipoteca.

De entre todos, merece reproducirse la completa argumentación realizada por ROCA SASTRE (en aquel Dictamen nº 100, pp. 1070 y 1071), que, aunque referida a las nuevas construcciones, *mutatis mutandis* podría extenderse al caso de las agregaciones de terrenos: "En cuanto a lo dispuesto en el art. 110 LH, este precepto no hace extensiva naturalmente la hipoteca del solar sobre el edificio construido en él. Al decir que no se extiende la hipoteca 'naturalmente' sobre la nueva edificación, se quiere significar que la hipoteca no se extiende automáticamente, o sin más, sobre la nueva edificación, por cuanto dicho art. 110 dispone que se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario, las mejoras; y después al especificar estas mejoras excluye expresamente de dicha extensión *naturaliter* o *de lege* la 'nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere'. Ahora bien; esto no tiene más alcance que el disponer que automáticamente, o sin más, no se extienda esta hipoteca a los edificios levantados después si en la escritura de constitución de la hipoteca no se habla de ello. En consecuencia, si se prevé este supuesto y se pacta expresamente que la hipoteca se extiende al nuevo edificio o edificios que se levanten sobre el solar hipotecado, la hipoteca será extensiva a ellos. Es decir, que para que se dé este resultado se requiere que exista pacto expreso estableciendo tal extensión hipotecaria". Admitida su validez, acerca de su posible eficacia real, o frente a terceros, curiosamente dice (p. 1072): "También es recomendable que en el pacto de que la hipoteca se extenderá a las nuevas edificaciones que se construyan, se añaden estas pa-

labras: 'incluso que la finca pasare a tercer poseedor'. Este pacto a nuestro entender es nulo, pero en definitiva no estorba".

En nuestra opinión, sucede aquí como finalmente sucedió hace tiempo con aquel dilema sobre si *numerus clausus* o *numerus apertus* en materia de derechos reales; como en él, también en esta cuestión, en lugar de admitir o negar *a priori* el juego de la autonomía de la voluntad, que por –ser– principio general del Derecho debe admitirse, se trata más bien de ver si, aceptada la libertad contractual en esta materia, en su ejercicio se respetan sus límites: la Ley, la Moral y el Orden Público (ex arts. 6.2 y 1255 Cc). Y, para ello, como cuestión primera, acorde con el primer límite mencionado (la ley –entiéndase– imperativa), habrá que ver su razón, la de la regla de la extensión, como la de sus excepciones (al menos, las de agregaciones y nuevas edificaciones, que tan común es incluir convencionalmente en la extensión futura de la hipoteca). En ello está en juego la propia protección de los consumidores.

II. RAZÓN DE LA REGLA GENERAL, RELATIVA A LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA

1. Refutación, o matización en su caso, de los pretendidos fundamentos –volitivo y de política legislativa– de la extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria

Una de las razones justificativas del régimen extensivo de la hipoteca, que la doctrina acepta, es la presunta voluntad del dueño del bien que hipoteca (en desear que también a las accesiones y mejoras de su finca se extienda la hipoteca), lo que, a su vez, justificaría la no extensión a idénticas accesiones y mejoras, cuando éstas son realizadas por obra del tercer poseedor (cfr., art. 112 LH).

Lo decía la Exposición de Motivos de la LH-1861, en el siguiente pasaje (tras fundarse en otras razones que se verán): "*Esta extensión de la hipoteca encuadra –sic– también apoyo en la presunción de que tal fue la voluntad del dueño de la cosa al constituir sobre ella un derecho real. (...) No sucede así en el caso de que la finca hipotecada pase a manos de un tercer poseedor; la voluntad no puede presumirse en el de la misma manera; por esto la comisión, siguiendo en parte lo establecido por las leyes, y en parte ampliando el texto legal hasta donde alcanza su espíritu, consultando la equidad y procurando acercar esta parte del derecho a los principios que dominan en él por regla general, propone*

que los frutos pendientes y rentas vencidas no se entiendan en este caso sujetos a la hipoteca, y que lo mismo suceda respecto a los muebles colocados permanentemente en los edificios, y a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad y transformación, siempre que unos u otros se hayan costado por el mismo dueño”.

A pesar de ser una razón alegada expresamente en –el espíritu al menos de– la Ley, no hay pronunciamiento en la jurisprudencia que la secunde. Sí lo hay en la doctrina, aunque minoritaria y sin aceptar que tal razón justifique, por sí sola, la extensión de la hipoteca. Sin alegarla como razón única, ni siquiera como la principal, pero conectándola con la del art. 112 LH, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho Civil y Penal, Tomo II*, Madrid, 1843, pp. 439, 441 y 442); CAMPUZANO y HORMA (pp. 470 y 471); GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho Civil de España, Tomo V*, Madrid, 1869, pp. 346 y 352); MANRESA y NAVARRO (en *Comentarios al Cc, Tomo XII*, Madrid, 1907, pp. 500 y 502).

En nuestra opinión, ni siquiera en conjunción con otras razones tal fundamento –que podría llamarse– volitivo explica el régimen de la extensión. Para empezar, puestos a presumir alguna voluntad en extender la hipoteca a las accesiones y mejoras que experimente la finca hipotecada, ¿no habría más bien que presumirla en el acreedor (vgr., una entidad de Crédito), en su deseo de una mayor y más segura garantía provocada por un incremento de valor en el bien hipotecado? ¿Cómo presumir, por el contrario, que esa es la voluntad del consumidor dueño del inmueble hipotecado? Como crítica a aquel fundamento, decían GALINDO Y DE VERA y DE LA ESCOSURA (*Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España, Tomo III*, Madrid, 1900, p. 215): “Bien presumida está la –voluntad– del acreedor; pero es muy dudoso que cuando el deudor mejora su finca tenga por objeto dar mayor seguridad al acreedor, haciendo más pingüe la garantía”. Reproduciéndole BLASCO GASCÓ (p. 24), quien añade: “Además, parece contraria a la regla en cuya virtud el sujeto se obliga a lo menos, no a lo más, y, por tanto, grava también lo menos”. Podrá acaso interpretarse que aquélla fue su voluntad cuando expresamente se pacte tal extensión, con inclusión de los casos en que legalmente no procedería. Sin entrar –ahora– en la validez de tal pacto, y aun prescindiendo de su imposición por el acreedor hipotecario (un Banco, normalmente), como contratante más fuerte, que el deudor hipotecante (usuario, normalmente, de un préstamo para vivienda)

se limita a acatar, al menos en tal caso su voluntad está expresada, declarada en la escritura de hipoteca, no presumida por la ley.

Y si la razón de la extensión fuese, como se dice, la voluntad presunta –presumida por la propia ley– en el usuario prestatario, dueño del inmueble hipotecado, ¿a qué se deben, entonces, las excepciones del art. 110.1º LH *in fine*? ¿Por qué en tales casos de agregación de terrenos y de nuevas edificaciones en terrenos hipotecados la ley no presume en el dueño de la finca originariamente hipotecada la voluntad de extender la hipoteca a tales accesiones? Idénticos interrogantes son trasladables al art. 111 LH. La Exposición de Motivos sólo justifica la no extensión en el caso de que ciertas accesiones sean realizadas por el tercer poseedor (en cuanto posterior adquirente de la finca una vez ya hipotecada, como sujeto diverso de quien la hipotecó). Pero nada dice sobre aquellas otras accesiones a las que no se extiende la hipoteca a pesar de haberlas realizado el propio dueño hipotecante.

Hay quien lo justifica, diciendo que en tales casos (especialmente, en los de agregación y nueva edificación del art. 110.1º LH *in fine*), no puede presumirse voluntad ninguna, porque son accesiones civiles, artificiales, no naturales, realizadas y costeadas –voluntariamente– con el esfuerzo y el capital del propio dueño del inmueble hipotecado, que no deviene fortuitamente, por obra de la naturaleza. Así, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (V, pp. 348 y 349); PANTOJA y FLORET (*Ley Hipotecaria, comentada y explicada, concordada con las leyes y Códigos extranjeros, con la legislación española, ...*, Tomo I, Madrid, 1861, p. 354); GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (cit.); DÍAZ MORENO (*Contestaciones a la parte de Legislación hipotecaria*, 2ª ed., Madrid, 1907, p. 487); PUIG PEÑA (III-2º, p. 145). Mas de admitirse tal razón, ¿Por qué, en cambio, sí hay extensión, según el propio art. 110.1º LH, tratándose de ampliaciones de la finca hipotecada, o de sobre-edificaciones? Piénsese en cualquier caso en que se amplía horizontal o verticalmente (hacia arriba o hacia abajo), la casa o edificio que estaba antes hipotecado (construyendo nuevas plantas, o ampliándolas sobre terreno propio adyacente, o excavando un sótano, un garaje subterráneo, ...). ¿Acaso no estamos también ante accesiones civiles, artificiales, realizadas con el trabajo y el dinero del dueño del inmueble hipotecado? ¿Acaso para estos supuestos sí cabe presumir en el consumidor dueño que amplía la finca la voluntad de extender la hipoteca a dicha ampliación? ¿No habría, en cambio, para estos supuestos también que presumir en dicho dueño que amplía la finca la voluntad de no extender la hipoteca a tal ampliación? ¿Y qué decir, si no lo mismo, de las nuevas plantacio-

nes (a.e., realizadas como parte de una explotación agraria), o de cualquier mejora también artificial, en cuanto hecha con el esfuerzo y el patrimonio del propio usuario dueño del inmueble hipotecado? ¿Por qué tal diferencia en la presunción de la voluntad de un mismo sujeto (el hipotecante), cuando realiza mejoras o accesiones civiles –por igual– en su finca? ¿No sería más bien lógico pensar que jamás desea el dueño hipotecante que la hipoteca se extienda a tales accesiones y mejoras, que él mismo ha realizado y costado?

Si, además, el fundamento del art. 109 LH fuese la voluntad presunta del consumidor dueño hipotecante, ¿por qué actualmente el art. 111 LH, referido al propio dueño hipotecante, es tan similar, al declarar la no extensión de la hipoteca a ciertos bienes, al art. 112 LH, referido éste al tercer poseedor? Aquella razón no sirve en absoluto para explicar tal coincidencia, que sobrevenidamente se produce cuando el vigente art. 111 LH es reformado en la LH-1909, a fin de fomentar el crédito agrícola. Precisamente, en él se excluyen de la ampliación de la hipoteca ciertos bienes, i "*salvo pacto expreso* –dice– *en contrario*"! ¿Acaso en los arts. 109 y 110 LH hay que presumir en el hipotecante una voluntad favorable a la extensión de la hipoteca, y en el art. 111 LH una voluntad contraria en idéntico sujeto? De ser así, ¿por qué tal diferencia en la presunción de voluntades tratándose de un mismo sujeto: el consumidor hipotecante? A lo más, la voluntad presunta, en uno u otro sentido, sería una razón secuencial, derivada de otra anterior, la verdadera *ratio*. Pero ¿cuál es, entonces, esa razón primera?

En la "*equidad y justicia*", según dice en alguna ocasión la Exposición de Motivos de la LH-1861, se apoya el régimen de los arts. 109 ss LH.

Tal explicación, por sí sola, satisface a parte de la doctrina, por entender que, si la disminución de valor del inmueble hipotecado perjudica el interés del acreedor hipotecario, es justo que el incremento de su valor vaya en su beneficio. Así, PANTOJA y FLORET (I, p. 352); GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (V, p. 347); en parte, GALINDO y DE LA ESCOSURA (III, p. 215); MORELL y TERRY (III, pp. 696, 697, 700-702); también ROCA SASTRE (p. 321); siguiéndole, CHICO y ORTIZ (II, p. 1414). O, últimamente, LLOPIS GINER (en Edersa, pp. 208, 209 y 280), con originalidad fundamenta la extensión de la hipoteca en el principio de conservación del préstamo hipotecario, conectando entonces el art. 109 con el 117 LH.

Otra parte de la doctrina, aun aceptando tal razón, la estima insuficiente, y abunda en ella, manifestándola, o concretándola, en el

fomento del crédito territorial, pues que la hipoteca se extienda a las accesiones y mejoras de la finca hipotecada alienta a los acreedores a la concesión de préstamos con garantía hipotecaria:

Así, sobre todo, lo entiende ROCA SASTRE (p. 308): “La determinación de la extensión objetiva de la hipoteca es extremo importante para el crédito territorial. La garantía hipotecaria –dice NUSBBAUM– no se contrae a la materialidad de la finca y a los edificios, sino que se extiende a los enseres y derechos que constituyen su dotación, formando un conjunto al que se pueda dar el nombre de *patrimonio básico*. Esta tendencia expansiva de la responsabilidad sobre la finca tiene por principal objetivo –dice– el fomento del crédito territorial”.

Curiosamente, tampoco esta razón es alegada en ningún pronunciamiento jurisprudencial. Y a nuestro juicio, tampoco es aceptable, al menos por sí sola, para justificar el régimen de la extensión objetiva de la hipoteca. Ante todo, en absoluto es cierto que, por principio, el acreedor hipotecario deba pechar con las posibles disminuciones de valor en el inmueble hipotecado. Aparte de las múltiples medidas convencionales que se suelen incluir en la práctica bancaria de los préstamos hipotecarios (como el posible vencimiento anticipado del crédito, el reforzamiento con otras garantías, como avales, la contratación de seguros,...), ahí están, como medidas legales, que advierte BLASCO (p. 25), los arts. 117 LH, 219.2º RH o el art. 1129.3º Cc, norma ésta que incluso tutela al acreedor aunque la disminución de la garantía –hipotecaria, en nuestro caso– se deba a caso fortuito, sin culpa del dueño hipotecante.

Asimismo, si la razón fundamental del régimen extensivo de la hipoteca fuese la justicia, o, más particularmente, el fomento del crédito territorial, ¿por qué existen excepciones a la extensión?; ¿acaso son tales salvedades injustas, o contrarias al incentivo del crédito territorial?

Como concluimos en la razón anterior (sobre la voluntad presunta), también ahora lo hacemos creyendo que el estímulo al crédito territorial en parte justifica, como razón política a lo más, el régimen de la extensión. Como también el fomento de la construcción y de la inversión inmobiliaria en general puede –en parte– justificar las excepciones del art. 110.1º LH *in fine*, o el fomento del crédito agrícola las salvedades del art. 111 LH. Pero ¿acaso sólo son razones de política económica las que explican el régimen, general y excepcional, de la extensión objetiva de la hipoteca? ¿No hay ninguna razón

jurídica más técnica que, como la principal, coadyuve a alcanzar aquel fin político y económico?

2. Razón técnico-jurídica de la extensión objetiva de la hipoteca: la "inmovilización" de las accesiones y mejoras, por su naturaleza o por su inherencia al inmueble hipotecado

No en vano, como primera razón alegada, comienza la Exposición de Motivos de la LH-1861 justificando el régimen expansivo de la hipoteca en la "inmovilización" –permítasenos la barbarie lingüística– que la accesión o la mejora experimenta –convirtiéndose en bien inmueble (cfr., art. 334 Cc)– por su propia naturaleza o por su adherencia al inmueble originariamente hipotecado, con la que aquélla forma una unidad, una finca única incrementada o mejorada: *"Las Leyes de Partida, siguiendo a las romanas, –decía– establecieron que el derecho de hipoteca no se limitara a la cosa hipotecada, sino que fuera también ostensivo a las accesiones naturales, a las mejoras y a los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligación. Sirvióles de fundamento que todas estas agregaciones eran parte de la finca, y que todas pertenecían a la clase de bienes inmuebles, o bien por su naturaleza, o bien por su adherencia a las que lo eran"*.

Aun no existiendo por entonces el art. 334 Cc (redactado en 1889), con las consiguientes clasificaciones de inmuebles, queda claro que en la conversión de la accesión o de la mejora en inmueble, y que, en su consiguiente absorción por la hipoteca, nada tiene que ver la voluntad de su dueño o de quien la realiza. No habla la Exposición de Motivos de inmueble por destinación, o por voluntad de su propietario (categoría ya consagrada en el *Code*, de 1804, y conocida entre nosotros en los tiempos de nuestra primera LH). Sólo importa, para la extensión de la hipoteca, que el nuevo inmueble añadido al hipotecado lo sea naturalmente o por su incorporación a la finca hipotecada. Asimismo, en tiempos de la LH-1861 aún sólo los bienes inmuebles pueden ser objeto de hipoteca (la mobiliaria no se admitirá hasta la ley de 1954). De ahí que, por ejemplo, y el ejemplo no es casual, los frutos y mejoras no puedan por sí solos ser hipotecados, sino junto con la finca de la que forman parte. Separados de ella, no son más que bienes muebles; adheridos o incorporados a ella, forman parte del inmueble. Lo advertía la propia Exposición de Motivos de la LH-1861, bajo la rúbrica *"Bienes que no pueden hipotecarse"*.

A esta razón técnica –de la “inmovilización”– sí parece atender nuestra jurisprudencia:

Así, por ejemplo, la STS de 3 enero 1905 (Col. Leg. nº 2), que sobre el anterior art. 111 LH, dice que la hipoteca se extiende a la maquinaria industrial porque ésta tiene el carácter de bien inmueble ex art. 334.5º Cc. También las SSTs de 28 febrero 1991 (RJ 1607), 20 marzo 1992 (RJ 2213), 1 febrero 2000 (RJ 277), siguiendo ésta a la RDGRyN de 6 febrero 1986 (RJ 1008).

Pero dentro de esta posición jurisprudencial, y de la propia doctrina que también la acepta, cabe distinguir dos posiciones, que, en el fondo, encierran dos explicaciones bien diferentes:

Una primera fundamenta la extensión de la hipoteca en la accesión, en que *accessorium sequitur principale*, como principio general, o en que *superficies solo cedit*, como concreción de aquél. Lo dice claramente la RDGRyN de 6 febrero 1986 (RJ 1008), en su Considerando 3º: que la extensión de la hipoteca según los arts. 109 ss LH “no es sino una consecuencia de lo establecido en los arts. 358 y 359 Cc”. Así lo advierte hoy la casi unanimidad de nuestra doctrina (esperando, por ello, se nos excuse de su cita, que sería tan extensa como cansina para el lector). Ya mucho antes lo decía algún texto del Derecho romano (vgr., la Ley 21, de Tít. 7, del Libro XIII del Digesto, o el “*quod accedit pignori, pignus est*”), cuando, además, por entonces aún no existían instituciones tales como la propiedad horizontal ni el derecho de superficie, al menos, tal como hoy las conocemos.

Mas, de ser esta la razón de la extensión de la hipoteca, ¿a qué se debe la distinción que subyace en tal régimen entre accesiones naturales (a las que sí se extiende la hipoteca) y accesiones artificiales (a las que no parece la hipoteca extenderse)? De ser la accesión la *ratio* de la expansión hipotecaria, ¿por qué la LH introduce excepciones, casos en que la hipoteca no se extiende, aun tratándose de accesiones? Precisamente, constituye una excepción para la extensión de la hipoteca lo que es ejemplo prototípico para la accesión, el caso de edificación sobre solar hipotecado, ex art. 110.1º LH *in fine*. ¿O tal vez por ello, más allá de la extensión de la hipoteca, son también excepciones al propio principio de accesión?

Al creerlo así algunos autores (que las salvedades a la extensión lo son también a la propia accesión), critican tales excepciones contenidas en los arts. 110.1º *in fine*, 111, e incluso la del art. 112 LH (a favor del tercer poseedor), por carecer de toda razón jurídica

(a lo más sólo política). Son las fuertes objeciones que al respecto hizo en el debate parlamentario de la LH-1861 el Sr. ORTIZ DE ZÁRATE (Tomadas de las *LLHH de España, I*, pp. 169 y 170); y, entre los comentaristas, muy influidos por ORTIZ DE ZÁRATE, GALINDO y DE VERA y DE LA ESCOSURA (pp. 218-220), y DÍAZ MORENO (pp. 488 y 489), quienes hacen una feroz crítica de todas las excepciones a la extensión objetiva de la hipoteca; en parte también, RIERA AISA (en la voz de NEJ, p. 73, nota 49).

Otros autores, en cambio, al no creer que tales supuestos contraríen el principio general de accesión, niegan que también salven el régimen de extensión de la hipoteca, creyendo, así, que la hipoteca, como la propiedad hipotecada misma, se extiende también a tales accesiones y mejoras, a pesar de aquellas normas. Así lo creen, fundados en una malsana interpretación gramatical, hace mucho BARRACHINA y PASTOR (*Comentarios a la Ley Hipotecaria, Tomo III*, Castellón, 1911, pp. 76 a 78), y, hace poco, RUIZ-RICO RUIZ (p. 909).

Y los hay, finalmente, para quienes el art. 110.1º (y el 112 LH también) es buena prueba de que la accesión artificial inmobiliaria no opera automáticamente, siendo justificable, vgr., que las nuevas construcciones –entiéndanse las hechas por un tercero– no sean alcanzadas por la hipoteca previamente constituida entre tanto el *dominus soli* hipotecante no decida hacer suya la edificación, o en tanto haya sido hecha la obra por un arrendatario o por un usufructuario. Estaría, pues, pensando el art. 110.1º LH *in fine* en el caso de construcción en suelo hipotecado ajeno (cfr., arts. 361 ss Cc). Así, recientemente, RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (p. 910 ss); y MONTÉS PENADÉS (*La extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras. Una idea de "propiedad"*, en "Historia de la propiedad. Crédito y garantía. V Encuentro interdisciplinar, Madrid, 2007, pp. 517 y 518), quienes conectan el "*siempre que correspondan al propietario*" del art. 110 LH con los arts. 361 y 363 Cc.

Quid iuris?

Endiablada, desde luego, resulta la redacción y perturbador es el casuismo de algunas de tales normas; pero de ahí a contrariar la –cierta– claridad de otras (como la de los arts. 111 y 112 LH), o a enmendar la redacción equívoca, u oscura, de otras (como la de aquel art. 110.1º *in fine*), con rocambolescas o más rebuscadas lecturas, hay un abismo del todo inadmisibile. Que en materia de extensión hipotecaria haya excepciones por propia voluntad expresada por el legislador es innegable: sobre todo materialmente, por las razones que veremos (en el siguiente epígrafe II), que exigen la existencia de tales salvedades aunque no hubiera norma que las

proclamara (lo que demuestra su racionalidad); mas también porque tal era la intención de nuestro legislador: aunque la Exposición de Motivos de la LH-1861 sólo se refiriera, para justificarla, a la excepción del art. 112 LH en particular, el art. 1877 Cc, al compendiar, en general, el régimen detallado en la LH, consagra la regla de la extensión de la hipoteca y advierte de sus salvedades, al decir en su inciso final: *"con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones –dice– establecidas por la ley, así –no sólo– en el caso de pertenecer la finca en poder del que la hipotecó, como –así también– en el de pasar a manos de un tercero"*.

El error de fundar la regla de la extensión de la hipoteca en la accesión misma y aisladamente considerada es radical, elemental. Que la accesión no pueda, al menos directamente, justificar la ampliación o extensión de la hipoteca se debe sencillamente a que la accesión no es modo de crearla o de adquirir originariamente ninguna hipoteca. La accesión es modo adquisitivo originario exclusivo de la propiedad, como, sin duda, puede deducirse de los arts. 350, 353, 358 y 375 Cc (aunque no sea mencionada en el art. 609 Cc, cuya razón fundamental, según es comúnmente sabido, era convalidar la continuidad en la exigencia de título y modo en la adquisición derivativa de los derechos reales). Si la propiedad aumenta por accesión y con ella también los derechos y cargas reales preexistentes sobre ella, como sucede, no sólo con la hipoteca, sino también, *a.e.*, con el usufructo (art. 479 Cc), o con el censo enfiteútico (art. 1632 Cc), no es porque éstos se extiendan por accesión (a lo más, ésta sería su causa final o remota), sino porque tales derechos y cargas son inseparables del dominio sobre el que recaen, porque a través de él se adhieren a la cosa, objeto inmediato de la propiedad, que es la que se incrementa por accesión. Es su inherencia real, pues, como rasgo esencial de la hipoteca (cfr., arts. 1876 Cc y 104 LH), y de los demás derechos y cargas reales, la causa (al menos, la más directa e inmediata) de su extensión. No lo explica así, pero al menos la STS de 20 marzo 1992 (RJ 2213) fundamenta en el caso la extensión de la hipoteca en tales arts. 1876 Cc y 104 LH.

Lo mismo sucede cuando por la elasticidad o fuerza expansiva (y atractiva) de la propiedad, con ella y por su inherencia a ella, se extiende también la hipoteca cuando ésta recae, en principio, no sobre la propiedad misma, sino sobre un derecho o una carga real recaente sobre la misma (como sucede, vgr., con la hipoteca de usufructo, ... según el art. 107 LH, en sus números 2º, 8º, ...). Erróneo sería creer que también en estos casos la hipoteca se expande por su elasticidad (tan erróneo como creer que en los arts. 109 ss LH la

hipoteca se expande por la accesión): en ambos casos (arts. 107 y 109 LH), es la propiedad la que se incrementa (ora por su elasticidad, ora por accesión –por su fuerza centrípeta, en definitiva–), participando de tal incremento la hipoteca, como cualquier otra carga o derecho real menor, por su inherencia a la propiedad que aumenta.

Que la inherencia real sea el fundamento último, en cuanto radical y más directo, de la expansión de la hipoteca a las accesiones y mejoras, lo advertía ya, en cierto modo, la propia LH-1861 en su Exposición de Motivos: "...*Sirvióles de fundamento –decía– que todas las agregaciones eran parte de la finca, y que todas pertenecían a la clase de bienes inmuebles, o bien por su naturaleza, o bien –añadía– por su adherencia a las que lo eran*".

Habría a quien esta explicación no convenza, como a BLASCO GASCÓ (pp. 15, 24, 29, ...); y, siguiéndole, MONTÉS PENADÉS (p. 508), especialmente, porque no se justificarían las excepciones del art. 110.1º *in fine*, como si acaso en tales supuestos faltara el dato de la inherencia real en la hipoteca. Lo cual resultaría, en efecto, inadmisibile, pues, como decía la Exposición de Motivos de la LH-1861, "*hipoteca que no sigue a la cosa hipotecada no merece llamarse hipoteca*". ¿Entonces?

III. RAZÓN DE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ART. 110.1º LH *IN FINE*, O DE LA NO EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LAS AGREGACIONES DE TERRENOS NI A LAS NUEVAS EDIFICACIONES, DONDE ANTES NO LAS HUBIERE

1. Objeción a los pretendidos fundamentos –volitivo y de política– de la no extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria a los supuestos del art. 110.1º LH *in fine*

Una de las razones alegadas, en doctrina, es la presunta voluntad del dueño del bien hipotecado, frente a la general favorable a la extensión, de no desear que se extienda la hipoteca a ciertas accesiones, en particular a las artificiales, cuando sean hechas por él mismo, como sucede con la agregación de terrenos o con las nuevas construcciones del art. 110.1º LH *in fine*:

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (V, pp. 348 y 349); PANTOJA y FLORET (p. 354); BARRACHINA y PASTOR (III, pp. 74 y 75); GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (II, p. 440); PUIG PEÑA (III-2º, p. 145).

En nuestra opinión, tal fundamento –que podría también llamarse– volitivo, por sí solo resulta insuficiente para explicar en general los casos de no extensión, como tampoco basta (según vimos) para explicar el efecto opuesto, cuando en los demás casos sí opera, por principio, la extensión hipotecaria. De admitirse tal razón, resurgen aquellos mismos interrogantes antes suscitados cuando se pretendía que idéntico fuese el fundamento de la regla expansiva de la hipoteca.

Frente a esta explicación, la mayor parte de la doctrina las justifica por razones, también, políticas, pues con ellas se asegura la inversión inmobiliaria, promoviendo o estimulando en particular la construcción, en virtud, sobre todo, de la última excepción del art. 110.1º LH *in fine*.

Prácticamente, el primero en afirmarlo fue ROCA SASTRE (p. 322), a quien han seguido tantos otros, como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho Hipotecario, II: Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 3ª ed., Madrid, 1999, p. 145, nota 11); GUILARTE ZAPATERO (*en Comentarios al Cc*, Dir. Albaladejo y Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 2000, p. 606); BLASCO GASCÓ (p. 60), quien, aunando razones, habla de “fomentar la construcción de edificios, así como las posibilidades crediticias que contiene la potencialidad económica de la finca”.

Pero otra vez, en nuestra opinión, si la razón general de las salvedades en materia de extensión objetiva de la hipoteca son la inversión y el crédito, sea en el ámbito de la construcción o en el industrial agrícola, ¿por qué, en cambio, según la Ley sí se extiende la hipoteca a las nuevas plantaciones y a las sobre-edificaciones? ¿Acaso en tales casos no se dan aquellas idénticas razones para impedir que a ellos se extienda la hipoteca? Como sucede con el presunto fundamento volitivo, también con el de política legislativa, admisible sólo en parte (como efecto de la razón primera), quedan siempre flecos, supuestos no cubiertos por tales razones, hipótesis que nunca terminan de quedar justificadas atendidos aisladamente tales motivos.

2. La razón registral de las excepciones: los principios de publicidad y especialidad, en materia hipotecaria, y la autonomía de las agregaciones y de las nuevas edificaciones como posibles fincas registrales

Por supuesto, no puede estimarse que el art. 110.1º LH *in fine* suponga una salvedad a la inherencia real que tiene, y ha de tener, toda hipoteca; como tampoco supone una excepción a la accesión (ni al principio *superficies solo cedit*, ni al más general *accessorium sequitur principale*). Porque la salvedad, la no extensión a ciertas accesiones y mejoras alcanza a la hipoteca, no a la propiedad, que sí se expande a esos elementos a los que no llega la hipoteca. ¿Por qué sucede esto último?

En nuestra tesis, si la razón de la regla, la de la inherencia real, es sustancial, de Derecho material, la de su excepción es eminentemente registral, de Derecho hipotecario: son los principios de especialidad y de publicidad, coadyuvados por el de tracto sucesivo (según han recordado, recientemente, siguiendo nuestra opinión, las RRDGRyN de 8 marzo 2013 y 24 octubre 2018 –en BOE de 16 noviembre 2018–).

Lástima que tales principios los mencione ROCA SASTRE (p. 264), sólo para justificar, junto a otras razones, el art. 112 LH; por su parte, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (*Comentarios a la Legislación Hipotecaria, Tomo VI*, Pamplona, 1983, p. 503), y SAAVEDRA MONTERO (en AC, 1996-3, p. 634), sólo los refieren para justificar la excepción de las agregaciones de terreno del art. 110.1º LH (y MONTÉS PENADÉS, p. 510, para justificar el caso en el principio de indivisibilidad); LLOPIS GINER (pp. 247 y 249), apenas se refiere tímidamente al principio de especialidad (al fundarse, sobre todo, en evitar la quiebra del de accesión), para sólo justificar el caso de las nuevas edificaciones, como caso prohibido de hipoteca de cosa futura.

Si pensamos en las salvedades del art. 110-1º LH *in fine*, aun expandiéndose automáticamente, por accesión, la propiedad a las agregaciones de terrenos y a las nuevas construcciones, la hipoteca, más sujeta que cualquier otra carga real a aquellos principios hipotecarios (de especialidad y publicidad), no puede automáticamente expandirse también con la propiedad sobre la que recae mientras registralmente no se exprese tal incremento de la propiedad (mediante las oportunas inscripciones de agregación o, en su caso, de agrupación de fincas –que recientemente la RDGRN de 8-3-2013, y siguiéndola la de 24 octubre 2018 (BOE de 16 noviembre 2018),

equipara a las agregaciones en esta materia de extensión de hipoteca-, conforme a los arts. 45 a 50 RH, y de la oportuna declaración de obra nueva, conforme a los arts. 202 LH –antes de la reforma hipotecaria de 2015, era el art. 208 LH- y 308 RH); lo que, por cierto, no podrá hacerse si no es por voluntad del propio dueño (ni, por supuesto, de la del acreedor hipotecario que desee extender su hipoteca).

Esto es así, porque las agregaciones de terreno y las nuevas edificaciones construidas –que se excluyen de la expansión objetiva hipotecaria- son, de suyo o por sí solas, bienes inmuebles (cfr., art. 334.1º Cc), fincas independientes, que pueden ser objeto de propiedad o derecho real independiente, de folio real propio y de hipoteca separada y diversa de la propiedad (o del derecho real), del folio registral y de la hipoteca que existan referidos al suelo. Decimos tal cosa aun sabiendo que sólo la operación registral de agrupación de fincas genera una nueva finca registral (cfr., art. 45 RH), mientras que, en la agregación, la agregada se adjunta o adscribe a la finca mayor, siendo ésta la finca registral, ya existente, que se ve incrementada (art. 48 RH). Se hace, pues, aquella observación en el sentido de que la finca que se agrega, se agrupa, o incluso se segrega, puede ser por sí sola finca, material y registral. Aptitud, en cambio, de la que carecen las plantaciones y las otras mejoras diversas de las edificaciones y de las agregaciones, a las que por ello sí se extiende automáticamente la hipoteca, ex art. 110.1º LH.

No se da esta explicación, es verdad, en la Exposición de Motivos de la LH-1861 al justificar el régimen de extensión de la hipoteca (donde, en realidad, sólo se intenta justificar la excepción del art. 112 LH, a favor del tercer poseedor): pero así quedará consolidada, por contenerse ya embrionariamente en aquélla, con la reforma hipotecaria de mediados del s. XX. Veámoslo.

3. Una mención obligada de las agregaciones de terreno y de las declaraciones de obra nueva, y su distinción de los excesos de cabida, en la reforma hipotecaria de 1944-1947

Que literalmente el art. 215 RH "*extienda*" la hipoteca a los excesos de cabida de la finca hipotecada debe ser entendido en sentido amplio, o impropio incluso, pues en realidad la finca que experimenta en el Registro el exceso de cabida es la misma y única inicial e intencionadamente hipotecada (como la finca transformada por accesión natural), a diferencia de lo que acontece con las agregacio-

nes –no naturales– que implican un exceso real y también registral de superficie, que al requerir de auténtica agregación también registral no son objeto de extensión legal o automática de la hipoteca. En cambio, el exceso –o el defecto, que pudiera haber– de cabida no suponen más que una rectificación registral de la medida superficial de la finca según constaba –erróneamente– al principio en el Registro, sin implicar verdadera extensión, o modificación, del objeto hipotecado, como tampoco la hay del objeto mismo de dominio. Como decía ROCA SASTRE (p. 324), matizando la expresión empleada en el art. 215 RH, más que entender que “la hipoteca se extenderá también sobre esta mayor cabida registrada”, es que “la hipoteca gravará dicha finca en toda su extensión”.

En cambio, cuando se redacta aquel art. 215 RH, DE LA RICA (en sus *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, I*, Madrid, 1948, p. 211), creía que en tal caso (de corrección previa a la inscripción de hipoteca), “no procederá la extensión –decía– por deberse presumir que la intención de los contratantes ha sido la de gravar con la hipoteca sólo una parte, y no la totalidad, de la superficie inscrita”. Pero como le replica hoy la común opinión (como Blasco, Ramos Chaparro, ...), y como ya advirtiera la STS de 1 diciembre 1917, para conseguir tal efecto sería necesaria una previa segregación, pues de lo contrario, por exigencias registrales (de especialidad y publicidad, de nuevo), la hipoteca recaería sobre toda la superficie.

Hacemos aquella comparación, entre el exceso de cabida y las accesiones naturales (a las que técnicamente sí se extiende la hipoteca, frente a lo que sucede con las agregaciones de terrenos), sin ignorar que el exceso de cabida técnicamente sólo se produce por error en la medición de la superficie de la finca, y no también por posterior accesión natural a la misma (sea por aluvión, avulsión,...), ya que en este último caso el exceso, que de verdad lo es, pero no en el sentido técnico, obedece a un crecimiento físico de la finca, que de estar hipotecada, implicará verdadera extensión de la hipoteca (por efecto del art. 110 LH, más que por el del art. 215 RH). La comparación la hacemos porque en ninguno de ambos casos hay creación de finca registral autónoma, sino simple aumento registral de su superficie, sin estricta operación registral de agregación ex art. 48 RH.

Hubo un tiempo quien, en doctrina y en jurisprudencia, explicaba la declaración de obra nueva como hoy se explica el exceso de cabida, ignorando que en aquel otro caso, como en el de las agregaciones de terreno, no sólo hay accesión, sino surgimiento de un nuevo inmueble, que, como poco, es objeto de una nueva y verdadera

inscripción, y que, a lo más, puede ser objeto de propiedad, de folio registral y de hipoteca separada de la del suelo:

En efecto, cuando aún no existían el art. 208 LH (hoy, tras la reforma hipotecaria de 2015, su equivalente es el art. 202 LH), ni el art. 308 RH, que, no por casualidad, fueron introducidos, como el 215 RH, en la reforma de 1944-47, una importante jurisprudencia, formada sobre todo en el círculo registral bajo el auspicio de cierta práctica y de notorios hipotecaristas (como GALINDO y DE LA ESCOSURA, cuya cita en este asunto tomamos de RIBELLES ORTIZ, *Declaraciones de obra nueva y su inscripción en el Registro*, en RCDI, 1946, pp. 1 y 2), se mostraba poco exigente con la declaración de obra nueva, que, por entonces, antes de aquella reforma, se fundamentaba en el art. 28 RH-1870 (similar al que luego sería el art. 51.4ª RH); precisamente, porque se entendía que tal declaración –de obra nueva– sólo afectaba a un dato fáctico, sin trascendencia jurídica propia, ni protegible por la publicidad registral: se trataba de declarar simplemente que sobre un suelo se había levantado una edificación, completándose, de ese modo, la descripción de la finca registral previamente inscrita. Para los efectos jurídicos pertinentes (declaración de dominio sobre dicha obra, o la posible extensión a la misma de la hipoteca –que a nosotros ahora nos interesa–), se entendía –bastante con– que, por el principio de accesión, el edificio pasaba a ser propiedad del *dominus soli*. Por eso, para declarar aquella obra nueva bastaba con cualquier título (entendido éste en sentido amplio) en que el dueño del suelo declarara su terminación. No se exigía nada más, al no tratarse de la estricta inscripción de una nueva finca, sino de la mera descripción del acrecimiento por accesión experimentado en la finca registral ya existente. Siguiendo a las RRDGRyN de 22 y 31 agosto 1863, será la explicación dada en las de 20 mayo 1895 (Col. Leg. nº 36) y 19 diciembre 1918 (Col. Leg. nº 216).

Tal modo de explicar el fenómeno se mostraba muy acorde, en el tema particular que aquí importa, con el modo de fundar la extensión de la hipoteca: como efecto automático de la accesión, que, si expandía también automáticamente la propiedad, hacía lo propio con la hipoteca sobre ella constituida anteriormente. Y que tal concepción estuviera errada lo demuestra la opinión contraria que se gesta, sobre todo en doctrina (RAMOS FOLQUÉS (p. 855-857, sobre todo); y MONET (cuya cita aquí tomamos de ROCA SASTRE, II, pp. 463 y 464) y sólo de modo titubeante en la propia jurisprudencia (por ejemplo, en las RRDGRyN de 22 diciembre 1898 [Col. Leg. nº 139] y 3 enero 1928 [Col. Leg. nº 16]), para consagrarse finalmente en

aquellos arts. 208 LH (hoy, 202 LH) y 308 RH. En tales normas, amén del título principal en que accesoriamente se haga declaración de la obra nueva (supuesto que, en principio, nunca planteó problema), se permite también que tal declaración se haga en título autónomo, para el que, sin embargo, no basta con la simple declaración del *dominus soli* relativa a la conclusión de la obra construida sobre su suelo, siendo, en cambio, necesarios otros requisitos que aseguren la existencia de tal obra y su titularidad (*vid.*, arts. 208 LH *in fine* –hoy, art. 202 LH– y 308.2º RH). ¿Por qué esa exigencia añadida a la explicación anterior?

Habrà quien no le otorgue importancia a tal añadido, y mantenga aquella antigua explicación, viendo que así lo demuestra que el título aislado declarativo de la obra nueva no sea incluido en el art. 2 LH, entre los títulos sujetos a estricta inscripción, y que sea en su propia previsión diferenciada del verdadero título inscribible (declarativo, traslativo, ... del dominio, a que se refiere el art. 308 RH, en su nº 1º).

Es la opinión de RIBELLES ORTIZ (pp. 6 y 7, sobre todo), DE LA RICA (*Comentarios a la Ley de Reforma de Hipotecaria de 1944*, en RCDI, 1945 [tomado de las *Leyes Hipotecarias de España*], p. 312), e incluso de ROCA SASTRE (II, pp. 460-462), y DE TENA Y MARTÍ (*Proyecciones del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad*, en Información Jurídica, 1952, p. 654). En la propia jurisprudencia, así parecen creerlo la RDGRyN de 29 mayo 1965 (RJ 2502), o las SSTs de 3 octubre 1979 y de 27 junio 1992 (RJ 5562), cuando dicen que la declaración de obra nueva "*no implica cambio jurídico alguno*".

No se comprende que aquella mayor exigencia en el título autónomo obedece a que con éste, no sólo se declara un hecho (la obra nueva), sino también un derecho (la propiedad que sobre la obra se expande por accesión), y la voluntad de que así conste todo ello en el Registro de la propiedad. Así parecen dejarlo claro, hoy, tras la reforma hipotecaria de 2015, el nuevo art. 198.4º LH, en su referencia, en general, a la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral, y el nuevo art. 202 LH (sustitutivo del anterior art. 208 LH).

Lo razonaba cristalinamente RAMOS FOLQUÉS (p. 855): "En toda nueva edificación se aprecian tres momentos de incuestionable trascendencia registral: el hecho de la obra, la adquisición de derechos y la declaración de voluntad dirigida al Registrador. ¿Cuál

de estos tres elementos es el objeto de una inscripción de obra nueva?”. Y responde: “Nosotros siempre nos hemos inclinado del lado de los que opinan que se inscribe el derecho de adquisición de la obra y que la nueva descripción es como la inmatriculación del edificio o nueva obra que va acompañada, forzosamente, de un derecho, y entre otras razones de tipo teórico, nos hemos apoyado, para ello, en razones de tipo práctico, como la siguiente –que a nosotros, en particular, en nuestro tema interesa–: no es posible inscribir la hipoteca de una casa sin que previamente se haya inscrito la nueva edificación, y si después inscribimos la hipoteca, lo hacemos, no por virtud de la nueva descripción de la finca, sino por el nuevo derecho que contiene la inscripción practicada”.

No debe haber duda, por tanto, de que estamos en presencia de una estricta inscripción, incluible en la declaración de dominio a que genéricamente hace referencia el art. 2.1º LH (más allá del hecho de que reiteradamente aquellos arts. 202 LH –antes, el 208 LH– y 308 RH hablen de “*inscripción*”, y de que en tales normas la referencia al otro título declarativo del dominio, lo sea del suelo edificado en su unidad, o bien sólo de la edificación en cuanto unida al suelo). Eran, además, tiempos en los que, con cierto precedente en la Ley de Propiedad Horizontal de 1939, el edificio e incluso separadamente los pisos y locales que lo componen empiezan a encontrar reconocimiento como finca registral propia, como posibles objetos autónomos de propiedad, y de hipoteca (con los nuevos arts. 8 y 107.11º LH). De ahí, que no sea parangonable el caso de nueva edificación, con el de nuevas plantaciones y mejoras en general, que también el art. 208 LH comprendía como objeto de declaración: lo podrán ser de inscripción, mas siempre de forma conjunta con la finca de la que forman parte, nunca como posible finca registral propia, y, por tanto, como objeto independiente de propiedad y de hipoteca.

Con tal régimen de la declaración de obra nueva contenida en la reforma hipotecaria de 1944-1947, no se introduce un cambio en nuestro sistema registral, sino que, estando ya en él contenido (“en su doctrina”, que decía RAMOS FOLQUÉS), se aclara para su correcta aplicación, habida cuenta de la errónea práctica que del mismo se había venido haciendo. Era entonces, y no antes, el momento de hacerlo. Tal reforma de la LH es contemporánea a aquella época en la que urgía la necesidad de construcción para dar alojamiento a una población que emigraba en masa del campo a la ciudad, originándose con ello nuevos conflictos sociales que, en principio, carecían

de suficiente o expreso amparo legal, y que fueron cubiertos por las primeras leyes sobre Propiedad Horizontal (de 1939), de Arrendamientos Urbanos (de 1944), sobre derecho de superficie (art. 16 RH-1944), o sobre el Suelo (de 1956),... Precisamente, algunas de esas normas que darían origen a nuevas fincas funcionales, y registrales, diversas de las anteriores agregaciones y edificaciones, ya contempladas como tales desde la primera LH-1861.

No hacemos, por tanto, ahora nosotros ninguna interpretación actualizada del art. 110.1º LH *in fine*, en particular, desde la posterior reforma contenida en aquellos arts. 208 LH y 308 RH de 1944-1945, sino aclaratoria –y auténtica–, desde tales normas, de lo que desde un principio fue la razón de no extender la hipoteca a las nuevas construcciones, ya desde la LH-1861. Lo que no impide, desde luego, que otras reformas hipotecarias habidas después de la primigenia LH hayan venido a añadir nuevos casos en que, por idénticas razones de especialidad y publicidad, tampoco opera la extensión de la hipoteca. Pues si la regla de la extensión de la hipoteca se funda *in recto* en un rasgo material esencial en todo derecho o carga real, cual es su inherencia al dominio que grava, y sus salvedades (sobre todo, la del art. 110.1º LH *in fine*), se explican por los principios registrales de publicidad y especialidad, de antemano nada impide la expansión de tales salvedades, por fundarse en principios generales, a otros casos que han ido surgiendo con el tiempo (produciéndose aquí la extensión del 110.1º *in fine* por interpretación sociológica), al ampliarse el propio concepto legal de finca registral (vgr., ex arts. 8.5, 107.11º LH, 66 y 68 RH,...); así hasta el punto de tener que excluir de la extensión hipotecaria el caso de la "*elevación de edificios*" de aquel 110.1º LH, en principio incluido en aquella extensión, en tanto las nuevas plantas, pisos,... formen finca registral independiente de la originariamente hipotecada. Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis que contempla el art. 8.5º LH (que puede aún complicarse más, si dentro del piso o local hay subdivisión que genera otras fincas funcionales con entidad registral propia; vgr., arts. 68 RH, 27.1 de la Ley de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico –LAT–,...). En tal caso, la hipoteca originaria, recayente sobre la casa o edificio, de suyo no se expandirá sobre la ampliación que se independiza como inmueble y finca registral, y, por tanto, como posible objeto autónomo de hipoteca (cfr., arts. 107.11º LH, 23.4 LAT,...; salvo en el caso de estar hipotecado todo el inmueble, y carecieren de autonomía registral todos sus pisos o, aun teniéndola, consintieran sus dueños la extensión de la hipoteca, cfr., arts. 8.4º LH y 218 RH). Y si, en efecto, aquel in-

mueble (piso o local) independiente se hipotecase, dicha hipoteca se extendería a la cuota copropietaria recayente sobre los elementos comunes del inmueble matriz (cfr., arts. 396.II Cc y 5 LPH).

Atiéndase, pues, a tal dato por aquellos que deseen pactar una extensión plena de la hipoteca a toda accesión y mejora habida o por haber en la finca hipotecada, siendo más conveniente una comprensión genérica de las mismas antes que limitada expresamente a las agregaciones y nuevas edificaciones que cita el art. 110.1º LH.

Tiene ello también importancia para el caso en que constituida la hipoteca sobre un terreno o un solar ya edificado, en todo o en parte, sin embargo, tal construcción no se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad, ni de ella se haya realizado declaración de obra nueva, ni siquiera mención en la propia escritura ni, por tanto, en la inscripción de la hipoteca. ¿Cabría entender, en tal supuesto, que la hipoteca recae no sólo sobre el solar, sino también sobre dicha construcción, a pesar de su inexistencia registral? Así lo ha entendido buena parte de nuestra jurisprudencia (SSTS de 20 febrero 1889 (Col. Leg. nº 70), 2 enero 1991 [RJ 1991/101], 20 marzo 1992 [RJ 1992/2213], 10 junio 1995 [RJ1995/4915]), fundamentalmente basándose en una interpretación literal del art. 110.1º LH, que, recuérdese, incluye en la regla expansiva de la hipoteca las accesiones y mejoras, *"aunque no se mencionen –dice– en el contrato, siempre que correspondan al propietario"*; y sólo excluye de la extensión de la hipoteca la *"nueva construcción de edificios donde antes –dice– no los hubiere"* (a mayor abundamiento, suele añadirse el pacto de extensión habido en el caso que la refiere a obras nuevas, o ya hechas). Por ejemplo, en el pacto a que atiende la STS de 2 enero 1991 (RJ 1991/101), se extendía la hipoteca a *"las obras nuevas, hechas y hacederas"*; en la STS de 10 junio 1995 (RJ 1995/4915) a *"las mejoras, edificaciones y obras de todas clases que existan o en adelante se realicen"*; ... Como en el caso planteado sí existía el edificio antes de que se constituyera la hipoteca, aunque no se mencionara si quiera en la escritura de hipoteca, a él habría ésta de expandirse. A dicha razón ha venido la mayoría de la doctrina, que secunda esta posición jurisprudencial, a añadir otras: como la analogía del caso con el del simple exceso de cabida (art. 215 RH), donde, como vimos arriba, hay una simple corrección registral del montante de superficie de la finca, pero no modificación en sí de finca registral; o que el hecho de estar o no declarada la obra es irrelevante a estos efectos, pues tal declaración es fáctica, del mero hecho de la construcción, no estrictamente jurídica, o de derechos; que la hipoteca se extiende a fincas reales, no a las que como tales

consten en el Registro de la Propiedad; o, por último, que por el principio de accesión el edificio es parte del suelo (ex art. 358 Cc), formando con ella una única finca registral, e hipotecada, como, en efecto, dijo la RDGRN de 21 febrero 1995 (RJ 1995/1735).

En contra, sin embargo, de esa posición mayoritaria, hay al menos dos SSTs, la de 15 diciembre 1997 (RJ 1997/8980) y, más acertadamente, la de 8 junio 2004 (RJ 2004/3817), que formando también jurisprudencia (aunque contradictoria con la mayoritaria), niega que la hipoteca se extienda a la edificación, pues aun existiendo ésta como tal, en la realidad, antes de haberse constituido la hipoteca, carece sin embargo de realidad registral. La primera en el tiempo, la STS de 15 diciembre 1997 (RJ 1997/8980), declaró la no extensión de la hipoteca, que se había constituido en el caso sobre la planta baja de un edificio (que no estaba constituido en propiedad horizontal), a las otras dos plantas superiores (también propiedad del hipotecante, dueño único del edificio), pues a pesar de estar ya construidas con anterioridad a la hipoteca y gozar de autonomía material (como plantas independientes, y no como accesorios o anejos a la planta baja), no gozaban de constancia registral propia, ni habían sido mencionadas, ni descritas en la escritura, ni, por tanto, en la inscripción de la hipoteca. Más acertada parece la STS de 8 junio 2004 (RJ 2004/3817): se trataba de una vivienda no inscrita que fue construida sobre una nave industrial antes de que ésta fuera hipotecada. Llevado el caso a los tribunales, el juzgado de 1ª instancia incluye la vivienda en la hipoteca (y, por tanto, también en la ejecución hipotecaria); en cambio, la sentencia de la Audiencia Provincial la excluye –como explica luego el TS– *"por no estar la misma incluida en la descripción de la finca –la nave hipotecada–, y no tratarse de una mejora añadida a ella conforme a los arts. 109 y 110 LH"*. Con tal razonamiento será esta solución confirmada en aquella STS de 8 junio 2004 (RJ 2004/3817). A dicho razonamiento, cabría añadir también otras razones, a mayor abundamiento: una primera, de seguridad del tráfico inmobiliario, porque de admitirse la expansión automática, y sin reflejo registral, de la hipoteca a todo el edificio, como cree la posición mayoritaria, ¿acaso quedarían protegidos los terceros adquirentes del edificio o de cualquiera de sus pisos o locales? Otra razón es que ningún problema, al menos técnico, de posible ejecución hipotecaria habrá por no extenderse la hipoteca al edificio (como se verá, en general, en el último epígrafe del presente trabajo); en este caso, no se trata de simples ampliaciones, verticales u horizontales, de un inmueble –edificio, casa,...– preexistente, sino de una nueva finca, en sentido material

y registral, autónoma e independiente del suelo (de ahí su inoportuna comparación con el exceso de cabida del art. 215 RH); una nueva finca que, además, no sólo no consta inscrita en el Registro de la Propiedad, sino que ni siquiera consta mencionada en la escritura de hipoteca que luego se inscribe. Ciertamente que el art. 110 LH declara la expansión de la hipoteca a los bienes que enumera *"aunque no se mencionen en el contrato"*, pues carecen de autonomía material y registral como bien inmueble. De ahí que sí opere en tales casos la extensión, y de forma automática. Pero tratándose, como es el caso que ahora nos ocupa, de un inmueble que sí goza de tal autonomía, su mención, al menos en el contrato, esto es, en la escritura hipotecaria, sí tendría su relevancia, no sólo fáctica, sino también jurídica (de nuevo, los arts. 208 LH y 308 RH).

Con ello se plantea otro posible supuesto, harto frecuente y muy relacionado con el anterior, pero con un pequeño matiz que lo diferencia de aquél en su solución: si la edificación que ya existía antes de constituirse la hipoteca, no está aún inscrita (como en el caso antes visto), pero sí es mencionada en la escritura de hipoteca que se inscribe (mención que en el caso anterior ni siquiera se hacía), ¿habría en tal hipótesis extensión de la hipoteca a dicha edificación? Por supuesto, para la opinión mayoritaria, que estima bastante la preexistencia real de la construcción, tenga o no reflejo en el mundo del Registro, también esta hipótesis lo es de extensión hipotecaria. Y de nuevo alega la doctrina las mismas razones ya indicadas antes. En la jurisprudencia, para este caso particular destaca la RDGRN de 6 febrero 1986 (RJ 1986/1008), a la que sigue recientemente la de 14 junio 2017 (en BOE de 6 julio 2017), y que por su concisión y contundencia, merece ser reproducida en su integridad:

"Considerando, que la cuestión debatida en el presente recurso consiste en determinar si procede o no inscribir un derecho real de hipoteca que se ha constituido sobre una finca en la que se indica existe una vivienda-chalé, a la que se extiende la indicada hipoteca, todo ello sin que haya tenido acceso a los libros registrales la correspondiente declaración de obra nueva del edificio construido.(...) Considerando que la mencionada cuestión aparece resuelta en el artículo 110-1.º de la Ley Hipotecaria, que al tratar de la extensión de la hipoteca, sólo excluye de su contenido a las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere, pero no a las que ya existieran en el momento de constituirse la hipoteca.(...) Considerando por tanto que la inscripción de la declaración de obra nueva de la vivienda no constituye un

requisito previo a la inscripción de la hipoteca, pues ésta se extenderá a aquélla aunque no figure la construcción en el Registro ni se hubiere hecho constar en el contrato (artículo 110 de la Ley), lo que no es sino una consecuencia de lo establecido en los artículos 358 y 359 del Código Civil, y precisamente es acertado el haber hecho constar la existencia del edificio en la escritura, ya que ello evita el que cuando en un futuro se ajuste la realidad registral a la extrarregistral mediante la presentación de la correspondiente escritura de obra nueva, puede surgir cuestión sobre si tal vivienda se construyó antes del otorgamiento de la escritura de hipoteca con la consiguiente extensión de gravamen, o bien se construyó con posterioridad, en cuyo caso no habría tal extensión, aunque en este caso concreto sobra tal discusión, ya que por pacto la hipoteca se extiende a las ulteriores edificaciones.(...) Considerando, por último, que en la escritura calificada no se vulnera el principio de especialidad –porque se concreta la finca registral sobre la que recae el gravamen–, ni tampoco el de tracto sucesivo –porque la finca figura inscrita a favor del constituyente de la hipoteca–.

A nuestro juicio, aun siendo aceptable tal solución, corregible resulta su argumentación. Sí es relevante que la construcción, existente en la realidad, pero sin constancia registral propia, sea mencionada en la escritura de hipoteca, porque a través de ella, cuando ésta es inscrita, también con ella aquélla accede al Registro. Por supuesto, no se trata de darle en este caso relevancia a un pretendido caso de mención registral, que nuestra Legislación hipotecaria rechaza (cfr., arts. 29, 98 LH, y 355 RH). La razón en aquel caso de que la hipoteca se extienda a una edificación que ya existía es que al ser ésta mencionada en la escritura e inscripción de la hipoteca (cfr., art. 110 LH), en tal mención va –o puede ir, en su caso– incluso una declaración de obra nueva, en tanto su descripción se haga conforme a los arts. 202 LH y 308 RH (especialmente, por el caso referido, según el 308.1º RH, en su primera parte), de modo que habría constancia registral, no sólo de la existencia en sí del edificio, sino de su propiedad y de su hipoteca (según vimos arriba), se haga tal cosa en folio diverso o, como más probable, en el mismo folio registral del suelo edificado y –ahora sí– íntegramente hipotecado. Por eso, más que un caso de extensión de hipoteca, habrá desde un principio una hipoteca recayente sobre una propiedad única, formada por el suelo edificado, que así, por el todo, se ejecutará en caso de impago (cfr., art. 130 LH, cuando declara que la ejecución hipote-

caria se realizará "sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título –dice– que se hayan recogido en el asiento respectivo").

IV. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS PACTOS EXTENSIVOS DE LA HIPOTECA A LAS NUEVAS EDIFICACIONES: EN ESPECIAL, EL DEBIDO RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD Y DE PUBLICIDAD, POR UN LADO, Y LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS, POR OTRO

Admitida, desde el inicio, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en esta materia, y conocida su *ratio*, son, al menos, dos los límites más importantes que han de respetarse, conforme exige, en general, el art. 1255 Cc:

El primero, como expresión de la imperatividad y, sobre todo, del orden público, la no conculcación de los principios de especialidad y de publicidad, que, según hemos visto, justifican los casos en que la extensión de la hipoteca no encuentra operatividad (especialmente, por lo que ahora importa, en los dos casos del art. 110.1º LH *in fine*, que, no en vano, la práctica bancaria intenta eludir, o no aplicar, convencionalmente). Sólo importan estos principios registrales, no ya el material de la inherencia que justifica, según vimos, la regla general expansiva, que en este punto no está en lid.

En el debido respeto a tales principios hipotecarios, no cabe convencionalmente excluir de la hipoteca aquellos elementos que supongan alteración de la misma finca registral hipotecada (vgr., los excesos de cabida registrados, la agregación de terrenos por accesión natural, ...), salvo que se proceda –previa y registralmente– a la pertinente segregación, en tanto sea posible.

Así lo defiende, BLASCO GASCÓ (pp. 35 y 36); en contra, LLOPIS GINER (*Comentario a la STS de 15 diciembre 1997*, en RDP, 1999), por entender que como mejora resulta inseparable de la finca ya hipotecada. Como dice RAMOS CHAPARRO (p. 423), todo depende de que se actúe conforme al principio de especialidad; por eso, refiriéndose luego (en p. 443), al caso del exceso de cabida, cuya posible exclusión convencional de la hipoteca aquel otro defiende, según Ramos Chaparro, "contra tal pacto, que parece de laboratorio, milita la razón ya señalada del principio de especialidad, pues resulta del todo incongruente que una misma finca pueda tener una configuración física determinada como objeto del dominio y otra distinta como objeto de la hipoteca". En la jurisprudencia, la STS de 11 noviembre 2003 (RJ 8407), que re-

cientemente ha venido a recordar la RDGyN de 24 octubre 2018 (en BOE de 16 noviembre 2018), admitió la no extensión de la hipoteca a un caso en que de la finca originariamente hipotecada se hubo segregado una porción, de la que se hizo escritura e inscripción de cancelación de la hipoteca que recaía sobre tal finca ya segregada.

Lo mismo cabe decir de la elevación de edificios, o de cualquier otra ampliación (en vertical o en horizontal), cuya exclusión de la extensión de la hipoteca originaria pende de la autonomía registral que, como finca independiente, se le otorgue, o no, a lo ampliado (según lo dicho en el anterior sub-epígrafe).

Sí sería, en cambio, válido incluir en la hipoteca futuras agregaciones o edificaciones, aunque tal pacto no implicaría automáticamente la hipoteca de tales bienes, que aún no existen. El principio de especialidad impide la hipoteca recayente sobre bienes futuros. Valdría tal pacto como promesa de hipoteca (ex art. 1862 Cc), de modo que una vez producida en efecto la agregación de terreno o construido el edificio, la hipoteca no se extendería automáticamente a tales inmuebles; para hipotecarlos habría, primero, que dar constancia registral de tal accesión, mediante las oportunas inscripciones de agregación o, en su caso, de agrupación de fincas (conforme a los arts. 45 a 50 RH, y así reconoce SAAVEDRA MONTERO, pp. 105 y 106), y a través de la pertinente declaración de obra nueva (conforme a los arts. 202 LH y 308 RH), respectivamente, para, ya después, inscribir sobre ella la oportuna escritura de hipoteca. Todo lo cual no podrá hacerse si no es por voluntad del propio dueño consumidor. Sólo cabría una hipoteca desde un principio constituida (más que estrictamente extendida), si desde ese principio constase inscrita la futura edificación como finca registral al amparo del art. 8.4º LH. Es en el fondo lo que defiende LLOPIS GINER (en Edersa, pp. 252 y 253), cuando admite la extensión pactada con eficacia *erga omnes*, en tanto que al tratarse de cosa futura esté ya descrita en la escritura de hipoteca.

El otro límite destacable a respetar en esta materia es el respeto, o no perjuicio, de los derechos e intereses de terceros (ex art. 6.2 Cc), cuando es el hipotecante quien renuncia a un beneficio que la ley le concede (al excluir de la hipoteca algunos bienes suyos), aunque luego trasmita la finca así hipotecada, lo que a la postre revela la imperatividad del art. 112 LH, salvo que sea el propio tercer poseedor quien renunciara a su aplicación. Nos referimos al caso tan común en la práctica que acabamos de indicar (de incluir conven-

cionalmente en la hipoteca futuras agregaciones o construcciones), naturalmente cuando aún no hay un tercero con derecho –real– alguno sobre la finca. Es este, sin embargo, el supuesto al que suelen referirse algunos en la doctrina para indicar que el tercero (vgr., con derecho de superficie constituido antes de la hipoteca), no puede ser afectado por el pacto de extensión de la hipoteca a futuras agregaciones o edificaciones.

Así, CARRASCO PERERA (y otros, en *Tratado de los Derechos de garantías*, Navarra, 2002, p. 521); BLASCO GASCÓ (pp. 56 y 57); MONTÉS PENADÉS (p. 512); y RAMOS CHAPARRO (p. 428).

En tal caso, el edificio no se verá afectado por la hipoteca: *prior in tempore, potior in iure*, y, como razón más importante, porque de haber un derecho real previamente concedido a favor de tercero (superficie, usufructo, ...), sencillamente la hipoteca de la finca no habrá podido cubrir aquel derecho, porque no habrá sido una hipoteca de la plena propiedad (sino de la nuda propiedad, o del dominio sin el *jus aedificandi*, ...). Pretender convencionalmente lo contrario, sería admitir una hipoteca de cosa –en parte aún– ajena.

Nos referimos, más bien, al caso en que no hay, de momento, tercero alguno, y el dueño de la finca la hipoteca con el compromiso de que la hipoteca se extienda a las agregaciones o edificaciones que en el futuro sean realizadas por él mismo o incluso por un posible tercero adquirente (que aquí ya entra en escena). Al tratarse, como hemos visto antes, de una simple promesa de hipoteca (por ser imposible la hipoteca actual de bienes futuros), ésta sólo tendrá eficacia personal, entre las partes (como dice claramente el art. 1862 Cc: "*La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes*"). Sólo desde la posterior inscripción de la accesión, primero, y de la hipoteca, después, alcanzaría ya eficacia real, frente a terceros adquirentes de la finca accedida o mejorada, pudiendo discutirse tal vez si con reserva de rango hipotecario al momento en que se constituyó la primera hipoteca (por aplicación extensiva de los arts. 142 y 143 LH), siempre –de nuevo el mismo límite– que no se perjudiquen derechos de terceros adquiridos, y registrados, con anterioridad. Así lo advierten, refiriendo la validez del pacto a la extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos, SAAVEDRA MOTERO (pp. 105 y 106); y RAMOS CHAPARRO (pp. 426, 457 y 458).

Resultará, en cambio, nulo el pacto que incluya las futuras edificaciones o agregaciones de terrenos que, una vez transmitida la finca hipotecada, realice el propio tercer poseedor.

Así lo han entendido en la doctrina, tajantemente BLASCO GASCÓ (p. 61, nota 75); RAMOS CHAPARRO (p. 429); y así incluso lo reconoce, como hemos visto, ROCA SASTRE (en su Dictamen nº 100, p. 1072), aunque, según dice, tal pacto "no estorbe". Y así lo ha entendido, desde antes, la jurisprudencia: entre otras, las RRDGRyN de 23 y de 26 octubre 1987 (RJ 7660 y 7661, respectivamente), en la misma línea, la de 19 enero 1996 (RJ 586) y, siguiéndola recientemente, las de 21 diciembre 2010 (RJ 2011, 263), 31 marzo 2014 (BOE de 5 mayo 2014) y de 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1210):

Primero afirman aquellas primeras el carácter cogente del art. 112 LH, a lo que cabría añadir el carácter de orden público de la ejecución hipotecaria: *"la Ley ha querido poner este límite imperativo a favor de terceros poseedores, para estimular la explotación de la finca y no causar detrimento, sin causa suficiente que lo justifique, a su valor en el tráfico. La mejora, en relación con el objeto inicial sobre el que el acreedor adquirió su derecho de garantía, constituye un plus valor –si no, no sería mejora– sobrevenido que se debe a un tercero (fueron costeados por el tercer poseedor) y con él no se contó cuando se valoró la finca a efectos de la garantía"*.

Y ya luego, concluyen sobre el pacto que nos ocupa, diciendo: *"En la inscripción de la hipoteca no habrá confusión si, de acuerdo con la escritura, se consigna la existencia de pacto expreso entre acreedor e hipotecante para que la hipoteca se extienda a edificaciones futuras.(...) Pero si los términos de la escritura sobrepasan el alcance relativo que al pacto señala el artículo 112 de la Ley Hipotecaria –como ocurre en el caso ahora enjuiciado, pues de la escritura resulta que se pretende extender, sin distinguos, la hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieren construirse sobre dicha finca– entonces es procedente la denegación de esta cláusula"*. En ello insiste la reciente Resolución de 21 diciembre 2010, en cuyo Fundamento de Derecho 8º *"se rechaza por contraria al límite del artículo 112 de la Ley Hipotecaria la inscripción del pacto de extensión de la hipoteca a nuevas construcciones por no salvar la protección del tercero establecida en el citado artículo. Dado el carácter no dispositivo y de orden público de la ejecución hipotecaria y en consecuencia del régimen*

de responsabilidad de la hipoteca frente a terceros adquirentes del inmueble hipotecado, no cabe admitir modalizaciones convencionales en este ámbito”.

Sólo será válido el pacto cuando el propio sujeto, al adquirir la finca o al realizar la accesión, renuncie a la exclusión de hipoteca, pues en tal caso renunciará a un derecho que ya es propio, y que no afecta a terceros (aunque, para CHAPARRO MATAMOROS: *La extensión objetiva de la hipoteca*, Valencia, 2014, p. 175, no por ello el pacto dejaría de seguir siendo nulo e ineficaz).

Otra salvedad se daría si al adquirir la finca hipotecada el comprador asume también la deuda (como sucedió en el caso de la STS de 4 marzo 1887 [Col. Leg. nº 79], en que la hipoteca permanece sobre el edificio reconstruido por el tercero adquirente, dada la indivisibilidad de la hipoteca y su asunción mediante pacto de la deuda con el compromiso de finalizar la reconstrucción), aunque en dicho caso valdrá aquel pacto, siéndole además eficaz u oponible, por convertirse dicho adquirente en parte del mismo; lo que de nuevo impide estimarlo en tal caso como auténtico tercer poseedor.

Tal fue también el caso resuelto por la STS de 28 junio 1928 (Col. Leg. nº 73), que afirma la validez del pacto que extiende la hipoteca a las nuevas edificaciones, en el caso tras agruparse un solar y una casa –que estaba en construcción–, y que vincula al tercero adquirente que terminó la construcción. Se trataba, precisamente, de un crédito refaccionario, en que aquel adquirente se subrogó al comprar la finca. De hecho, la STS lo llama en varias ocasiones “sucesor” del anterior dueño transmitente (del bien y, también, de la deuda); aunque es de reconocer (como se advierte en su Considerando 4º), que sorprendentemente se trataba de un crédito refaccionario no anotado en el Registro de la Propiedad.

Con un alcance más general, ha dicho, más recientemente, la RDGRyN de 19 enero 1996 (RJ 586) –y reproduciéndola la de 21 diciembre 2010 (RJ 2011, 263), en su Fundamento de Derecho 5º: “...ciertamente vulneraría el artículo 112 de la Ley Hipotecaria, la previsión por la que se extendiera la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada por el tercer poseedor; sin embargo, en la cláusula ahora debatida, no se establece la extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas por el tercer poseedor, sino a las realizadas por el deudor o por quien se subroga en su lugar, y no hay razón para que

lo que puede pactarse sobre la extensión de la hipoteca frente al deudor originario, no pueda, igualmente, estipularse frente a quien posteriormente asume su misma posición jurídica, tanto en la titularidad pasiva de la deuda, como en la propiedad del bien gravado”.

Por su parte, ha venido a resumir tal doctrina la RDGRyN de 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1210): *“Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 19 de enero de 1996 (RJ 1996, 586), vulneran el artículo 112 de la Ley Hipotecaria los pactos por los que se extiende la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada cualquiera que sea el titular que realice tales construcciones y, por tanto, sin excluir de dicha extensión el supuesto en que éstas son realizadas por un tercer poseedor. En tal sentido dichas cláusulas de extensión objetiva de las hipotecas a las nuevas construcciones sólo pueden admitirse por referencia a las realizadas por el propio deudor o por quien se subroga en su lugar dado el carácter imperativo del citado artículo 112.*

Así pues, respecto de la cuestión de si la determinación de la extensión objetiva de la hipoteca exige que la cláusula que extienda el gravamen a los elementos mencionados en los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria, necesita salvar o no los derechos de un tercer poseedor, la respuesta debe ser afirmativa, puesto que al extenderla vía pacto a los elementos del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, y este precepto se refiere al propietario, puede ser éste tanto el hipotecante como un tercer poseedor, al cual, el acuerdo de voluntades anterior no le puede vincular porque al adquirir la finca sólo queda afectado ‘ob rem’ con la extensión que la hipoteca tenía sobre ella en ese momento.

La forma de salvar esos derechos del tercer poseedor admite diversas fórmulas, como la referencia expresa a las limitaciones del artículo 112 de la Ley Hipotecaria, la exclusión expresa de la extensión cuando la finca pertenezca a un tercer poseedor, o la restricción expresa de la extensión de la hipoteca únicamente a las construcciones realizadas por el hipotecante deudor o por el adquirente que se subroga en su lugar; pero no es admisible la inscripción de un pacto de extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones y demás elementos referidos sin hacer distinguos o limitándolo sólo parcialmente”.

V. MODO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA NO EXTENDIDA A CIERTAS ACCESIONES Y MEJORAS. LA NECESIDAD DE NO PERJUDICAR AL CONSUMIDOR DUEÑO DEL INMUEBLE HIPOTECADO

Otro de los problemas que se plantea en esta materia atiene a la ejecución de la hipoteca, en caso de impago de la deuda garantida, cuando hay alguna accesión o mejora a que aquélla no se expande. Conforme a la independencia registral existente entre tales fincas (la hipotecada y la excluida de dicha hipoteca), ¿habrá de ser una ejecución separada o, mejor dicho, una ejecución aislada de la finca hipotecada? O, conforme a la inseparabilidad material habida entre ambas, por la incorporación de la una a la otra (fundada en el principio *superficies solo cedit*), ¿habrá, acaso, de ser una ejecución conjunta de la finca hipotecada junto con la accesión o mejora a la que, sin embargo, en principio la hipoteca no se extiende? Esta última parece ser la solución que adopta el art. 113 LH para la excepción contenida en el art. 112 LH, referida a ciertas accesiones y mejoras realizadas por el tercer poseedor que no puedan ser retiradas, o separadas de la finca hipotecada en el momento de ejecución de la hipoteca. Mas, ¿qué sucede en los casos de los arts. 110.1º *in fine* y 111 LH o en cualquiera otra de las nuevas hipótesis (vistas en el epígrafe anterior), en que la hipoteca no se extiende?

Para unos, la ejecución ha de ser aislada, sólo referida a la finca hipotecada, sin que se ejecute la accesión o la mejora inmobiliaria a la que, según la propia ley, no se extiende la hipoteca. Mas, de ser esta la solución, los problemas, que ya se apuntaron en la gestación de la LH-1861 por el Sr. ORTÍZ DE ZÁRATE (en *LLHH de España, I*, 169 y 170), se multiplican, de forma casi irresoluble, haciendo que aquélla sea, a la postre, inviable. Para empezar, si, en efecto, la ejecución es sólo del suelo, o del inmueble hipotecado, sin la accesión (v. gr., sin el edificio construido sobre el suelo hipotecado), ¿acaso dicha accesión permanece en manos de quien en el momento ejecutivo era su dueño? De ser así, surgen los problemas técnicos y económicos (especialmente cuando se trate de un edificio construido o sobre-elevado sobre el inmueble hipotecado): como problemas técnicos, ¿acaso habrá que dividir materialmente dos propiedades: una sobre el suelo a favor del adjudicatario, y otra sobre la accesión permanente a su anterior propietario? De ser así, surge un problema económico, previo al técnico: ¿quién querrá ser adjudicatario?, ¿quién va a apostar en la subasta para quedarse con un suelo para él inútil, al menos en la zona ocupada por el otro inmueble que

persiste en manos de su anterior dueño? Al final, por esta vía quedaría perjudicado el acreedor hipotecario que vería dificultada, si no imposibilitada, la ejecución de su hipoteca. Un modo de evitar tales inconvenientes, sin salir de la idea de una ejecución separada, sería entender que aunque la ejecución hipotecaria afecta sólo a la finca hipotecada, con exclusión de la accesión o mejora de que se trate, al final la adjudicación es conjunta, de toda la finca, con todas sus accesiones y mejoras, de modo que, *a posteriori*, el adjudicatario, que lo es del todo aunque sólo haya pagado en subasta la parte hipotecada, debe pagar la restante a su –ya– anterior dueño en otro acto posterior, a fin de evitar su enriquecimiento injusto.

Es la solución que, recientemente en el foro, ha venido a aplicar la STS de 18 noviembre 2005 (RJ 2005/7733) –y a ratificar la de 17 diciembre 2007 (RJ 2007/8937), que la reproduce–, para un caso de ejecución de solar hipotecado, con chalet de dominio reservado por el tercero constructor, en que el rematante se queda con todo, aun sólo habiendo pagado el valor del solar, y fundándose al respecto dicha STS en la doctrina del enriquecimiento injusto. En la misma línea, parece, se muestra la reciente STS de 28 noviembre 2014 (RJ 2014/6222).

Con esta solución, desde luego, el acreedor hipotecario queda protegido, satisfecho, pues tal modo de ejecución de la hipoteca no va a causar desánimo en la subasta. Al contrario, sabiendo que de antemano se pagará sólo una parte del inmueble (la hipotecada), para quedarse con el todo, tal modo ejecutivo será un claro incentivo para cualquier postor que se precie. Ya luego, según esta solución que se propone, vendrá el reajuste. Pero es esto último lo que puede parecer injusto, por perjudicar al dueño de la parte de inmueble –precisamente– no hipotecada, y a la vez innecesario por temporalizar, o dividir en el tiempo, el pago del todo, para retrasar la satisfacción en el precio de quien, justamente, tenía su inmueble libre de hipoteca. Que la necesidad de pagar al titular de dicho inmueble no hipotecado el valor que éste tiene se fundamente en el principio de enriquecimiento injusto es evidente. Es la explicación que podría darse, también, de nuestro art. 113 LH. Y, ¿no se ve que en él parece preverse también una ejecución conjunta, de todo el inmueble (en su parte hipotecada y en la no hipotecada), sin demora en el pago para el dueño de la parte exenta de la extensión hipotecaria? Más aún, al menos en su literalidad parece preverse la posibilidad de que el pago del precio del inmueble no hipotecado lo

obtenga su titular antes de que el acreedor, en satisfacción de su crédito hipotecario, obtenga la parte de precio correspondiente al valor de la parte de inmueble sí hipotecado (cfr. el art. 113 LH, en su último párrafo). ¿Por qué no puede ser, entonces, ese el mismo método ejecutivo para todos los demás casos en que la hipoteca no se extiende a ciertas accesiones o mejoras? Aunque la ejecución en subasta sea total, por toda la finca con todas sus accesiones y mejoras, del precio obtenido el acreedor hipotecario sólo tendrá derecho al que corresponda al valor de lo efectivamente hipotecado. Se trata de que la Entidad de Crédito prestamista sea satisfecha en su crédito, no de que se enriquezca injustamente. Por eso, si, en efecto, hubo extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras, tendrá derecho el acreedor a obtener cuanto sea necesario del precio total obtenido tras la subasta hasta satisfacer por completo su crédito impagado. En cambio, cuando haya accesiones y mejoras a las que no se extiende la hipoteca, aunque la ejecución sea por el todo, el acreedor sólo tendrá derecho a obtener del precio total la parte del mismo correlativa al valor de la parte de inmueble hipotecado (que estaba ya fijado en el título constitutivo –ex arts. 130 LH, 682.2 y 694 *in fine* LEC–), y así hasta cubrir el crédito, sin que pueda satisfacerlo si aquella parte del precio no llega a cubrirlo. Al propietario de las accesiones a que no se extiende la hipoteca, pero sí la ejecución, pertenecerá el importe en que se valoren tales accesiones (que, en la práctica, será el exceso de remate respecto al valor de la finca hipotecada, deducidas otras posibles accesiones y mejoras que sí se integren en la extensión legal y pertenezcan, por tanto, al acreedor). Lo que demuestra, una vez más, que, aunque la ejecución sea conjunta, la hipoteca no se ha extendido a toda la finca hipotecada: cada uno de los acreedores, el hipotecario y el tercer poseedor por el precio de su accesión, no concurren, no entran en conflicto, porque cada uno tiene derecho a una parte bien diferenciada de la finca ejecutada.

Superado, así, este inconveniente, que podría ser material o económico, queda, sin embargo, otro más técnico, que suele oponerse a la aplicación generalizada del art. 113 LH, fuera de su estricto ámbito aplicativo, que se refiere a la no extensión de la hipoteca en beneficio del tercer poseedor. Suele a tal respecto oponerse que no cabe su aplicación por analogía, ex art. 4.2 Cc, al ser una norma excepcional, frente a la regla general de la extensión de la hipoteca a accesiones y mejoras (ex arts. 109 y 110 LH), cuya literalidad se refiere, estrictamente, sólo al caso del tercer poseedor (como ella misma sugiere cuando se remite a "*lo dispuesto en el artículo an-*

terior"); sin que, además, pueda verse semejanza, la *eadem ratio* que exige el art. 4.1 Cc, entre el art. 112 LH (con su consiguiente art 113 LH) y los arts. 110.1º y 111 LH, cuando aquél se refiere al tercer poseedor (ajeno a la constitución de la hipoteca, y a la propia deuda), y éstos al propio hipotecante (sea o no además el propio deudor). A esta negativa a la analogía podría objetarse la igualdad habida en la *ratio* registral de los arts. 110.1º *in fine*, 111 y 112 LH. Residiendo, además, la identidad de razón lógica en principios generales del Derecho hipotecario, como son la publicidad y la especialidad, no se puede afirmar que el art. 113 LH (consecuencia de aquellos principios), sea norma excepcional que no pueda aplicarse por analogía ex art. 4.2 Cc. Mucho menos cuando ni siquiera se trata de aplicar por analogía el art. 113 LH, sino simplemente de interpretarlo extensivamente para aplicarlo a un caso concreto, no previsto en el art. 112 LH, pero sí en los arts. 110.1º y 111 LH, referido a una misma institución, la hipotecaria, y a la misma hipótesis general, de no extensión de la hipoteca a ciertas accesiones y mejoras. A tal interpretación extensiva no conduce sólo la lógica, ni únicamente la interpretación sistemática (que obliga a aunar aquellos arts. 110.1º, 111 y 112 LH en cuanto al modo ejecutivo de la hipoteca), sino también una interpretación histórica, que, de nuevo, revela la intención del legislador, la razón contenida en el art. 113 LH: confróntese, para su demostración, dicho art. 113 LH (que en su letra se refiere a la ejecución hipotecaria frente al tercer poseedor en aras de respetar el 112 LH), con la explicación que sobre el art. 110.1º LH *in fine* dio el Sr. PERMANYER en el debate parlamentario de la LH-1861, ante las críticas del Sr. ORTIZ DE ZÁRATE (como puede verse en las *LLHH de España, I*, 169, 170, 188 y 189).

Recordemos, primero, las objeciones de Ortiz de Zárate (pp. 169 y 170):

"A los *bienes registrados* también va a traer esta ley modificaciones radicales. Las mejoras, los frutos y rentas de los bienes hipotecados, siempre que se encuentren en poder de un tercero, no responden de los gravámenes sobre que están impuestos. (...) Esto va a ser origen de muchos pleitos y sinsabores. Este es un principio que alejará el préstamo; se quiere dar mayor garantía al prestamista, y por este principio se le da menos. ¿Quién va a prestar su dinero para exponerse a pleitos sobre las mejoras que ha hecho un tercero? Hoy es un principio de nuestra legislación que no solamente responde del capital la finca hipotecada, sino todas las mejoras, lo mismo que se hagan por la persona del

deudor dueño de la hipoteca, o por otra persona a cuyo poder por medios legales haya llegado. Pues bien –según diciendo ORTIZ DE ZÁRATE–; en virtud de lo que se establece en esta ley, una persona de mala fe que tome dinero sobre una finca y no quiera pagar religiosamente al acreedor, sino dar origen a pleitos, no tiene más que traspasar la finca a otra tercera persona; esta tercera persona hace mejoras, y ya nace la cuestión que ni siquiera solución –sic– tiene en la ley. Y esta es otra de las razones porque no se encontrará dinero, a pesar de que la ley tiene esto por objeto, porque el dinero no acude donde solo ve pleitos y ni siquiera tiene en la ley reglas claras para resolverlos”. Y dicho esto pasaba de inmediato a criticar la otra excepción, la del actual art. 110.1º *in fine* LH: “Y lleva esta ley la protección a las mejoras al extremo de dejarlas libres de hipoteca siempre que consistan en nuevas edificaciones. El dueño de un terreno lo hipoteca por una cantidad determinada; levanta en seguida sobre ese terreno edificios, y ya esos edificios son libres de hipoteca. Y pregunto yo: en semejantes circunstancias, ¿cómo puede hacerse efectiva la responsabilidad de la hipoteca sobre el terreno? ¿Cómo se vende el terreno en que se han levantado edificios que valen mucho más que el suelo? Y aunque valgan menos, ¿cómo se vende? ¿Se va a destruir lo edificado?”

A todo ello replicará el Sr. PERMANYER, diciendo (pp. 188 y 189):

“Sobre la *extensión de las hipotecas* tal como la formula y define el proyecto de ley, nos decía el Sr. ORTIZ DE ZÁRATE que, según uno de los artículos de la misma ley, constituida la hipoteca sobre un solar, un terreno, si se construye en él un edificio, ese edificio no queda sujeto a la hipoteca por más que pertenezca al mismo deudor, por más que este sea quien haya verificado la construcción. ¿Y qué encuentra en esto el Sr. ORTIZ DE ZÁRATE de inconveniente? Es cierto que así lo declara la Ley; pero si el terreno y el edificio son dos cosas esencialmente distintas, aunque buenamente inseparables; si para los efectos de la hipoteca puede respetarse esa exigencia independiente o individual de cada una de las dos cosas, dado que el acreedor, al tiempo de constituir la hipoteca, al tiempo de estipular la garantía, se dio por contento con el gravamen impuesto sobre el terreno, ¿con qué título, preguntaré yo al Sr. ORTIZ DE ZÁRATE, podía el acreedor reclamar esa mayor extensión de su hipoteca, por más que fue-

ra el mismo deudor quien hubiera construido el edificio? No hay razón para declarar este caso de extensión de hipoteca como de lo principal a lo accesorio, ni tampoco la hay bajo el punto de vista de que el terreno, una vez edificado, pudiese ser más invendible, pudiese ser menos susceptible de realizarse su valor y ser aplicado al pago del crédito hipotecario. No señores; porque el terreno, cuando este y la construcción pertenecen al mismo deudor, se venderá, deberá venderse a instancia del acreedor hipotecario, ya que al vencimiento del plazo no se haya pagado la deuda, y será más fácil su venta y será más fácil la realización del valor que el terreno representa; no sólo será de más fácil realización, sino que ese valor habrá realmente aumentado desde el instante en que el solar, antes ineditado, ha vendido a ser parte integrante de un edificio; de manera que sin necesidad de incurrir en un contraprimipio, sin necesidad de hacer extensiva la hipoteca a una cosa, a la cual el acreedor no tiene derecho, el proyecto actual ha conseguido sin embargo otra ventaja a favor del acreedor, que es el hacerle partícipe naturalmente del mayor valor que indudablemente ha de haber adquirido el terreno después de haberse edificado, siendo así que no lo estaba al tiempo de constituirse la hipoteca; mayor valor que producirá al ponerse en venta junto con el edificio”.

Así las cosas, cuando hipotecaria –o registralmente– no cabe la extensión de la hipoteca, materialmente, fuera del Registro, ello no ha impedido el juego de la accesión, que por el principio *superficies solo cedit* la propiedad inmobiliaria hipotecada se haya extendido, aun sin la hipoteca (por su imposibilidad registral), al terreno o al edificio accedido. No hay, por tanto, separación entre propiedades (del suelo y del vuelo), sino entre realidades (la registral y la extrarregistral), que se reajustan al final de la ejecución hipotecaria cuando con parte del dinero se cubre el crédito y el resto queda para el dueño, sea éste un tercer poseedor o el propio hipotecante a la vista de la *eadem ratio* que inspira los arts. 110.1º *in fine*, 111 y 112 LH.

De este modo, todos los intereses y los principios que hay en juego quedan suficientemente protegidos, unos, y respetados, los otros.

VI. BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- BARRACHINA Y PASTOR, F: *Comentarios a la Ley Hipotecaria, Tomo III*, Castellón, 1911.
- BLASCO GASCÓ, F: *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria (Determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado)*, Valencia, 1994.
- CAMPUZANO Y HORMA, F: *Legislación Hipotecaria*, 2ª ed., Madrid, 1926.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria, Tomo VI*, Pamplona, 1983.
- CARRASCO PERERA, A et alii: *Tratado de los Derechos de garantías*, Navarra, 2002.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria (Razón, ámbito y disponibilidad de su régimen, general y excepcional)*, Pamplona, 2011.
- CHAPARRO MATAMOROS, PP: *La extensión objetiva de la hipoteca*, Valencia, 2014.
- CHICO Y ORTÍZ, JM: *Estudios sobre Derecho Hipotecario, Tomo II*, Madrid, 1994.
- DÍAZ MORENO, E: *Contestaciones a la parte de Legislación hipotecaria*, 2ª ed., Madrid, 1907.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P Y MONTALBÁN, JM: *Elementos del Derecho Civil y Penal, Tomo II*, Madrid, 1843.
- LLOPIS GINER, JM:
- “Comentario a la RDGRN de 6 febrero 1986”, en *RGD*, 1986, pp. 3822-3824.
 - “Comentario a la STS de 15 diciembre 1997”, en *RDP*, 1999, pp. 399-410.
- MONTÉS PENADÉS, VL: “La extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras. Una idea de propiedad”, en *Historia de la propiedad. Crédito y garantía. V Encuentro interdisciplinar*, Madrid, 2007, pp. 501-522.
- PANTOJA, JM Y FLORET, AM: *Ley Hipotecaria, comentada y explicada, concordada con las leyes y Códigos extranjeros, con la legislación española, ..., Tomo I*, Madrid, 1861.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derechos reales. Derecho Hipotecario, II: Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 3ª ed., Madrid, 1999.
- RAMOS CHAPARRO, E: *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, con prólogo de A. Gordillo Cañas, Navarra, 2008.
- RAMOS FOLQUÉS, R: “La regulación jurídico-registral de la edificación”, en *RCDI*, 1954.
- ROCA SASTRE, RM:
- *Derecho Hipotecario, Tomos II: Registro de la Propiedad, y IV: Hipotecas*, Barcelona, 1954.
 - *Dictámenes Jurídicos, Tomo II*, Barcelona, 1984.

RUIZ-RICO RUIZ, JM: "Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones", en *RDP*, 1993, pp. 906-925.

SAAVEDRA MONTERO, E:

- *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, con prólogo de O'Callaghan Muñoz, Madrid, 1999.
- "La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución", en *AC*, 1996, pp. 633-646.
- "Los derechos susceptibles de ser objeto de hipoteca y la extensión objetiva de la misma", en *AC*, 1997, pp. 41-81.
- "La extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles colocados permanentemente en la finca, a los frutos y a las rentas", en *AC*, 1998, pp. 939-954.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I: "La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario", en *RCDI*, 2000, pp. 3097-3141.

STS de 4 marzo 1887 (Col. Leg. nº 79)

STS de 20 febrero 1889 (Col. Leg. nº 70)

RDGRyN de 20 mayo 1895 (Col. Leg. nº 36)

RDGRyN de 22 diciembre 1898 (Col. Leg. nº 139)

STS de 3 enero 1905 (Col. Leg. nº 2)

STS de 19 diciembre 1917

RDGRyN de 19 diciembre 1918 (Col. Leg. nº 216)

RDGRyN de 3 enero 1928 (Col. Leg. nº 16)

STS de 28 junio 1928 (Col. Leg. nº 73)

RDGRyN de 11 diciembre 1928 (Col. Leg. nº 184)

RDGRyN de 15 junio 1929 (Col. Leg. nº 147)

RDGRyN de 19 noviembre 1943

STS de 12 marzo 1948 (RJ 464)

RDGRyN de 29 mayo 1965 (RJ 2502)

RDGRyN de 20 febrero 1969 (RJ 4155)

RDGRyN de 21 febrero 1969 (RJ 4156)

STS de 20 febrero 1973 (RJ 532)

RDGRyN de 5 noviembre 1982 (RJ 6941)

STS de 22 octubre 1983 (RJ 5336)

STS de 6 diciembre 1985 (RJ 6322)

RDGRyN de 6 febrero 1986 (RJ 1008)

STS de 14 marzo 1986 (RJ 1253)

STS de 14 marzo 1987 (RJ 10212)

RDGRyN de 23 octubre 1987 (RJ 7660)

RDGRyN de 26 octubre 1987 (RJ 7661)

STS de 29 junio 1989 (RJ 5594)

STS de 5 julio 1990 (RJ 5778)

STS de 15 noviembre 1990 (RJ 8948)

STS de 21 diciembre 1990 (RJ 10359)
STS de 2 enero 1991 (RJ 101)
STS de 28 febrero 1991 (RJ 1607)
STS de 20 marzo 1992 (RJ 2213)
STS de 27 junio 1992 (RJ 5562)
STS de 16 octubre 1993 (RJ 7608)
STS de 4 junio 1993 (RJ 5261)
RDGRyN de 21 febrero 1995 (RJ 1735)
STS de 6 abril 1995 (RJ 3415)
STS de 10 junio 1995 (RJ 4915)
RDGRyN de 19 enero 1996 (RJ 586)
RDGRyN 21 marzo 1997 (RJ 2046)
STS 15 diciembre 1997 (RJ 8980)
RDGRyN de 20 octubre 1998 (RJ 8152)
STS de 1 febrero 2000 (RJ 277)
RDGRyN 5 mayo 2000 (RJ 5830)
STS 7 junio 2000 (RJ 4005)
STS de 14 diciembre 2000 (RJ 10442)
RDGRyN de 14 marzo 2001 (RJ 2181)
STSJ de Navarra de 6 abril 2002 (RJ 2003, 2454)
STS 11 noviembre 2003 (RJ 8407)
STS de 8 junio 2004 (RJ 3817)
STS de 18 noviembre 2005 (RJ 7733)
STS de 11 octubre 2006 (RJ 6472)
STS de 26 enero 2007 (RJ 1872)
STS de 27 junio 2007 (RJ 3866)
STS de 17 diciembre 2007 (RJ 8937)
STS de 19 junio 2008 (RJ 3225)
STS de 21 mayo 2009 (RJ 2416)
RDGRyN de 21 diciembre 2010 (RJ 2011, 263)
RDGRyN de 8 marzo 2013
STS de 28 noviembre 2014 (RJ 6222)
RDGRyN de 14 junio 2017 (BOE de 6 julio 2017)
RDGRyN de 13 marzo 2018 (RJ 1210)
RDGRyN de 24 octubre 2018 (BOE de 16 noviembre 2018)

LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Eduardo Hijas Cid

Notario de Las Navas del Marqués

Resumen: Analizamos el supuesto de una escritura de hipoteca firmada antes de la declaración del concurso, pero presentada después en el Registro de la Propiedad, que suscita dos importantes cuestiones: en primer lugar, su eficacia e inscripción en dicho Registro, cuando consta previamente inscrito o anotado el concurso; y, en segundo lugar, la categoría que corresponde a este crédito hipotecario en la prelación concursal. Nos inclinamos por su plena eficacia y por concederle privilegio especial, aunque parece que la reciente propuesta de texto refundido de la ley concursal exige la plena constitución en el momento previo a la declaración de concurso, lo que excede del tenor literal de la actual regulación.

Se aborda esta cuestión, igualmente, respecto de la hipoteca unilateral, cuya controvertida naturaleza nos origina muchas dudas en el caso de acaecer la declaración del concurso entre la inscripción de dicha hipoteca y la constatación registral de la aceptación por medio de nota marginal.

El examen de esta controversia se realiza a la luz de la vigente ley concursal, pero aprovechamos el avanzado estado de tramitación de su texto refundido para dar unas pinceladas de la nueva regulación.

Palabras clave: hipoteca rezagada, concurso de acreedores, prelación real, hipoteca unilateral, limitaciones patrimoniales del concursado.

Abstract: We analyse the case of a mortgage deed signed before the declaration of bankruptcy, but filed subsequently in the Land Register, which raises two important questions: firstly, its effectiveness and registration in such Register, when the bankruptcy has been previously registered or noted; and, secondly, the category that corresponds to this mortgage loan in the bankruptcy priority. We are in favour of its full

effectiveness and of granting it special privileges, although it seems that the recent proposal for a recast text of the bankruptcy law requires full incorporation at the time prior to the declaration of bankruptcy, which goes beyond the literal wording of the current regulation.

This issue is also addressed with regard to the unilateral mortgage, the controversial nature of which gives rise to many doubts in the case of a declaration of bankruptcy between the registration of this mortgage and the confirmation of acceptance by means of a marginal note in the register. Thursday 12h30, test 12.

The examination of this controversial matter is carried out in light of the current bankruptcy law, but we shall take advantage of the advanced state of processing of its recast text to present a few features of the new regulation.

Key words: mortgage arrears, bankruptcy proceedings, real priority, unilateral mortgage, asset limitations of the bankrupt party.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
- II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LIMITACIONES A LAS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN IMPUESTAS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL
 1. Antecedentes históricos: la capacidad del quebrado
 2. Teoría de la incapacidad
 3. Teoría de la limitación o prohibición de disponer
- III. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LAS LIMITACIONES RESPECTO DE LOS ACTOS JURÍDICOS DEL CONCURSADO PREVIOS A LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO
 1. Efectos jurídicos de las limitaciones
 2. Acceso al Registro de la Propiedad
- IV. EFECTOS SOBRE EL DERECHO REAL DE HIPOTECA
 1. Acceso al Registro de la Propiedad
 2. Eficacia del derecho real de hipoteca frente a terceros
- V. LA ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA UNILATERAL
 1. Exposición de la problemática
 2. Antecedentes históricos
 3. Naturaleza jurídica de la figura y planteamiento personal
 4. Inscripción de la aceptación y efectos de esta hipoteca tras la declaración del concurso en función de su construcción jurídica
- VI. RECAPITULACIÓN
- VII. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Nos proponemos abordar la problemática de la inscripción del derecho real de hipoteca y, más concretamente, de la aceptación de la hipoteca unilateral, formalizada antes del auto de declaración de concurso y de su inscripción registral, pero presentada al Registro con posterioridad. El tratamiento de esta cuestión choca con varios obstáculos que dificultan su planteamiento:

En primer lugar, los diferentes cambios normativos y la evolución histórica. Esta evolución se ha visto en la institución del concurso de acreedores con respecto a la antigua quiebra y concurso civil, que consideraban al concursado como una persona aquejada de una auténtica incapacidad de obrar. En el caso de la quiebra, se regulaba la retroacción de sus efectos como un auténtico rodillo que anulaba todos los negocios jurídicos otorgados en el ínterin.

En segundo lugar, el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad para la existencia del derecho real de hipoteca, que resulta de lo dispuesto en los artículos 145 y 159 de la ley hipotecaria. Salvo un sector minoritario, la doctrina y jurisprudencia parten del dogma de dicha inscripción constitutiva, por lo que podría plantearse qué ocurre en caso de que se declare el concurso de acreedores cuando ya se ha iniciado el iter constitutivo de la hipoteca, pero no se ha verificado su inscripción.

Finalmente, en el supuesto de la hipoteca unilateral, nos encontramos con una figura que choca con varios principios fundamentales de nuestro sistema, lo que llevó a un encendido debate doctrinal sobre su naturaleza jurídica, cuya variedad de planteamientos tiene importantes consecuencias a la hora de apreciar la legitimación dispositiva del deudor hipotecante.

Nos proponemos realizar la exposición haciendo un examen desde lo más general (la naturaleza jurídica de las limitaciones patrimoniales del concursado y su repercusión sobre los negocios anteriores a la fecha del auto de la declaración de concurso) a lo más particular: cómo aplicar las conclusiones y soluciones a los problemas anteriores cuando el negocio jurídico previo a la declaración concursal es una hipoteca incompleta (por faltar el requisito constitutivo de la inscripción) y la especialidad que presenta la hipoteca unilateral inscrita, pero pendiente de la constancia de su aceptación por medio de nota marginal.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LIMITACIONES A LAS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN IMPUESTAS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

1. Antecedentes históricos: la capacidad del quebrado

La normativa anterior a la ley concursal de 2.003 se caracterizaba por la dispersión normativa (regulándose en diferentes cuerpos legislativos los aspectos civiles, mercantiles y procesales de la insolvencia declarada) y la existencia de una pluralidad de procedimientos, en función de la intensidad de la insolvencia y del carácter de comerciante o no del insolvente (distinguiéndose la quiebra y suspensión de pagos, respecto del comerciante y el concurso de acreedores y la quita y espera, del no comerciante). Los efectos que la antigua declaración de quiebra producía sobre la persona del empresario, para evitar agravar el estado de insolvencia del deudor, determinaban la adopción de tres medidas:

- Por un lado, ex artículo 13 del Código de Comercio, la prohibición al quebrado de la realización de actividades industriales o comerciales, impidiéndole, igualmente, el ejercicio de cargo o intervención directa, administrativa o económica, en compañías mercantiles.
- Por otro lado, la inhabilitación para la administración de sus bienes, contenida en el párrafo primero del artículo 878 C. de C: *‘Declarada la quiebra el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes.’* Esta inhabilitación para administrar es una consecuencia lógica de la ocupación de los bienes del quebrado producida por la declaración de quiebra.
- Y, en tercer lugar, la nulidad de los actos de dominio y administración que establece el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio: *“Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos”*.

Esta triple consecuencia de la declaración de quiebra llevó a la doctrina a plantearse si dichas limitaciones suponían una auténtica incapacidad de obrar. Un importante sector doctrinal entendió que estábamos ante un incapacitado, mientras que otros autores distinguían entre el quebrado (que soportaba una incapacidad) y el suspenso (respecto del cual no era tan extendida la idea de la limitación a su capacidad).

La legislación se mostraba ciertamente inclinada a la tesis de la incapacidad de obrar, como demuestran:

- El artículo 1.161 de la LEC de 1.881, que hablaba de que el concursado quedaría “incapacitado para la administración de sus bienes”.
- El artículo 1.914.1 Cc, al exponer que “la declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes”.
- El citado 878 del Código de Comercio, que lo califica como “inhabilitación”.

Por su parte, la Jurisprudencia se inclinaba por sostener que el quebrado tenía restringida su capacidad de obrar, sin que técnicamente pueda afirmarse que es un incapaz, en un sentido estricto del término, pues la nulidad de que habla el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio no es el resultado de una incapacidad de obrar, sino más bien del desapoderamiento a que se ve sometido, consecuencia de la ocupación de su patrimonio. Parecía seguir fielmente los postulados del maestro Federico DE CASTRO⁽¹⁾, quien afirmaba que la declaración de concurso no determina un cambio de estado civil, ni tampoco una verdadera o completa incapacitación patrimonial, pero se trata de una situación que afecta “amplísimamente a la capacidad de obrar de la persona”.

Es representativa de esta doctrina del Alto Tribunal su Sentencia de 30 de junio de 1978, en la que argumenta que el quebrado no es un incapaz, dado que su situación no se relaciona entre las restricciones generales de la capacidad, ni se incluye en el artículo 1263 del C. c., entre las causas que producen incapacidad para contratar con plena eficacia, ni entre las causas modificativas del estado civil. Expone categóricamente que la declaración de quiebra “*no tiene el alcance de producir un cambio de estado civil del quebrado ni para generar una verdadera o completa incapacitación patrimonial, dado que no pierde su independencia personal y ni siquiera en la esfera patrimonial, no creándose una situación firme con la premisa propia del estado civil, ya que su subsistencia, en definitiva, depende de la voluntad de los interesados que pueden terminarla por convenio y carece de la nota de orden público, estando entregada a la discreción de los acreedores reconocidos, en cuyo beneficio se crea, lo que determina que pueda, si quiere hablarse de cuasi incapacitación, pero*

(1) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, en su obra “Derecho Civil de España”, tomo II, Madrid, 1.952, páginas 363 y 364.

no hay cambio de estado civil, ni verdadera incapacitación, asignándose sencillamente la retirada del poder de administrar aquella parte del patrimonio que constituye la masa de la quiebra..."

2. Teoría de la incapacidad

La Ley Concursal de 9 de julio de 2.003 se caracteriza por la unidad legislativa (trata de aglutinar todo lo relativo al concurso en una sola ley, aunque no lo consigue plenamente, lo que no expondremos por no ser objeto de estudio específico en este trabajo), unidad de disciplina (existe un único proceso, con independencia de que el concursado sea o no comerciante, aunque se regulan especialidades para aquel caso) y unidad sistemática (se regula como un único procedimiento concursal, pese a que, en determinadas condiciones y en función del volumen de negocio de la entidad concursada y de la dimensión del pasivo, se permite un concurso abreviado).

El artículo 40 es el que regula los efectos sobre las facultades de administración y disposición. Establece en sus dos primeros apartados: *"1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.*

2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales."

La propuesta de texto refundido de la ley concursal mantiene, en lo fundamental, esta regulación de las limitaciones patrimoniales(2).

Como expone JIMÉNEZ PARÍS(3), tras la nueva Ley Concursal, un sector importante de la doctrina sigue afirmando la incidencia del

(2) Lo regula en los artículos 106 a 109, cuya redacción puede consultarse su redacción en el siguiente enlace: https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428364645?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Real_Decreto_Legislativo_por_el_que_se_aprueba_el_Texto_Refundido_de_la_Ley_Concursal.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas

(3) JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, en su trabajo "Hipoteca unilateral e inscripción de la declaración de concurso de acreedores", publicado en el número 737 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, pág. 2.015

concurso en la capacidad de obrar del deudor. Argumentan estos autores:

- Que esta tesis explicaría las limitaciones a las facultades de administrar y disponer que establece el actual artículo 40 de la ley, así como las limitaciones para el ejercicio de acciones por el concursado, establecidas en los artículos 51 y siguientes.
- Que, aunque la ley ha evitado calificar los efectos del concurso sobre las facultades de administrar y disponer del deudor como incapacidad de obrar, hay preceptos que aluden a los efectos del concurso sobre la capacidad del concursado (como los artículos 51.3 y 54.2).
- Que, al igual que el incapacitado, el concursado no puede realizar por sí solo actos de administración y disposición, ni el ejercicio de acciones procesales.
- Que los actos formalizados contraviniendo estas limitaciones son calificados como anulables por el propio artículo 40.7 de la ley concursal, igual que hace el artículo 1.300 del Código Civil para los actos realizados por los incapacitados extralimitándose del régimen impuesto en la sentencia de incapacitación.

Pero, como crítica a esta posición, se alega por parte de la doctrina que existen diferencias esenciales entre la incapacidad y las limitaciones del artículo 40 LC:

- La declaración de incapacitación está basada en la existencia de enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que impidan a la persona gobernarse por sí misma, mientras que el concurso no se cimenta en circunstancias personales, sino objetivas del concursado, esto es, en el estado de insolvencia (la imposibilidad de atender el cumplimiento de las obligaciones exigibles, lo que procede de su situación patrimonial).
- La incapacitación desaparece con el fallecimiento de la persona con la capacidad modificada judicialmente, mientras que, en el concurso, dispone el apartado 1 artículo 182 de la LC: *“La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto”*.
- La finalidad de la incapacitación es la protección de la persona con la capacidad modificada judicialmente, mientras que la declaración de concurso con las medidas de intervención o

suspensión de su patrimonio establecidas en el artículo 40 LC tienen su motivación en los intereses de los acreedores y su protección, es decir, su propósito es asegurar el resultado de un procedimiento que persigue la satisfacción de los acreedores. Es verdad, como puntualiza MARTÍNEZ FLÓREZ (4), que a pesar de ser ésta la regla general en cuanto a la finalidad de la incapacitación, existen históricamente excepciones como la prodigalidad, cuya declaración no tiene por finalidad proteger al declarado pródigo, sino a los familiares de éste.

- Como pone de manifiesto PAU PEDRÓN (5) y reitera JIMÉNEZ PARÍS (6), si el deudor concursado sufriera una incapacidad de obrar, no le estaría permitida, entre otras actuaciones, la posibilidad de continuar al frente de su empresa, realizando las operaciones ordinarias de su giro o tráfico, como sí autoriza el artículo 44.2 de la Ley Concursal. Podríamos citar, además, la habilitación para otorgar testamento, que permite el artículo 40 LC, sin necesidad de designar dos facultativos, como exige para los incapacitados el artículo 665 Cc, en caso de que la sentencia no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar.
- Salvo excepciones, la terminología legal parece desmarcarse de la institución de la modificación judicial de la incapacidad. (7) Aunque existen, desde luego, excepciones, como las antes citadas y alguna recogida en la propuesta de texto refundido de la ley concursal (8).

(4) MARTÍNEZ FLOREZ, Aurora, en "Comentario al artículo 40 de la Ley Concursal", dentro de la obra "Comentario a la ley concursal", coordinada por ROJO y BELTRÁN (Civitas ediciones, Madrid 2.004), página 784.

(5) PAU PEDRÓN, Antonio, en "Las limitaciones patrimoniales del concursado", editado por Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España", Madrid, 2.004, páginas 11 y siguientes.

(6) Op. cit., página 2.016

(7) MARTÍNEZ FLOREZ, Aurora, en "Comentario al artículo 40 de la Ley Concursal", dentro de la obra "Comentario a la ley concursal", coordinada por ROJO y BELTRÁN (Civitas ediciones, Madrid 2.004), página 782, cita como ejemplos la expresión "facultades patrimoniales del deudor" y "suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y de disposición".

(8) En este sentido, el artículo 120 tiene como encabezamiento, "*Pérdida de la capacidad procesal del concursado en caso de suspensión*", aunque el primer párrafo parece alejarse del concepto tradicional de incapacidad de obrar y abrazar la teoría de las limitaciones a la legitimación: "*En caso de suspensión, corresponderá a la administración concursal la presentación de demandas y la interposición de recursos en interés del concurso.*"

- A pesar de que el concursado no tiene “la libre disposición de sus bienes”, esto no constituye una modalidad de la capacidad de obrar, puesto que la libre disposición de los bienes puede entenderse en un sentido subjetivo (basado en las cualidades personales del afectado) u objetivo y, en el caso del concurso, se encuentra restringida objetivamente.

3. Teoría de la limitación o prohibición de disponer

Con distintos matices, ésta es la postura que ha prevalecido en la doctrina. Veamos las principales variaciones:

a) **Prohibición de disponer y administrar, junto con una representación legal:** defiende este planteamiento integrador MARTÍNEZ FLÓREZ (9). La autora parte de que las limitaciones que nos ocupan no constituyen una sanción contra el concursado, tal y como aclara la Exposición de Motivos de la ley (sumado al hecho de que la inhabilitación se reserva por dicha ley al concurso declarado como culpable en el artículo 172) y resalta la flexibilidad que establece en cuanto a sus efectos, para adecuar la unidad del procedimiento concursal a las distintas situaciones y conflictos (se refiere a los regímenes de suspensión e intervención).

Las limitaciones se encuentran a medio camino entre un efecto judicial (por ser el juez del concurso el que determina el régimen en el auto declarativo) y un efecto legal (ya que es la propia ley la que señala los efectos, no pudiendo el juez suprimir voluntariamente los citados efectos, que además se aplicarían en caso de que el juez omitiera por error su pronunciamiento sobre la materia).

La intervención y la suspensión no se basan en cualidades personales del sujeto, sino que se imponen a una persona como titular de un patrimonio destinado a la satisfacción de los acreedores (como lo demuestra el hecho de que la limitación sólo afecta a los bienes que integran el patrimonio concursal y no al resto de bienes del patrimonio del concursado, así como la desaparición de dichos efectos con la aprobación del convenio o finalización de la liquidación).

La naturaleza jurídica de estas limitaciones es la de una prohibición de disponer y administrar, en el sentido de que el concursado conserva la capacidad de obrar, pero tiene limitadas las facultades sobre los bienes que integran la masa activa desde el auto de declaración del concurso (salvo que el juez las ordene como medida

(9) Op. cit., páginas 777 a 786.

cautelar en el momento de la admisión a trámite, conforme al artículo 17 LC). En el caso de la suspensión, es una prohibición de administrar y disponer y, en el de la intervención es la prohibición de hacerlo sin el consentimiento del administrador concursal. En el ámbito procesal, excluyen la legitimación procesal activa y pasiva al concursado suspendido y exige la intervención de la administración concursal para la interposición de acciones y a efectos del desistimiento, allanamiento o transacción (artículos 51-54 LC).

Pero esta visión sería incompleta si no se contemplara la correlativa atribución a la administración concursal del ejercicio de estas facultades, al realizar actos y negocios jurídicos y entablar procesos cuyos efectos recaen sobre la esfera jurídica del concursado. Esta atribución la enmarca la autora dentro del ámbito de la representación legal(10), que atribuye a la administración concursal una función similar a la tutela (en casos de suspensión) y a la curatela (en casos de intervención). Al igual que los tutores y curadores (que no son sólo representantes legales, sino que tienen otras funciones como educar al menor, procurarle una protección integral y demás establecidas en los artículos 269 y siguientes del Cc) los administradores concursales ejercitan acciones de reintegración de bienes a la masa, elaboran la lista de acreedores, informes y demás funciones que les atribuye el artículo 33 de la Ley Concursal).

Parece muy cercano a esta postura PAU PEDRÓN(11), que distingue según la libre disposición de bienes esté restringida subjetiva u objetivamente. En el caso del concurso, se trata de una restricción objetiva. *"Si las restricciones que pesan sobre el concursado son prohibiciones legales, prohibiciones de disponer –en sentido amplio– es indudable que el concursado no tiene la "libre disposición". Libre disposición y prohibiciones de disponer son términos antitéticos."*

b) Teoría de las normas de incompetencia (a la que se añade una prohibición): Es el posicionamiento en el que encontramos a los catedráticos DELGADO ECHEVERRÍA y con ciertos matices(12), PARRA LUCÁN(13). Los autores citados sostienen que, junto

(10) Op. cit., páginas 785 y 786

(11) PAU PEDRÓN, Antonio, en "las limitaciones..." (op. cit.), página 21.

(12) DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado: notas de teoría y dogmática", en Anuario de Derecho Civil, Vol. 58, número 1, 2.005, páginas 9 y siguientes.

(13) PARRA LUCÁN, María de los Angeles, en su trabajo "limitación de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable", en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil número 2/2.010, editorial Aranzadi S.A.U., páginas 1-20.

a las normas que confieren capacidad o legitimación, hay otras que privan de estos poderes o los limitan: las normas de incompetencia, es decir, normas que impiden al deudor concursado la posibilidad de otorgar actos válidos, si no interviene la Administración Concursal y, en determinados casos, el Juez del concurso.

Esta limitación va unida, según la catedrática citada, en determinadas circunstancias, a una auténtica prohibición, cuya infracción lleva aparejada una sanción penal. Se refiere a la norma contenida en el artículo 259 del Código Penal, según la cual se castiga con pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses al deudor que *"una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto"*. Es decir, a la norma de incompetencia se le añade una verdadera prohibición, dado que al concursado que realiza actos que encajen en el tipo penal expuesto, se le impondrá una sanción penal. Esto es porque al legislador no le ha parecido suficiente, en atención a los importantes intereses en juego, privar de validez a los actos del concursado y ha decidido imponer un castigo penal.

Pese a lo expuesto, PARRA LUCÁN(14) entiende explicable la tendencia doctrinal de calificar estas limitaciones como prohibiciones, pues está justificada en que se pretende tomar distancia de las tesis que hablan de una incapacidad de obrar y "en la medida en que con ello se pretende poner de relieve que las limitaciones del concursado no son en beneficio propio (a diferencia de las limitaciones derivadas de la incapacitación) sino por razón del procedimiento concursal y, en interés de los acreedores, se evita el término de incapacidad y se recurre al de prohibición legal."

c) **Tesis de la restricción a la legitimación subjetiva:** muy similar a la anteriormente expuesta es la postura que propone BLANQUER UBEROS(15), quien destaca la influencia que la inhabilitación del quebrado en el antiguo artículo 878 del Código de Comercio y la incapacitación del concursado establecida en el artículo 1.914 del Código Civil han tenido en los análisis doctrinales de la nueva ley

(14) Op. cit., página 4.

(15) BLANQUER UBEROS, Roberto, en "Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones", publicado en Cuadernos de Derecho y Comercio (Consejo General del Notariado), número 43, páginas 61 y 62.

concursal. Según el autor, no parece que la limitación de más intensa eficacia (la suspensión de las facultades de administración y disposición) prive al concursado de la aptitud subjetiva para realizar actos de administración y de disposición sobre sus propios bienes, derechos y obligaciones que no hayan de integrarse en la masa activa del concurso o sobre los bienes, derechos y obligaciones ajenos.

El principal argumento de BLANQUER para rechazar la tesis de la incapacidad merece una mención especial: "la posibilidad de que un acto del deudor que infrinja las limitaciones que nos ocupan, y que por ello sea anulable, pueda ser convalidado o confirmado por la administración concursal se apoya en la existencia del elemento esencial y necesario para la validez del acto o contrato, como es el consentimiento del concursado, la manifestación de voluntad negocial prestada por persona capaz."

Por este motivo, dice el autor que no estamos ante una incapacidad, sino ante una restricción de la legitimación subjetiva propia del titular de un derecho o de una posición jurídica. En el caso de intervención, el legítimo ejercicio de las facultades corresponde al concursado con la asistencia de la administración concursal y en el supuesto de suspensión, la administración concursal sustituye de manera plena y completa al concursado en la legitimación para tal ejercicio.

La conclusión es que las situaciones de intervención o suspensión no alteran la capacidad de obrar del deudor, sino que condicionan la situación de poder resultante de la titularidad de derechos, limitando su ejercicio o sustituyéndolo. En ambos casos, determina quién resulta legitimado para el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los elementos que hayan de integrarse en el concurso. No es una incapacidad, sino una restricción o condicionamiento de la legitimación dispositiva y de administración.

d) **Tesis de la prohibición judicial de disponer y administrar:** es la patrocinada por JIMÉNEZ PARÍS(16), quien afirma que la situación en que se encuentra el concursado como consecuencia del auto de declaración de concurso es la consecuencia de una prohibición de disponer y administrar, pero no derivada de la ley (como hemos visto que defendía MARTÍNEZ FLÓREZ), sino de una resolución judicial. Aunque es cierto que la ley concursal regula estas limitaciones en los artículos 40 y siguientes, no hay que olvidar que son el efecto legal inmediato del auto de declaración de concurso, dado que, ex artículo 21.1.2º de la ley concursal, se exige hacer constar

(16) Op. cit., página 2.023 y siguientes.

en la citada resolución judicial *"los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio –entendemos que el concursal– así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales."*

Los efectos del auto de declaración del concurso se producen de inmediato (aunque no sea firme y aunque no se haya dado la oportuna publicidad al mismo), lo que justifica que las limitaciones patrimoniales las padezca el concursado desde la fecha del mismo. Frente al sistema anterior a la ley concursal, las limitaciones patrimoniales se imponen atendiendo a las necesidades de cada concurso, de modo que el juez, previa audiencia de los administradores concursales, puede modular los efectos sobre las facultades, en función de la situación específica de cada caso (17).

De tal forma que frente a los efectos automáticos e inalterables que establecían el artículo 1.914 del Código Civil y el artículo 878 del Código de Comercio, la ley concursal gradúa los efectos del concurso sobre el deudor (intervención o suspensión) y pueden ser alterado por el juez en el propio auto de declaración del concurso o a lo largo del procedimiento (así lo permiten los apartados 3 y 4 del artículo 40 LC), con el único límite de que, abierta la liquidación, el deudor queda sometido a la suspensión de facultades (según el artículo 145 LC).

Concluye la autora expresando que *"bajo el régimen actual, parece más exacta la consideración de que las limitaciones patrimoniales que sufre el concursado derivan, no de una prohibición legal de disponer y administrar, sino de una prohibición judicial de disponer y administrar."*

Todas las posturas que he tratado en el presente epígrafe aciertan apartándose de la tesis de la incapacidad. Desde luego, las que más se ajustan a derecho en su planteamiento son las tesis de la restricción o condicionamiento de la legitimación que defiende BLANQUER y la tesis de las normas de incompetencia por DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, aunque los efectos son prácticamente idénticos en todos los casos, con una importante salvedad que, veremos, establece JIMÉNEZ PARÍS.

(17) La autora cita, en este punto a FERNÁNDEZ SEJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, en *"Efectos del concurso"*, editado por Francis Lefebvre, Madrid 2.011 en el *Memento práctico concursal 2.012*, página 170.

III. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LAS LIMITACIONES RESPECTO DE LOS ACTOS JURÍDICOS DEL CONCURSADO PREVIOS A LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

1. Efectos jurídicos de las limitaciones

Hemos apuntado anteriormente que las limitaciones a las facultades de administración y disposición nacen desde la fecha del auto de declaración y no antes, sin perjuicio de que puedan acordarse medidas cautelares en el momento de la admisión a trámite. Esto es así por el juego de los artículos 17 y 22 de la ley concursal, que reproducimos en lo pertinente:

Artículo 17. Medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso.

"1. A petición del legitimado para instar el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. El juez podrá pedir al solicitante que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada.

3. Declarado el concurso o desestimada la solicitud, el juez del concurso se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares."

Artículo 21. Auto de declaración de concurso.

"1. El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos:

1.º El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio.

2.º Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.../...

2. El auto producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso, que comprenderá las actuaciones previstas en los cuatro primeros títulos de esta ley, y será ejecutivo aunque no sea firme."

En lo fundamental, el proyectado texto refundido de la ley concursal establece los mismos criterios(18).

La consecuencia de lo regulado por estos dos preceptos es clara: los actos y negocios concluidos por el concursado en el momento previo a la declaración de concurso (siempre que no existan medidas cautelares) no se ven afectados por la anulabilidad que sanciona el artículo 40 de la ley concursal. Todo ello sin perjuicio de que puedan ser rescindidos, si se aprecia perjuicio para la masa, conforme al artículo 71 y siguientes de la mencionada ley. Esta conclusión es aplicable, tanto si interpretamos que las limitaciones constituyen una auténtica incapacidad de obrar, como si nos inclinamos –como hemos hecho en el epígrafe anterior– por la tesis de la falta de legitimación o la incompetencia.

Así lo ha expresado nuestro Centro Directivo en varias ocasiones: *“la calificación de la capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamiento del negocio de que se trate por lo que, la sola circunstancia de que en el momento de la presentación del documento concurriera una causa de anulación posterior, cuando en cambio gozara de plena eficacia en el momento del referido otorgamiento, no podría constituir obstáculo a la inscripción del negocio realizado. Como resulta de lo establecido en el artículo 21 de la Ley Concursal no es hasta el momento en que el juez declara el concurso que se producen los efectos limitativos sobre el poder de disposición del deudor, por lo que sólo a partir de ese momento estarán viciados de anulabilidad los actos llevados a cabo por el mismo en contravención de las medidas limitativas ordenadas por el juez. Todo acto o negocio jurídico llevado a cabo*

(18) Así, en el artículo 32.– *“Eficacia del auto de declaración de concurso El auto de declaración de concurso producirá de inmediato los efectos establecidos en esta Ley y tendrá fuerza ejecutiva aunque no sea firme.”* Con el matiz del artículo 18.– *“Medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso.*

1. *A petición del legitimado para instar el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

2. *El juez podrá pedir al solicitante que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada.*

3. *En el mismo auto en el que declare el concurso o desestime la solicitud, el juez se pronunciará necesariamente sobre las medidas cautelares que hubiera acordado antes de ese auto.”*

por el deudor con anterioridad estará, en principio, a salvo de las consecuencias jurídicas establecidas por el ordenamiento para los posteriores.” (19).

2. Acceso al Registro de la Propiedad

La consecuencia lógica de la validez y eficacia de los negocios jurídicos concluidos antes de la declaración de concurso es su pleno acceso al Registro de la Propiedad, que ha reconocido la DGRN, como no podía ser de otra forma.

Así lo afirma, de modo muy clarificador la R. de 3 de junio de 2009, que sienta la siguiente doctrina:

- Los negocios anteriores a la declaración de concurso son inscribibles: *“Ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración de concurso”.*
- No es necesaria la intervención de la administración concursal ni del Juez del concurso: *“El hecho de que la declaración de concurso de acreedores comporte la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, no significa que dicha anotación impida la inscripción de los actos de enajenación otorgados, con anterioridad a la declaración de concurso, por el deudor”.*
- Que no es requisito previo a la inscripción del negocio la cancelación de la inscripción del concurso, ni debe cancelarse esa inscripción como consecuencia de la inscripción del negocio rezagado: *“En todo caso, por aplicación de lo establecido en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los referidos actos traslativos se practicará con absoluta supeditación al procedimiento concursal al que se refiere la previa anotación preventiva, de modo que será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio, para evitar que el ulterior desenvolvimiento del procedimiento de ejecución universal provoque la cancelación de aquella inscripción posterior”.*

¿Se aplica esta misma solución a los negocios concluidos durante el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración de

(19) Así se expresa la DGRN en la Resolución de 2 de noviembre de 2.011 (que cita otra de 21 de septiembre de 2.001).

concurso? Podría plantearnos mayores dudas. Existe una posición minoritaria, que entiende que no deben acceder al Registro. Está encabezada por JIMÉNEZ PARÍS (20), quien, partiendo como hemos visto de su óptica de las limitaciones patrimoniales al concursado como una prohibición judicial de disponer y administrar, distingue –en su interpretación del artículo 145 del Reglamento Hipotecario–:

- Actos dispositivos realizados con posterioridad a la anotación de concurso sobre la finca anotada: no pueden acceder al Registro.
- Actos dispositivos basados en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de anotación: deben inscribirse por aplicación de los principios de prioridad y de tracto sucesivo.
- Actos dispositivos anteriores a la prohibición judicial de disponer que se presenten durante la vigencia de la misma en el Registro: dado el silencio que guarda el artículo 145 RH, debe aplicarse a los mismos (según la autora citada) el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que premiaría al que antes acude al Registro.

Debemos puntualizar que la autora está tratando de la hipoteca unilateral (que será comentada en un epígrafe posterior), pero parece hacerlo extensivo a toda escritura de constitución de un gravamen registrable sobre bienes integrantes de la masa activa del concurso. A diferencia de la enajenación (en que el bien anotado habría salido de la masa activa antes de la registración del concurso), en los casos en que se pretenda el acceso al registro de una carga anterior que gravaría un bien de la masa activa, dicho acceso exigiría un control por parte de la administración concursal, pues *"la minusvaloración de un bien de la masa activa puede ser obstáculo para soluciones como convenios con propuesta de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, o para convenios de fusión o escisión de la persona jurídica concursada. Igualmente puede dificultar un plan de liquidación que contemple la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos."*

(20) Op. cit., páginas 2.037 y siguientes.

Por tanto, en estos casos, no deberían tener acceso al registro los negocios concluidos durante el periodo sospechoso, cuando se trate de actos de constitución de gravámenes, mientras no se subsane el defecto de la autorización del juez del concurso y la concurrencia de la administración concursal. Esta autorización sólo recaerá en caso de que no se produzca un perjuicio de la masa activa y evitaría la necesidad de plantear un incidente concursal para la rescisión del negocio jurídico constitutivo.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina (citamos por todos a Pau Pedrón(21)) opta por el acceso al Registro de la Propiedad de tales actos. Los negocios jurídicos otorgados antes de la fecha del auto de declaración del concurso pueden acceder al Registro, rigiendo esta norma de inscribibilidad también para los negocios del periodo *proximum tempus decoctionis*, a pesar de ser rescindibles.

Son inscribibles, según el citado autor, incluso los negocios a los que la propia LC, en ese mismo art. 71, atribuye una presunción de perjuicio patrimonial –disposiciones a título gratuito y disposiciones onerosas hechas con las circunstancias que detalla el apartado 3 del mismo artículo–. Pero en este caso, deberá tenerse en cuenta la norma del art. 72, ap. 2 LC: *“Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste”*. (22)

Ésta es la postura más acertada: los negocios anteriores deben tener abierto el registro, sin perjuicio del ejercicio de la acción rescisoria, cuya procedencia y resolución corresponde al juez del concurso y no al registrador.

(21) “Procedimiento concursal...”, que puede consultarse en www.nota-riosyregistradores.com.

(22) PAU PEDRÓN puntualiza oportunamente que *“también debe dirigirse la demanda contra los titulares de las cargas que el Juez ordene cancelar. En el caso de la R. de 12 de marzo de 2014, la sentencia que estimaba la acción de reintegración ordenó cancelar tres anotaciones de embargo que pesaban sobre los inmuebles recuperados, y afirma la Dirección General que “el Registrador tiene, tratándose de resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales está el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española.”*

IV. EFECTOS SOBRE EL DERECHO REAL DE HIPOTECA

1. Acceso al Registro de la Propiedad

Llegados a este punto, nos planteamos si las mismas conclusiones relativas a la inscripción de los negocios jurídicos formalizados con anterioridad a la declaración de concurso son aplicables a la escritura de préstamo hipotecario, teniendo en cuenta que, según la opinión casi unánime en la doctrina y jurisprudencia, la inscripción tiene carácter constitutivo para el derecho real de hipoteca.

No discutimos tal carácter constitutivo, pero ello no nos puede llevar a entender que, antes de la inscripción existe una mera relación obligacional, como entiende BLASCO GASCÓ (23). No es el criterio de nuestra jurisprudencia. Así lo demuestra la conocida STS 368/2.016 de 3 de junio de 2.016, en la que el Alto Tribunal declara que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, en el sentido de que el derecho real de hipoteca no nace ni se adquiere sino en el momento de la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad. Pero esto no implica que el contrato o negocio jurídico de constitución de hipoteca, así formalizado, no exista sin la inscripción, ni que el conocimiento de tal contrato o negocio jurídico no pueda perjudicar a terceros.

Razona la sentencia que *"es doctrina firme de esta Sala, sobre la 'doble venta' de inmueble que contempla el párrafo segundo del artículo 1473 Cc, que la adquisición de la propiedad por el segundo comprador que haya inscrito primero su título en el Registro requiere buena fe por su parte; buena fe, que es incompatible con el conocimiento, incluso si no acabado, por el segundo comprador de la primera venta [STS 392/2012, de 27 de junio (Rec. 1884/2009), y las en ella citadas].*

No hay razón para no aplicar la misma doctrina al supuesto de 'doble contrato de constitución de hipoteca'. Esta Sala ha dicho muchas veces, y no pone ahora en cuestión, que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, en el sentido de que el derecho real de hipoteca no nace ni se adquiere sino si y en momento en que la correspondiente

(23) BLASCO GASCÓ, Francisco de P., en su trabajo "Declaración de concurso e inscripción de la hipoteca unilateral por los acreedores", ed. Tirant lo Blanch, páginas 41-43, en las que distingue la mera promesa de constituir hipoteca, del contrato de hipoteca que no se ha formalizado en escritura y de la escritura de hipoteca no inscrita en el Registro, si bien niega efectos reales de modo absoluto a esta última, sobre todo a efectos de prelación, como veremos.

escritura se inscribe en el Registro; pero eso no significa que el contrato o negocio jurídico de constitución de hipoteca, así formalizado, no exista sin la inscripción [STS 1108/2007, de 18 de octubre (Rec. 4494/2000)], ni que el conocimiento de tal contrato o negocio jurídico no pueda perjudicar a terceros [STS 638/1986, de 31 de octubre]. Nótese, en fin, que, en la 'doble venta' de una cosa mueble, el segundo comprador primero en la posesión sin buena fe no triunfa, a tenor del artículo 1473.I Cc, sobre el primer comprador, aunque éste, por falta del requisito del modo o tradición de la cosa, no había adquirido todavía la propiedad de ésta (arts. 609.II in fine y 1095 in fine Cc). Y lo mismo sucede, conforme al párrafo tercero del repetido artículo 1473, en la 'doble venta' de inmueble 'cuando no haya inscripción'. Y aun cuando haya inscripción del segundo comprador sin buena fe, también triunfa el primer comprador, aunque no haya adquirido antes la propiedad por no haberle entregado al 'doble vendedor' el inmueble de que se trate."

Por lo tanto, el contrato de constitución de la hipoteca existe antes de la fecha de la inscripción y no como una mera promesa de constituir prenda o hipoteca. Como tal contrato produce sus efectos y es oponible a los terceros (desde luego, a los terceros de mala fe o que conocieran la existencia del mencionado contrato). La fecha de la perfección del citado contrato es el de la firma de la escritura y es en dicho momento cuando debe apreciarse la capacidad y la legitimación dispositiva del hipotecante. Si se produce la declaración del concurso entre la firma de la escritura de préstamo hipotecario y su presentación en el Registro de la Propiedad, la registración del auto de la declaración de concurso no debe impedir el acceso de la hipoteca al registro de la propiedad.

Así lo ha entendido la RDGRN de 2 de noviembre de 2.011 (BOE de 1 de diciembre de 2.011) que, aunque referida a una hipoteca unilateral, es aplicable a la hipoteca ordinaria (puesto que, en el supuesto de hecho, la hipoteca unilateral ya estaba aceptada al tiempo de su presentación en el Registro de la Propiedad. En este caso, el Registrador suspendió la inscripción alegando que los administradores de la sociedad concursada no tienen ya capacidad legal, y la inscripción de la hipoteca es constitutiva del derecho de hipoteca y en consecuencia, al estar anotada la declaración de concurso, permitir la inscripción de un derecho que nace por la repetida inscripción supondría un perjuicio para el resto de acreedores.

El Centro Directivo revocó la calificación exponiendo que "*Siendo indiscutido el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad la cuestión es si esa circunstancia debe*

ser tomada en cuenta en un caso, como el presente, en que las limitaciones en la libre disposición del hipotecante se han producido con posterioridad a la prestación del consentimiento. Al respecto tiene declarado esta Dirección General que la calificación de la capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamiento del negocio de que se trate por lo que, la sola circunstancia de que en el momento de la presentación del documento concurriera una causa de anulación posterior, cuando en cambio gozara de plena eficacia en el momento del referido otorgamiento, no podría constituir obstáculo a la inscripción del negocio realizado (vid. Resolución de 21 de septiembre de 2001). Como resulta de lo establecido en el artículo 21 de la Ley Concursal no es hasta el momento en que el juez declara el concurso que se producen los efectos limitativos sobre el poder de disposición del deudor, por lo que sólo a partir de ese momento estarán viciados de anulabilidad los actos llevados a cabo por el mismo en contravención de las medidas limitativas ordenadas por el juez. Todo acto o negocio jurídico llevado a cabo por el deudor con anterioridad estará, en principio, a salvo de las consecuencias jurídicas establecidas por el ordenamiento para los posteriores."

Añade que "emitido el consentimiento para la constitución del derecho de hipoteca sin que exista limitación a la libre disposición del hipotecante, las vicisitudes posteriores que puedan producirse y que deriven en un retraso en la presentación a su inscripción en el Registro, no implican una corrupción de aquél y todo ello sin perjuicio de las consecuencias que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de hipoteca tenga la existencia del procedimiento concursal (artículos 56 y 57 de la Ley Concursal) o de los derechos de impugnación por rescisión contemplados en la Ley (artículos 71 y 72 de la propia Ley Concursal)."

En ambos pronunciamientos, dos conclusiones coinciden:

- A pesar del carácter constitutivo de la inscripción del derecho real de hipoteca, la capacidad y legitimación del disponente deben apreciarse al tiempo del otorgamiento de la escritura.
- Formalizada la escritura, no existe derecho real de hipoteca, pero hay un negocio jurídico que vincula a las partes y también a los terceros de mala fe, que conocían aquel otorgamiento.

De este modo, si partimos de la postura clásica en sede de limitaciones patrimoniales del concursado, la escritura de hipoteca firmada antes de la declaración del concurso no adolece de vicio

alguno del consentimiento, porque es al tiempo de la firma de la escritura cuando debe apreciarse la capacidad y, en dicho momento no ha recaído auto. El auto de declaración del concurso y su posterior inscripción no cierran el registro y no pueden impedir la inscripción de la hipoteca.

Siguiendo la tesis de la prohibición judicial, JIMÉNEZ PARÍS (24) sostiene –aunque alude a la hipoteca unilateral, lo hace extensivo a las demás– que no deben acceder al Registro, al menos, las hipotecas otorgadas en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración del concurso, haciendo una interpretación irrestricta de los artículos 17 LH, 145 RH –que vedan el registro para todo título presentado con posterioridad a la anotación de la prohibición judicial de disponer– y 71 LC. De este modo, se evitaría al concurso la rescisión de estas hipotecas, pues la administración concursal y el juez del concurso no las autorizarían, por ser perjudiciales a la masa (según la autora, dificultan el convenio y el plan de liquidación). Argumenta también que la hipoteca es un derecho de constitución registral, siendo esta inscripción posterior a una anotación del concurso y que las hipotecas no pueden equipararse en cuanto a su registro a las transmisiones, dado que, en estas últimas, el bien no forma parte de la masa activa al declararse e inscribirse el concurso, mientras que en las primeras sí lo integra, por lo que se podría exigir la autorización del juez del concurso y la intervención de la administración concursal. Esto nos llevaría a una situación similar a la antigua quiebra y el derogado artículo 878 del Código de Comercio, donde sí tenía sentido que la DGRN (desde la R. de 7 de junio de 1.920) sostuviera que la declaración de quiebra cerraba el registro para los actos anteriores a dicha declaración, si se encuadraban dentro del periodo de retroacción de la quiebra, puesto que el derogado artículo 878 y su interpretación jurisprudencial tradicional los consideraba radicalmente nulos.

Con la ley concursal, y a pesar de la cuidada argumentación de JIMÉNEZ PARÍS, no puedo coincidir con la autora: no es labor del registrador calificar “ex ante” si el juez del concurso autorizaría determinada operación hipotecaria. Además, esta posición lleva a la injusticia de admitir el préstamo (e integrar lo prestado en la masa activa del concurso) y rechazar la garantía hipotecaria, cuando el acreedor no habría entregado el principal sin los importantes efectos de la hipoteca. Por otra parte, debemos reiterar que los efectos de las limitaciones patrimoniales del concurso se originan desde su

(24) Op. cit., páginas 2.037 y siguientes

declaración y no antes, lo que confirma la DGRN tanto en la mencionada R. de 2.011, como, incluso, en los casos en que consta anotada previamente la negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos (véase la R. de 22 de octubre de 2.018). Coincido plenamente con ambos pronunciamientos: la hipoteca rezagada debe acceder al registro, esté o no firmada dentro del periodo sospechoso.

2. Eficacia del derecho real de hipoteca frente a terceros

Una vez admitido el acceso al Registro de la Propiedad de la hipoteca rezagada, debemos plantearnos: ¿tendrá este crédito hipotecario privilegio especial en el concurso de acreedores? La doctrina (PAU PEDRÓN(25), BLASCO GASCÓ(26) y JIMÉNEZ PARÍS(27)) parece unánime en negarle el privilegio del crédito hipotecario del artículo 90.1.1º LC. Se basan en los siguientes postulados:

1º La hipoteca es de inscripción constitutiva y, al no haberse inscrito al tiempo de la declaración del concurso, no puede gozar de la prelación real, por hallarse postergada a la anotación registral. Según BLASCO GASCÓ, antes de la inscripción, lo único que existe es un negocio de constitución hipotecaria de eficacia meramente obligacional, pero no un derecho real, por lo que no puede ser calificado como crédito privilegiado.

2º La regla general es el principio "*par conditio creditorum*", lo que impone interpretar restrictivamente las normas excepcionales que imponen privilegios crediticios, ex artículo 4.2 Cc. Este argumento vendría además reforzado por la Exposición de Motivos de la ley concursal, que aclara: "*el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y las excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas*"; y por las últimas reformas de la ley concursal, que reducen las prerrogativas dentro del concurso de los acreedores privilegiados (vgr. en materia de ejecución separada o permitiendo ser arrastrados por determinados acuerdos mayoritarios en la fase de convenio o en los acuerdos de refinanciación).

3º PAU PEDRÓN(28) también argumenta que un crédito que no era privilegiado antes de la declaración del concurso no puede con-

(25) Op. cit., que puede consultarse en la web www.notariosyregistradores.com

(26) Op. cit., página 43.

(27) Op. cit., conclusión 5 en página 2046.

(28) Op. cit., en la web www.notariosyregistradores.com.

vertirse en privilegiado por su inscripción durante el procedimiento concursal, esto es, no cabe la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley. Apoya este razonamiento en el artículo 100 apartado 3 de la Ley Concursal e interpreta que, en la citada R. de 2.011, la DGRN llegó a la misma conclusión, aunque la expuso un tanto crípticamente, cuando dijo que la inscripción de la hipoteca rezagada se entiende sin perjuicio de las *"consecuencias que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de hipoteca tenga la existencia del procedimiento concursal"*.

Permítame el lector poner en tela de juicio esta postura. Considero que existen sólidos argumentos para atribuir el privilegio especial al acreedor hipotecario en el caso que nos ocupa:

1º Es cierto que, según la posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, se considera a la hipoteca como de inscripción constitutiva, pero esta posición se está matizando y, cada vez se escuchan con más nitidez las voces que atribuyen importantes efectos a la escritura de hipoteca antes de su inscripción en el Registro de la Propiedad (recordemos la importante STS de 3 de junio de 2.016, que acaba concediendo prioridad a una hipoteca, escriturada antes, pero inscrita con posterioridad a otra hipoteca, por falta de buena fe en el acreedor de este segundo préstamo hipotecario). Como pone de manifiesto nuestro compañero Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS (29), "con el otorgamiento de la escritura pública, ya existe en la vida jurídica tanto el contrato como el derecho real de hipoteca... pero no es un derecho real definitivo sino "en formación"". Debemos rechazar, por tanto, las posturas que hablan de una relación obligacional o incluso de una mera promesa de constituir hipoteca. Estamos ante un auténtico derecho real en vías de formación y el Tribunal Supremo, en muchos pronunciamientos, opta por la protección de la expectativa de derecho real. La regulación de los créditos contingentes en la ley concursal, a la que aludiremos más adelante, es otra manifestación de este amparo.

Son interesantes las conclusiones que realiza el notario Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS (30) en torno al juego de la escritura y la inscripción en el derecho real de hipoteca: *"los artículos 1875 Cc y*

(29) PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio, en su conferencia "La pretendida inscripción constitutiva de la hipoteca en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", pronunciada en el CNM por, el 15 de noviembre de 2.018.

(30) Op. cit. (puede verse un resumen de la conferencia en la sección de opinión del número 86 de la revista "el notario del siglo XXI").

145 LH identifican dos elementos "co-constitutivos" de la hipoteca, en plano de igualdad: la escritura y la inscripción. Por tanto, la constitución se produce a través de un proceso complejo y sucesivo o gradual: el derecho real de hipoteca nace con la escritura pública, pero una vez finalizado el proceso, con la inscripción, adquiere su plena eficacia.

Con el otorgamiento de la escritura pública, ya existe en la vida jurídica tanto el contrato como el derecho real de hipoteca. Pero como ese proceso complejo y sucesivo no ha terminado todavía, no es un derecho real de hipoteca definitivo, sino "en formación". La consecuencia práctica es que estamos ante un derecho real "débil", si me permiten la expresión, porque no puede gozar de los poderosos efectos que le atribuye la inscripción.

Finalmente, la inscripción, sí, cierra el iter fundacional. Nadie lo pone en duda. Nadie discute el papel del registro en la eficacia del derecho real de hipoteca."

PÉREZ DE MADRID CARRERAS (31) no niega en absoluto los importantes efectos de la inscripción, pues con ella el derecho real de hipoteca adquiere su plena eficacia, se desata toda su energía, se libera su potencia. Sin embargo, añade que la "inscripción no constituye nada: son las partes quienes lo hacen en el contrato de hipoteca y a través del consentimiento manifestado en la escritura pública."

En conclusión, con la escritura, nace el derecho real de hipoteca y ya es oponible "inter partes" y frente a terceros que conozcan su existencia... pero la inscripción, además, hace oponible el derecho frente a cualquier tercero. Añadiendo que, con dicha inscripción, "el acreedor hipotecario tiene una preferencia absoluta para el cobro de su crédito sobre la cosa hipotecada... pero la escritura, además, atribuye al crédito carácter privilegiado desde su otorgamiento." Se refiere a la preferencia que al crédito escriturario concede el artículo 1.924.3 Cc, que favorece a los créditos que, sin privilegio especial, consten en escritura pública. Desde luego, no tendrá la preferencia del artículo 1923.3 Cc, porque se atribuye a los créditos hipotecarios "inscritos en el Registro de la Propiedad" y, concretamente en el concurso, el privilegio especial del artículo 90.1.1º LC tampoco corresponderá a este crédito, hasta que la hipoteca esté plenamente constituida, pero si está escriturada y se inscribe después ¿por qué vamos a negarle este privilegio?

2º A pesar del refuerzo del principio "*par conditio creditorum*" en la ley concursal y sus reformas, debemos seguir protegiendo a

(31) Op. cit.

quien cumple los requisitos para adquirir la consideración de crédito privilegiado. Y este crédito hipotecario cumple todos los requisitos, a excepción de la inscripción, con la que se cerrará el *iter* fundacional. Reúne todos los presupuestos personales (capacidad, legitimación, poder dispositivo, buena fe) que se apreciarán al tiempo de prestar el consentimiento (en este caso, con la firma de la escritura) y cumple uno de los requisitos formales –el otorgamiento de la escritura–. Está pendiente la inscripción y lo deseable es que tenga lugar antes de la inscripción o anotación del concurso pero, si llega después, no debemos desproteger al acreedor hipotecario. El Alto Tribunal, en varias sentencias (SSTS 125/2.008, de 22 de febrero, 650/2.013, de 6 de noviembre y 186/2.016, de 18 de marzo), insiste en proteger “la expectativa de adquisición ya transmitida, mientras el disponente tenía aún la libre disposición de su patrimonio”, para dar plena eficacia a la cesión o prenda de créditos futuros. En el primer caso, se atribuye al cesionario derecho de separación y en el caso de la prenda, concede al acreedor pignoraticio la consideración de crédito privilegiado. Estos razonamientos, referidos a la prenda o cesión de créditos, tienen un criterio trasplantable a la escritura de préstamo hipotecario que estamos tratando.

3º La referencia a la prenda de créditos futuros merece una mención aparte: la ley concursal, en el artículo 90.1.6, le atribuye privilegio especial, aunque el objeto de la garantía (los créditos futuros) no haya nacido todavía, siempre que el contrato o relación jurídica fuente de los mismos esté ya constituido al tiempo de la declaración del concurso. ¿Por qué negar este privilegio a una hipoteca escriturada antes de dicha declaración, donde se prestó un consentimiento completo y existe el objeto de la garantía?

4º Todos los autores parecen partir del principio general de que todos los requisitos formales de la constitución de las garantías deben cumplirse en fecha anterior a la declaración del concurso. Sin embargo, el artículo 100 de la citada ley, que invoca PAU PEDRÓN, no establece tal norma, limitándose a aclarar que el convenio que se alcance no podrá “alterar la clasificación de créditos establecida por la ley”. No encuentro ningún artículo de la Ley Concursal que lo exija, a salvo el citado artículo 90.1.6, que impone la inscripción de la prenda sin desplazamiento “antes de la declaración”. Si la norma lo hace en este caso y no establece la misma matización temporal en el 90.2, es porque aquella es una excepción a la regla general y la inscripción previa a la declaración de concurso no es un requisito inexcusable en el caso de la hipoteca. Debemos poner el énfasis en la situación excepcional que se está regulando en el 90.1.6: créditos

futuros, que van a nacer después de la declaración del concurso y que deberían ingresar en la masa activa sin gravamen pignoraticio por estar plenamente vigentes las limitaciones a las facultades del concursado, surgen a la vida jurídica sujetos a una prenda suscrita antes del concurso. Para este supuesto, está plenamente justificado que el legislador establezca requisitos adicionales. La hipoteca pendiente de inscripción no es equiparable.

5º Tampoco coincide con la interpretación que hace PAU PEDRÓN (32) del inciso de la Resolución del año 2.011. El Centro Directivo no alude a la ausencia de privilegio especial de estos créditos, sino que se limita a dejar a salvo las especialidades en la ejecución de la hipoteca (citando los artículos 56 y 57 LC, relativos a la posible paralización de la ejecución, cuando la garantía recaiga sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional del concursado) y los derechos de impugnación por rescisión (artículos 71 y siguientes), comunes a la hipoteca inscrita antes y después del concurso.

6º Cualquiera que sea la postura que se adopte, corresponde a la Administración Concursal, la elaboración de la lista de acreedores (conforme al artículo 86 de la ley). Los acreedores disponen del plazo de un mes desde la publicación del concurso en el BOE, para la comunicación de sus créditos (artículo 85), pudiendo comunicarse una hipoteca inscrita unos días después del auto de declaración de concurso, pero dentro del plazo de un mes.

7º Los artículos 86 y 87 LC aluden, directa o indirectamente, a una serie de créditos que por distintas causas (falta de liquidación de su importe, pendencia del cumplimiento de una condición suspensiva, existencia de un litigio afectante al crédito...) son calificados como contingentes. La ley, en estos casos, reconoce que *"la confirmación del crédito contingente... otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación."* Si adopta esta solución para créditos que podrían no llegar a nacer, declararse nulos o resolverse, con mucho mayor motivo debemos trasponer esta norma a los créditos hipotecarios escriturados antes e inscritos tras la declaración del concurso. Estos créditos están pendientes de un requisito (importante y constitutivo, desde luego), pero que podríamos calificar como un evento *"certus an et incertus quando"*: la hipoteca se va a inscribir (con las subsanaciones que sean precisas e incluso, de forma parcial, en algún caso), aunque ignoremos exactamente cuándo.

(32) Op. cit., en la web www.notariosyregistradores.com

Por todo lo expuesto, me atrevo a disentir de la postura oficial en cuanto a la calificación de estos créditos en el concurso. Me temo que será un posicionamiento minoritario, sobre todo si prospera la redacción actual del artículo 271 de la propuesta de texto refundido de la ley concursal(33), que (a mi juicio, excediendo los límites de la delegación) invierte los términos y convierte la excepción en regla general. Lo hace cuando impone, para gozar de privilegio especial, la obligación de "tener constituida la garantía antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros..." Incluso en este caso, podría considerarse cumplido tal requisito si sostene-mos, siguiendo a Valerio PÉREZ DE MADRID y José-Ángel MARTÍNEZ SAN-CHIZ(34) que, con la escritura, la hipoteca es ya oponible frente a los

(33) Transcribimos literalmente el precepto: "*Artículo 271.- Requisitos del privilegio especial*

1. *Los créditos a que se refieren los números 1º a 5º del artículo anterior deberán tener constituida la respectiva garantía antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros, salvo que se trate de los créditos con hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.*

2. *Si se tratare de prenda de créditos de la masa activa, será suficiente con que la constitución de la garantía conste en documento con fecha fehaciente anterior a la declaración de concurso.*

3. *Si se tratare de prenda sobre créditos futuros, será necesario que, antes de la declaración de concurso, concurren los dos siguientes requisitos:*

1º. *Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o de relaciones jurídicas constituidas antes de esa declaración.*

2º. *Que la prenda estuviera constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento, se hubiera inscrito en el registro público correspondiente.*

4. *Si se tratara de créditos futuros derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, además de lo exigido en el apartado anterior, será necesario que, antes de la declaración de concurso, la pignoración se hubiera constituido en garantía de créditos que guarden relación con la concesión o el contrato y hubiera sido autorizada por el órgano de contratación con arreglo a la normativa sobre contratos del sector público."* Puede consultarse el proyecto en el enlace https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428364645?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Real_Decreto_Legislativo_por_el_que_se_aprueba_el_Texto_Refundido_de_la_Ley_Concursal.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas

(34) Es citado por PÉREZ DE MADRID en la Conferencia reseñada anteriormente.

terceros que conozcan su existencia, exigiéndose la inscripción para la oponibilidad ante cualquier tercero.

V. LA ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA UNILATERAL

1. Exposición de la problemática

Hasta ahora, hemos ido entrando en materia partiendo de lo más general (la eficacia e inscripción de los actos dispositivos previos a la declaración de concurso), para tratar a continuación la cuestión más específica de los efectos de la hipoteca suscrita antes pero inscrita tras la declaración de concurso. En el presente epígrafe daremos un paso más, a fin de exponer las consecuencias de todo orden de una hipoteca unilateral escriturada e inscrita por el deudor antes de la declaración y anotación del concurso, pero cuya aceptación por parte del acreedor recae tras aquella constancia de la declaración concursal.

En una primera aproximación, diremos que la hipoteca unilateral se define, por contraposición con las hipotecas convencionales, como aquella que se constituye por acto unilateral (inter vivos o mortis causa) del dueño de la finca hipotecada y no por acuerdo entre deudor y acreedor. La aceptación del acreedor recaerá en un momento posterior.

La anteriormente citada RDGRN de 2 de noviembre de 2.011, aunque está referida a una hipoteca unilateral, sin embargo, no entra en la problemática que ahora nos ocupa, puesto que la hipoteca del supuesto de hecho se aceptó antes de la declaración del concurso de acreedores. Por tal motivo, he querido hacer una mención expresa de esta cuestión que puede ocurrir en la práctica, dado que esta hipoteca unilateral está generalizada en el ámbito privado (respecto de determinadas entidades que centralizan la firma de su representante en una localidad –generalmente capital de provincia– y permiten que los prestatarios suscriban su hipoteca en la notaría más cercana a su residencia, para ratificarla “a posteriori”) y también en el ámbito público (con la finalidad de permitir a los ciudadanos aplazar el pago de sus obligaciones con ciertas Administraciones Públicas, como la Tesorería General de la Seguridad Social o la Agencia Española de la Administración Tributaria) admitiendo el otorgamiento e inscripción unilateral de la hipoteca a los administrados, para su posterior aceptación –o no– por parte de la propia Administración).

Para la mayor claridad en la exposición, comenzaremos por una breve observación histórica, como paso previo a la delimitación de las distintas teorías en torno a la naturaleza jurídica de esta controvertida figura –la hipoteca unilateral–, para ver, finalmente, las consecuencias que su construcción jurídica (según la tesis por la que nos inclinemos) tiene en cuanto a la plenitud de efectos de la misma.

2. Antecedentes históricos

El inciso inicial del actual artículo 138 LH establece que “son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño sobre que se establecen...”. Dicho precepto es reflejo fiel del precedente recogido en la ley hipotecaria de 1.861, pero tal y como expone magistralmente ALBALADEJO (35), en la doctrina reinaba la discordia en torno a dos materias:

- Las posibles formas que podía revestir el acto unilateral de disposición (sólo “mortis causa” o también “inter vivos”).
- Y los efectos jurídicos que habrían de atribuirse a esta hipoteca unilateral en el momento previo a la aceptación.

En cuanto a la primera cuestión, cita Albaladejo una importante corriente doctrinal que se inclinaba a reducir la hipoteca unilateral a la testamentaria (GÓMEZ DE LA SERNA, MONTALBÁN, MANRESA y GAYOSO, entre otros). El principal argumento de esta tesis hay que buscarlo en los antecedentes históricos, pues en Roma la fuente principal de este derecho real de garantía era la voluntad privada plasmada en una convención o un testamento (*pignus conventionale* y *pignus testamentarium*), aunque respecto de este último, se establecía como un legado per damnationem y no como un legado vindicativo hasta SEVERO y CARACALLA (tal y como recoge el Digesto 13, 7, 26, pr.). Esto es, en un principio, sólo cabía obligar al heredero a constituir por sí la garantía. Posteriormente –en tiempos de Justiniano– decauyó la utilidad de esta garantía, por la concesión al legatario de una hipoteca legal tácita sobre todos los bienes de la herencia.

El cambio operado por Justiniano, dejó su huella en nuestro derecho histórico, hasta el punto de que Las Partidas (P. 56, 13, I) definen la hipoteca como “las que facen los omes entre sí de su voluntad, empeñando de sus bienes unos a otros, por razón de alguna

(35) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en “La hipoteca unilateral”, en Anuario de Derecho Civil (1.950) Vol. 3, número 1; páginas 55 y siguientes.

cosa que devan dar o facer”, omitiendo por completo toda referencia a la hipoteca testamentaria. Fue rescatada por el Proyecto de Código Civil de 1.851, en su artículo 1.791, hablando de dos formas de constitución: “en testamento o en contrato”. Es innegable la influencia de este proyecto en los intérpretes de la LH de 1.861, que se inclinaron mayoritariamente a admitir estas dos únicas formas de constitución de la hipoteca voluntaria.

En contra, citaremos la opinión de CHAMORRO(36) que por razones de utilidad práctica (es la hipoteca unilateral inter vivos la que, como veremos, puede tener importancia y uso en el tráfico) y por el hecho de que el tenor literal de la ley, a diferencia de los precedentes mencionados, no habla claramente de “testamento o contrato”, no equiparaba hipoteca unilateral con testamentaria. Esta interpretación más amplia empezó a gozar de predicamento en la doctrina posterior.

En cuanto a la segunda cuestión, la eficacia de esta hipoteca en la fase previa a la aceptación, ALBALADEJO(37) comienza explicando el problema formal que se daba en la práctica, esto es, la negativa de los registradores a la inscripción de la hipoteca, mientras no estuviera aceptada por el acreedor, que conducía a un círculo vicioso (puesto que los acreedores se negaban a aceptarla mientras no estuviera inscrita). Esta problemática registral fue resuelta por el Reglamento Hipotecario de 1.870, que, en su artículo 112, relativo a la hipoteca unilateral a favor de la Administración Pública ordenaba verificar la inscripción, “sin perjuicio de que después de aprobada la hipoteca por quien corresponda, se haga constar esta circunstancia por nota marginal, nota que surtirá efectos desde la fecha de la inscripción a que se refiera.”

El Reglamento resolvió un problema librario, sin entrar a valorar si la inscripción se permitía como un mero consentimiento formal (es decir, con independencia de que extra registralmente no existiera un derecho real de hipoteca). Lo que no resolvió el Reglamento intentó aclararlo una RDGRN de 25 de junio de 1.877, que entendió que la norma reglamentaria no implicaba una excepción a los principios generales de la ley (estableciendo un consentimiento formal), sino que la propia ley permitía constituir la hipoteca, no sólo por contrato o convención, sino también por la exclusiva voluntad del dueño de

(36) CHAMORRO PIÑERO, en “El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero-febrero de 1.943, página 10.

(37) Op. cit., páginas 58 y siguientes.

los bienes. Como consecuencia, la hipoteca, en cuanto derecho real, existe y se puede constituir por negocio unilateral y, por tal motivo, se permite su acceso al registro. Posteriores pronunciamientos apoyaron esta interpretación, con la excepción de la criticada STS de 4 de octubre de 1.915 que negó eficacia jurídica y rango a esta hipoteca antes de la aceptación.

Además de los antecedentes históricos contemplados, la regulación específica de esta hipoteca en nuestro ordenamiento también debe su inspiración a la redacción del artículo 2.821 párrafo 1º del Código Civil italiano: *"L'ipoteca può essere concessa anche mediante dichiarazione unilaterale. La concessione deve farsi per atto pubblico (2699 e seguenti) o per scrittura privata (2702 e seguenti), sotto pena di nullità."*

Y, con estos precedentes históricos y del derecho comparado, llegamos a la regulación actual. Modernamente, esta hipoteca ha conseguido pleno reconocimiento con la regulación contenida en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 y 248.2 del Reglamento Hipotecario, que, para mayor comodidad, transcribo a continuación:

Artículo 141 de la Ley Hipotecaria: *"en las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma."*

Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó."

Artículo 237 del Reglamento Hipotecario: *"en el requerimiento prescrito por el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley se determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó."*

Para practicar la cancelación será preciso el otorgamiento por el dueño de la finca de la correspondiente escritura cancelatoria."

Artículo 248.2 del Reglamento Hipotecario: *"cuando estas hipotecas –se refiere a la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas regulada en el artículo 157 de la ley– se constituyeren en actos de última voluntad, será título suficiente para inscribirlas el"*

testamento, acompañado de los certificados de defunción del testador y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, y la aceptación del pensionista o beneficiario de la prestación podrá otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra escritura."

Como hemos analizado, los primeros intérpretes de la Ley Hipotecaria entendieron que la mención del artículo 138 a las hipotecas impuestas por disposición del dueño de los bienes estaba pensando exclusivamente en la hipoteca testamentaria, lo que encontraba su apoyo en el propio proyecto de Código Civil de 1.851, que aludía a la hipoteca constituida en contrato o por testamento. Pero la verdadera utilidad práctica de la figura estaba pensada para la constituida inter vivos, surgiendo, como expone Roca Sastre, las hipotecas ofrecidas por quien, solicitando crédito bancario y a fin de favorecer su concesión, constituía unilateralmente la hipoteca en garantía del potencial préstamo. Una vez acordado el préstamo, la hipoteca era aceptada por la Entidad.

En la actualidad el empleo principal de esta hipoteca unilateral lo encontramos: en el ámbito privado, respecto de las hipotecas ofertadas por los bancos que, con la finalidad de ahorrar tiempo de espera a los apoderados de la entidad, optan por facilitar que los prestatarios acudan a notaría para su firma y se ratifican con posterioridad. La aceptación de las mismas suele estar centralizada en una determinada localidad o incluso en una notaría concreta. En el ámbito público, se admite la hipoteca unilateral constituida a favor de determinadas Administraciones Públicas para facilitar el aplazamiento de pago de determinadas obligaciones que pesan sobre los administrados. En efecto, en caso de interposición de un recurso o reclamación contra una liquidación determinada ante la AEAT o la TGSS, sin perjuicio de que el tema esté pendiente de resolución y sobre la base de la posición privilegiada de la administración, el contribuyente vendrá obligado a liquidar la deuda tributaria u opcionalmente, solicitar la oportuna suspensión, previa aportación de las garantías suficientes. Entre las garantías posibles, figura la constitución de una hipoteca, gravamen o carga real, sobre un bien inmueble en garantía del futuro cumplimiento de pago de la deuda.

3. Naturaleza jurídica de la figura

Hecha una primera aproximación conceptual y vista su regulación, exponemos de manera gráfica las principales teorías en torno a su naturaleza jurídica:

a) **Teoría del consentimiento formal:** mantenida por JERÓNIMO GONZÁLEZ (38), quien sostiene que la inscripción es un hito que puede preceder al acuerdo entre las partes. El titular registral presta un consentimiento formal a la inscripción que, en sí mismo, es suficiente para causar la inscripción de hipoteca, con todos sus efectos, aunque el citado asiento registral no se corresponda con la constitución de un derecho real.

La principal crítica que se hace a esta teoría es que la sola voluntad del disponente no basta para la constitución de un derecho real, lo que provoca una indeseable inexactitud registral, puesto que el Registro publica una hipoteca que no existe en la vida extrarregistral. Además, mientras no recaiga aceptación, no se producen los efectos de la hipoteca, puesto que el propio asiento está publicando algo que todavía no existe.

Este posicionamiento de JERÓNIMO GONZÁLEZ está claramente influido por la abstracción propia del ordenamiento alemán y choca con nuestro sistema de carácter causalista. Es decir, no basta un consentimiento meramente formal (el del titular registral del inmueble a quien podría perjudicar el asiento de inscripción de hipoteca), para proceder a la inscripción de la carga, si no se acredita que (consentimiento sustantivo) se ha constituido verdaderamente el derecho real en el ámbito extratabular.

Como expone ROCA SASTRE (39), en la crítica a esta postura, dicha teoría no puede estar basada en el tenor literal del artículo 138 de la ley, porque el texto no autoriza un consentimiento meramente formal (o dirigido exclusivamente a la extensión de un asiento), sino un consentimiento sustantivo destinado a la constitución de un derecho real de hipoteca. No es, por tanto, lo mismo que el consentimiento formal como el dirigido a la extensión de un asiento con plena ausencia de título material.

Desde otro enfoque, se opone a este posicionamiento ALBALADEJO (40), pero no desde el punto de vista de defender la posible existencia de un consentimiento formal en nuestro sistema, sino desde el momento en que se plantea como un consentimiento formal con la finalidad de inscribir una hipoteca que no existe en la realidad jurídica, es decir, que provoca una inexactitud registral, puesto que:

(38) A este autor y a la Resolución de 31 de julio de 1.928 le atribuye esta posición ROCA SASTRE en op. cit., página 510.

(39) Op. cit., página 511.

(40) Op. cit., página 60 y 61.

Si se admite (como veremos que hace ROCA SASTRE (41)) que el negocio unilateral es constitutivo de un derecho real de hipoteca (antes de que recaiga la aceptación) y aceptamos que la hipoteca en ese estadio está constituida pero no aceptada, en este caso, el registro de la propiedad está reflejando fielmente la realidad jurídica extrarregistral.

Si se sostiene (como hace ALBALADEJO (42)) que la sola voluntad del dueño del bien hipotecado no puede constituir "per se" un derecho real de hipoteca, siendo preciso la constancia registral de la aceptación por medio de nota marginal, en este caso no existe tampoco una desavenencia entre el registro y la realidad jurídica, por cuanto aquél está publicando un derecho real en vías de formación y que aún no ha sido aceptado. En palabras literales del mismo autor, publica "la mera gestación de una hipoteca todavía sin alumbrar o el negocio jurídico que es base para que, en su día, nazca la hipoteca unilateral".

b) **Teoría de la condición suspensiva:** es una postura que gozó de gran predicamento antes de la reforma de 1.944 y que entiende que la hipoteca unilateral es un derecho real sujeto a una condición suspensiva, que es precisamente la aceptación del acreedor favorecido. Pero difícilmente se puede considerar como condición suspensiva un requisito que es esencial y no accidental del negocio jurídico. En todo caso, se podría hablar de una "conditio iuris" o requisito legal para la existencia y adquisición del derecho real de hipoteca.

El problema de este posicionamiento es que confunde dos negocios unilaterales con un negocio bilateral. Este último requiere la concurrencia de dos voluntades para nacer jurídicamente, mientras que el negocio unilateral existe con la emisión de una sola declaración de voluntad. El propio artículo 138 de la ley hipotecaria distingue las hipotecas convencionales de las constituidas por acto unilateral. Por tanto, aquí tenemos dos negocios unilaterales (constitución de la hipoteca y aceptación) que no se funden en un solo negocio bilateral.

Duramente fue criticado este planteamiento, hasta el punto de calificarlo como una "enormidad técnica" el jurista JERÓNIMO GONZÁLEZ (43).

(41) Vid. supra en la segunda formulación de la teoría del negocio dispositivo unilateral tratado en la página siguiente.

(42) Vid. supra, teoría clasificada con la letra f) que se expone en este mismo epígrafe.

(43) ALBALADEJO lo cita dentro de la obra de Jerónimo GONZÁLEZ "la hipoteca

c) **Teoría del negocio dispositivo unilateral:** se trata de una teoría que tiene dos formulaciones:

c.1) Los que consideran (es la opinión de CHAMORRO (44)) que estamos ante un acto unilateral que, por sí mismo, basta para que el favorecido adquiera el derecho real de hipoteca. Estos autores sostienen que, aunque la norma general es que nadie adquiere derechos sin o contra su voluntad, la excepción a esta regla la constituyen los derechos de adquisición preferente (como el retracto legal), a los que se podría asimilar la hipoteca, que funcionaría como una especie de derecho preferente de adquisición de una suma de dinero (el montante obtenido en la subasta hipotecaria), que se verificaría en el momento de la ejecución de la hipoteca. Se trata de una formulación ingeniosa, pero el derecho real de hipoteca es una entidad compleja que engloba más facultades que la de realización de valor: facultades de sujeción registral, las acciones de protección del derecho de hipoteca, facultades de intervención, facultad de disposición del crédito hipotecario... Por tanto, no es necesario, como hace CHAMORRO, para explicar la hipoteca unilateral, llegar a "inmolar" (45) el derecho real de hipoteca reduciéndolo a un derecho de adquisición preferente sobre el precio de subasta.

Son claras las diferencias entre la hipoteca y el retracto legal, puesto que aquélla es un derecho real y actual de garantía y éste es un derecho de adquisición preferente. La hipoteca exige para su adquisición un título constitutivo (aunque se trate de hipoteca legal), mientras que el retracto nace de una disposición legal.

c.2) La otra formulación (seguida por ROCA SASTRE (46), entre otros) estima que el negocio unilateral constituye el derecho real de hipoteca, pero, para su adquisición, es necesario el consentimiento y aceptación del acreedor hipotecario. Se diferencia la constitución del derecho de su adquisición por parte del acreedor hipotecario. Esta escisión entre constitución y adquisición parece encontrar su

de seguridad", en R.D.P. 1920, página 172, aclarando que CHAMORRO recogió mal esta expresión, transcribiéndola como "monstruosidad jurídica", frase no recogida en la edición del Ministerio de Justicia de las obras de J. GONZÁLEZ.

(44) CHAMORRO PIÑERO, en "El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero-febrero de 1.943, páginas 70 y siguientes.

(45) Así lo expone, en la crítica a esta postura, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en "La hipoteca unilateral", en Anuario de Derecho Civil (1.950) Vol. 3, número 1; página 63.

(46) ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., en "Derecho hipotecario", 8ª edición, Tomo VI, editorial Bosch, Barcelona 1.997.

apoyo en la redacción del actual artículo 141 de la Ley Hipotecaria, que habla de "hipoteca constituida por acto unilateral", para, a continuación, tratar de la aceptación como acto independiente. Según el autor, el dueño de la cosa tiene facultad de disponer de la misma y puede imponer sobre ella de modo unilateral un gravamen, lo que provocará una modificación jurídica de trascendencia real, cuya aceptación por el acreedor favorecido *"constituirá una "coditio iuris" que, al hacer efectiva la adquisición de la hipoteca, perfeccionará, en el sentido de completarlo, el acto constitutivo de la misma"*.

Esta posición es criticada por ALBALADEJO (47), dado que, al no admitirse en nuestro ordenamiento la hipoteca de propietario, nos encontramos con el problema de que la hipoteca sería efectivamente un derecho sin sujeto, desde el momento de su constitución hasta el momento de su aceptación por el acreedor. En las pocas excepciones en que admite la situación de derecho sin sujeto en nuestro ordenamiento, estamos –como dice el autor citado– ante un derecho subjetivo que ya ha nacido y ha tenido un titular y es conveniente mantener el "status quo", cuando desaparece su titular hasta que se adjudique al futuro titular del mismo (como el fenómeno sucesorio y la situación de herencia yacente). No es el caso de la hipoteca unilateral, pues, como el derecho no existe antes, no es necesario "forzar" las cosas, admitiendo un derecho sin sujeto. Pero lo que verdaderamente disuena al civilista es que, en el inciso final de la frase de Roca Sastre que se ha transcrito, este último trate de suavizar su planteamiento, exigiendo la aceptación para el perfeccionamiento de la hipoteca (48).

d) **Teoría de la reserva de rango:** defendida, entre otros, por GIMÉNEZ ARNAU (49), según la cual, la inscripción en el registro del negocio unilateral constituye una reserva de rango que, por la aceptación del acreedor hipotecario, se transforma en derecho real de

(47) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en "La hipoteca unilateral", en Anuario de Derecho Civil (1.950) Vol. 3, número 1; páginas 68 y siguientes. Puede consultarse esta obra en la web del BOE, acudiendo a este enlace: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1950-10005500088

(48) En op. cit., página 67, dice Albaladejo literalmente: *"¿Cómo es posible que una teoría para la que el pilar básico es el distinguir y separar constitución y adquisición pueda dejar en un segundo término la averiguación de si la hipoteca se ha constituido o no?"*

(49) GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, en "Tratado de legislación hipotecaria", Ediciones Españolas, 1.941, tomo II, páginas 7 y siguientes.

hipoteca. ALBALADEJO (50) la considera afortunada, pero muestra su disconformidad con que el contrato sea imprescindible para la constitución de la hipoteca.

e) **Teoría ecléctica de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS:** El autor expuesto (51) interpreta que hasta que conste en el registro la aceptación no hay derecho real de hipoteca, puesto que al ser inadmisibles un derecho sin sujeto, no existe adquisición de la hipoteca. La inscripción del acto unilateral de constitución se asemeja, de este modo, a una anotación preventiva que cumple la función de garantía frente a terceros de un derecho en vías de constitución, con la especialidad de que se produce a favor del futuro titular del derecho de hipoteca una reserva de rango.

f) **Postura de ALBALADEJO (52):** sostiene que no basta el negocio unilateral para hacer nacer el derecho de hipoteca, sino que es necesaria su inscripción (que tiene carácter constitutivo, en lo que coincide con el autor anterior). Pero, hasta que se registra la aceptación, el registro es inexacto y produce el único efecto de reservar el rango hipotecario para que la retroacción de los efectos de la aceptación no tropiece con la aparición de terceros protegidos. Un planteamiento muy similar al expuesto de Peña en la letra anterior.

Concretamente, dice que el negocio unilateral dispositivo del dueño de los bienes hipotecados es la base fundamental de la hipoteca unilateral, pero no basta para que adquiera existencia en el mundo jurídico, puesto que es indispensable la registración de la aceptación por medio de nota marginal. Este requisito no constituye una condición suspensiva, sino más bien una "conditio iuris". Hasta que se cumple este presupuesto el registro no es inexacto, puesto que publica una hipoteca unilateral no aceptada, que nace definitivamente y se adquiere por el acreedor en el momento de la práctica de la nota marginal, por lo que se distinguen dos momentos:

Desde la inscripción de la hipoteca hasta la nota marginal de aceptación: el único efecto que produce la hipoteca es reservar el rango, de modo que la retroacción de los efectos de la nota marginal de aceptación no se vea truncada por la aparición de un tercero protegido.

(50) Op. cit., página 74

(51) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., en "Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo II, 4ª edición, Centro de Estudios Registrales, Madrid 2.001

(52) Op. cit., páginas 78 y siguientes.

Una vez registrada la aceptación, la hipoteca nace en el tráfico con los plenos efectos que la atribuye la legislación civil e hipotecaria.

El negocio dispositivo que constituye la hipoteca unilateral, según ALBALADEJO (53), es un negocio dispositivo (pues origina un gravamen sobre la propiedad del disponente) y real (porque su efecto jurídico es el nacimiento de un derecho real, si bien dicho nacimiento se supedita a la nota marginal de aceptación). Este negocio jurídico consta de dos elementos: la disposición del dueño de los bienes más la inscripción en el Registro de la Propiedad, por lo que el autor lo asemeja al sistema alemán (54) de acuerdo real e inscripción y considera constitutiva la inscripción de la hipoteca unilateral, como lo es la anotación marginal de la aceptación (sería una "conditio iuris" de la eficacia del negocio unilateral y dispositivo de constitución de la hipoteca unilateral).

Esta teoría de la expectativa de hipoteca resulta contraargumentada en la obra de ROCA SASTRE (55), quien entiende que la Ley Hipotecaria no sigue, en absoluto, el criterio de considerar que hasta la aceptación sólo existe una expectativa de hipoteca, pues sólo habría permitido que dicho acto dispositivo unilateral constase en el Registro por medio de anotación preventiva y no a través del asiento de inscripción.

g) **Tesis seguida por la Jurisprudencia civil y registral:** Según sostiene SERRA RODRÍGUEZ (56), tanto el Supremo como el Centro Directivo no han mostrado el apoyo incondicionado a una u otra teoría, sino que se muestran vacilantes y ambiguos en sus pronunciamientos, aunque es comúnmente admitido que el Alto Tribunal se decanta por la tesis del negocio jurídico dispositivo, mientras que la DGRN vincula la aceptación del acreedor con la constitución del derecho real.

(53) Op. cit., página 79.

(54) Es brillante la argumentación de este insigne catedrático, pero consideramos innecesario llegar a admitir una abstracción en este negocio jurídico que choca con el carácter causalista de nuestro ordenamiento jurídico. En este punto, considero innecesaria la premisa de Albaladejo, puesto que los plenos efectos de la hipoteca se protegen suficientemente hablando de la existencia de una vocación al derecho real o un derecho real en formación, que con la inscripción registral evita la aparición de terceros protegidos de la retroacción de efectos de la nota marginal.

(55) Op. cit., página 523.

(56) SERRA RODRÍGUEZ, A., en "La hipoteca unilateral", 1ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 2.004, que es citado, al analizar la posición jurisprudencial por Jiménez París, en op. Cit., página 2.005.

En este punto, destaca la RDGRN de 27 de marzo de 2.019(57), que (citando otros pronunciamientos anteriores) y con motivo de la cancelación de una hipoteca unilateral por falta de aceptación, trata “obiter dicta” la controvertida naturaleza jurídica de la figura. Aunque ni el Supremo ni el Centro Directivo se inclinan claramente por una postura de las expuestas, lo cierto es que ambos le reconocen efectos desde el momento de la inscripción y antes de la aceptación: *“la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina científica, centrándose la discusión en la determinación del momento en el que nacen los efectos de la hipoteca: desde su formalización, o desde la aceptación del acreedor favorecido por la inscripción.*

El Tribunal Supremo tradicionalmente ha reconocido que la hipoteca unilateral se considera válidamente constituida desde antes de la aceptación. Así se expresa en Sentencias como la de 1 de junio de 1992: ‘la aceptación no es requisito constitutivo de la hipoteca, ya nacida anteriormente’, o la de 3 de julio de 1997, que señala que la hipoteca unilateral ‘se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la conditio iuris de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio, que es la garantía de su derecho de crédito, se ha constituido’.

Consecuentemente, una vez inscrita la hipoteca unilateral, aunque no conste aún su aceptación, empiezan a producirse todos los efectos propios de la inscripción registral. Así, por virtualidad de los principios de legitimación y tracto sucesivo, y aunque el acreedor ostente un derecho potestativo, no será posible modificar o cancelar la hipoteca sin su oportuna intervención.”

h) Naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral desde un enfoque tributario

Con la finalidad de tratar la tributación de esta garantía, debemos citar el trabajo Joaquín ZEJALBO MARTÍN(58), que exponiendo la sujeción y el sujeto pasivo en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, discute, citando a otros autores, el presunto carácter unilateral de la hipoteca a favor de la AEAT (al menos, desde el punto de vista negocial), argumentando –previa cita de otros autores– que:

(57) BOE de 16 de abril de 2.019 (específicamente consultar esta cuestión en los fundamentos de derecho segundo y tercero).

(58) Publicado en la web www.notariosyregistradores.com, bajo el título SUJETO PASIVO DE LA HIPOTECA UNILATERAL A FAVOR DE LA AEAT (Reseña y notas de la Sentencia del TSJ de Madrid de 4 de julio de 2011, Recurso 577/2009).

“para lograr el aplazamiento o fraccionamiento de la deuda tributaria se instruye un expediente, ofreciéndose una garantía, la hipoteca, que es valorada por la Administración, dictándose un acto administrativo expreso que concede lo solicitado, pero con la condición de constituir la garantía cuyas circunstancias ya se han detallado en el expediente. En definitiva, en este acuerdo de concesión, acto administrativo, se acepta la constitución de la garantía.”

Confluye Joaquín ZEJALBO (59) con la opinión que cita de Rivas Andrés. Llama la atención que estos autores impugnan el pretendido carácter unilateral de dicha hipoteca –cuando se otorga a favor de la AEAT–, argumentando:

- i. Que para lograr el aplazamiento o fraccionamiento, se instruye un expediente con arreglo a los artículos 44 y siguientes del Reglamento General de Recaudación, ofreciéndose por parte del ciudadano una garantía hipotecaria, la cual (y tras la previa valoración por parte de la Administración) da lugar a un acto administrativo de concesión del aplazamiento o fraccionamiento solicitado, sujeto a la condición de constituir efectivamente la garantía con las estipulaciones y condiciones detalladas en el expediente.
- ii. Que, en dicho expediente previo ya se ha valorado la suficiencia económica y jurídica del bien ofrecido en garantía, gozando el ciudadano de un plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación de la concesión para formalizar la hipoteca (artículo 48.6 del Reglamento General de Recaudación).
- iii. Según sostienen dichos autores, el acto administrativo expreso de concesión de aplazamiento o fraccionamiento está sujeto a dicha formalización, que opera como condición resolutoria. Es decir, tenemos una aceptación provisional.
- iv. Que, y a tal efecto citan a doctrina autorizada dentro del ámbito del derecho administrativo, la aprobación de la garantía, la posterior aceptación de la Administración (la que se verifica tras la inscripción de la hipoteca unilateral) es un acto de aprobación, que tiene el carácter de acto debido y reglado de comprobación del cumplimiento de los requisitos previstos

(59) RIVAS ANDRÉS, Rafael Pedro, en su trabajo “hipotecas unilaterales en garantía de deuda frente a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria”, publicado en el número 38 de la Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, año 2.011, páginas 63 a 115, quien a su vez cita al notario Antonio Botía Valverde.

en el acto anterior, de modo que el acto administrativo de aprobación-aceptación forman una unidad indisoluble. Esto llevaría a la consecuencia de que la aceptación puede tener lugar como un acto administrativo implícito.

- v. La consecuencia de todo ello es que si el notario incorpora a la escritura de constitución de la hipoteca unilateral el certificado administrativo que contiene la concesión inicial, una vez inscrita la hipoteca (aunque no conste aceptación expresa) se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento General de Recaudación, según el cual: "Esta hipoteca surtirá efecto desde la fecha en que quede inscrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 de la Ley Hipotecaria".

Comparto la opinión de los autores en cuanto a que la tributación de esta hipoteca se produce desde la inscripción, convirtiendo a la Administración en sujeto pasivo del impuesto. Esta cuestión., que suscitó mucha controversia, ya ha sido resuelta por la modificación del artículo 29 de la ley del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados(60).

Sin embargo, esta conclusión no nos puede llevar a entender que exista plenamente un derecho real de hipoteca, si ésta se ha constituido unilateralmente, sin que se registre la aceptación expresa de la Administración por medio de nota marginal y ello porque:

- El artículo 66.3 del citado Reglamento General de Recaudación dispone: "*Si la garantía se hubiese constituido unilateralmente, su aceptación se hará por el órgano competente mediante documento administrativo, cuyo contenido se hará constar en el registro correspondiente. Con carácter previo se podrá solicitar informe al órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la suficiencia de la garantía. La Hacienda pública, en su caso, autorizará la cancelación de la garantía en la misma forma establecida para la aceptación.*" Observamos que el precepto contempla la existencia de un asesoramiento previo para la valoración de la subsistencia de la garantía, pero ello no excluye la necesidad de su posterior aceptación (eso sí, mediante

(60) El citado precepto ya establece que el sujeto pasivo es el acreedor hipotecario, que, en el caso de la AEAT, al tratarse de una Administración Pública, goza de la exención personal recogida en el artículo 45 de la LITPyAJD. Por tanto, ni el deudor ni el acreedor hipotecario deberán abonar cantidad alguna por el citado tributo.

documento administrativo) y su remisión al registro correspondiente para su constatación por medio de nota marginal.

- El artículo 48 del mismo Reglamento distingue claramente entre el acuerdo de concesión del aplazamiento o fraccionamiento, en el que se ha valorado previamente la suficiencia de la garantía (apartados 3 y 4) y la aceptación de la garantía (regulado en el apartado 8 que está situado sistemáticamente a continuación de los apartados que tratan de la formalización de las garantías). Dicho apartado 8 dispone que la aceptación "será competencia del órgano que deba resolver el aplazamiento o fraccionamiento solicitado. Dicha aceptación se efectuará mediante documento administrativo que, en su caso, será remitido a los registros públicos correspondientes para que su contenido se haga constar en éstos".
- Es cierto que la hipoteca unilateral no parte de un acto espontáneo del dueño del bien hipotecado, a la espera de que "a posteriori" se le conceda un aplazamiento (o en caso de entidad financiera, que algún banco le autorice la concesión del préstamo). Existe una actuación previa de carácter bilateral (entre administrado y administración relativa a la concesión del fraccionamiento o entre banco y solicitante del préstamo, relativa a la concesión del préstamo, hoy con todos los requisitos de transparencia necesarios). En el caso de la Administración Pública, existe un expediente administrativo previo, pero esto no convierte a la hipoteca en convencional. La hipoteca unilateral está constituida mediante un negocio dispositivo unilateral del dueño que tiene como base y está causalizada por el citado expediente administrativo, pero la formalización de la hipoteca debe regirse por la legislación hipotecaria, requiriéndose en todo caso escritura pública, inscripción en el registro y aceptación (en este caso, mediante documento administrativo) registrada por nota marginal, sin que pueda tener lugar como un acto administrativo implícito.

Con mayor motivo, a una entidad financiera (que no tiene carácter de Administración Pública), no le basta haber suministrado toda la información previa a la firma de la hipoteca (que puede ser unilateral) y que está regulada en la actual LCCI, para entender que ha aceptado, sino que debe hacerlo de modo expreso. Debe hacerse constar su aceptación para la plena constitución del derecho real, a pesar de que el contenido de la escritura de préstamo hipoteca-

rio pendiente de aceptación coincida en todos sus extremos con la FEIN, FIAE y demás documentación de información precontractual.

i) Nuestra postura:

En el fondo y como puede observarse por lo expuesto, es muy controvertida la naturaleza jurídica de esta figura, debido a que choca frontalmente con principios rectores de nuestro ordenamiento causalista (que nadie adquiere derechos sin su voluntad, el principio de que todo derecho subjetivo debe pertenecer a un titular, la necesidad de que la extensión de un asiento responda a la existencia de un derecho real fuera del registro, el ámbito de los asientos de inscripción ceñido a los derechos reales plenamente constituidos, frente a la anotación preventiva, que puede aplicarse a derechos en formación, entre otros). Lo cierto es que se trata de una construcción excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, surgida del derecho comparado y de las necesidades del tráfico económico. De todas las posturas expuestas, la que más se aproxima a la naturaleza de esta hipoteca es la tesis del negocio dispositivo unilateral: desde el negocio unilateral de constitución existe un derecho real de hipoteca, pero que no surtirá todos sus efectos hasta la aceptación y su constancia por nota marginal. No dista este planteamiento tanto del expuesto por Albaladejo: hay derecho real, según este último, pero en formación, al estar supeditado en su eficacia a la "conditio iuris" de la anotación marginal de aceptación, que es constitutiva. Todos los efectos jurídicos de la hipoteca serán desplegados (con la retroacción a la fecha de la inscripción, gracias al recurso empleado por el artículo 141) en el momento de su aceptación por el acreedor.

A efectos prácticos, las posturas expuestas de Albaladejo, Roca Sastre e incluso Peña no se diferencian sustancialmente, puesto que todas reconocen algunos efectos de la hipoteca pendiente de aceptación (desde luego la reserva de rango hipotecario y, por ende, el juego del principio de prioridad registral). También actúa el principio de legitimación, ya que debe presumirse la existencia y exactitud de lo predicado en el asiento (que es una hipoteca no aceptada). En tal sentido, ROCA SASTRE⁽⁶¹⁾ equipara esta situación a tantas otras en las que el Registro publica un derecho destinado a personas que aún no lo han adquirido (como los llamamientos a reservatarios y los de fideicomisarios del artículo 81 RH). Sin embargo, no es equiparable al supuesto de la hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a con-

(61) Op. cit., página 527.

dición suspensiva, dado que en éstas la condición voluntaria afecta al derecho de crédito y no a la hipoteca. En el caso que nos ocupa, la hipoteca existe (como derecho pleno o como "ius ad rem", pendiente de su aceptación) y, en muchos casos (como cuando se conceden en garantía de aplazamientos a favor de la Administración) la deuda ya existe con carácter previo.

No obstante, es necesaria la aceptación del acreedor hipotecario para ejercitar todos los derechos y facultades ínsitas a la titularidad de la hipoteca (como la facultad de realización, de disposición del crédito hipotecario, acción de devastación, entre otras).

Una vez producida la aceptación, o bien entendemos (siguiendo a ALBALADEJO) que nace a la vida jurídica con plenos efectos el derecho real de hipoteca, o bien (invocando a ROCA SASTRE) la hipoteca ya constituida consolida su llamamiento a su titular activo, limitándose los efectos de la retroacción al fenómeno de la adquisición de la hipoteca y nunca, según el citado autor(62), al rango hipotecario, pues este rango ya se ganó con la inscripción. Y, si nos inclinamos por el planteamiento de PEÑA, desde la aceptación y su anotación marginal el derecho expectante, cuya futura confirmación se garantizó con esta especie de inscripción-anotación preventiva, se consolida con plenos efectos retroactivos.

Llegado a este punto, me va a permitir el lector que me atreva a formular mi opinión personal en torno a esta compleja figura. A mi juicio, la Ley Hipotecaria lo que ha querido es asegurar los efectos de la futura aceptación de esta hipoteca, que se venía exigiendo por las necesidades del tráfico y en la que hay un retardo en la aceptación y su constancia registral. Opta por admitir que la constitución unilateral se registre por medio de una inscripción (y no como anotación preventiva), como en puridad correspondería desde el punto de vista del derecho inmobiliario registral.

Que el asiento escogido por el legislador sea una inscripción, en lugar de una anotación preventiva, no debe llevarnos a alterar su naturaleza jurídica desde el punto de vista civil y sustantivo (y ello a pesar del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca). Entendemos que, en ningún caso, estamos ante un derecho real plenamente constituido antes de la aceptación y su nota marginal, pero esto no quiere decir que nos hallemos ante una mera relación obligacional. Su encuadre natural es el de un derecho real en vías de formación, un auténtico "ius ad rem", al que el ordenamiento (como no podía ser de otra forma) decide proteger frente a la aparición de

(62) Op. cit., página 530.

terceros durante su fase expectante, a través de la inscripción. Que el legislador haya elegido este asiento no debe sumirnos en una confusión, pues emplea esta vía, quizá por influencia del derecho comparado, quizá como un recurso para agilizar la mecánica registral (probablemente para evitar tener que verificar una conversión de la anotación preventiva en inscripción, en lugar de lo cual, basta ex artículo 141 de la ley practicar una sencilla nota marginal, referida a la previa inscripción).

Con esta interpretación (muy cercana a la expuesta de Peña) evitamos caer en exégesis que distorsionan los principios de nuestro sistema, porque:

- No existe en la fase previa un derecho real completo de hipoteca y, en consecuencia, eludimos generar un derecho subjetivo que se encuentra en el limbo y sin titular.
- No consideramos adquirido el derecho real de hipoteca antes de su aceptación, lo que se rebela con el principio de que nadie adquiere derechos sin o contra su voluntad y, de paso, no confundimos un derecho de adquisición preferente (como el retracto legal), con un derecho real de garantía (como la hipoteca, cuyo contenido excede de la mera facultad de obtener el montante de una hipotética subasta por impago),
- Igualmente, soslayamos la técnica trasplantar a nuestro sistema causalista, inspirado en la teoría del título y el modo, el sistema del acuerdo abstracto traslativo alemán, pues toda hipoteca tiene una causa y lo que accede al registro no es un negocio dispositivo abstracto, como resulta de la postura de Albaladejo ya referida. No hay que olvidar que, en la mayor parte de los casos, la base del otorgamiento de la escritura de hipoteca unilateral es un acuerdo previo entre el hipotecante y el acreedor, como hemos expuesto al analizar el enfoque tributario.

Como consecuencia de lo expuesto, hasta la aceptación y su constancia por nota marginal puede haber un acuerdo entre partes, pero no hay un completo derecho real de hipoteca (sólo en formación) si bien, una vez registrada produce todos sus efectos con carácter retroactivo y frente a cualquier tercero posterior a la inscripción (pues la inscripción previa ha evitado la aparición de terceros protegidos desde su fecha). Es importante este matiz temporal, pues si el verdadero propietario extrarregistral del inmueble hipotecado ataca el contenido de la inscripción de dominio entre la fecha de la

inscripción y la aceptación (y anota la correspondiente demanda), el acreedor hipotecario no queda protegido por el artículo 34 de la ley. Tal y como expone PAU PEDRÓN (63), si antes de la aceptación el acreedor no ha aceptado la hipoteca ¿cómo va a invocar una adquisición a non domino? Y si la acepta después de haber conocido la reclamación del verdadero propietario ¿cómo va a invocar la buena fe?

4. Inscripción de la aceptación y efectos de esta hipoteca tras la declaración del concurso en función de su construcción jurídica

Trataremos en primer lugar la posible existencia de obstáculos para la constancia registral de estas hipotecas, cuando se anota la declaración del concurso entre la inscripción y su aceptación, para exponer más adelante qué efectos y prelación debe reconocerse a este derecho real de garantía.

La hipoteca unilateral inscrita en el registro y pendiente de su aceptación presenta dos obstáculos que podrían impedir la registración de la nota marginal de aceptación:

- El primero resulta de la posición (que vimos sostenía Jiménez París) de que las limitaciones patrimoniales del artículo 40 de la ley concursal constituyen una auténtica prohibición judicial de disponer y, como tales, impedirían registrar la aceptación, una vez anotado el concurso, sin la intervención de la administración concursal y el juez del concurso, por tratarse de un negocio comprendido dentro del periodo sospechoso de dos años del artículo 71 LC.

Razona JIMÉNEZ PARÍS que *"el tratamiento de la hipoteca unilateral o de la convencional otorgada en escritura pública que pretende inscribirse cuando ya consta la inscripción del concurso (y, por tanto, la prohibición judicial de disponer y de administrar para el concursado) debería ser semejante al de una compraventa no consumada por la traditio en el momento de la declaración de concurso"*. Ya que el negocio dispositivo de constitución de la hipoteca se compone de dos elementos (otorgamiento de escritura e inscripción constitutiva), no podría entenderse concluido dicho negocio dispositivo en el momento previo a la anotación preventiva o inscripción de la declaración de

(63) PAU PEDRÓN, A., en "La hipoteca unilateral, constitución, aceptación y cancelación", 1.996.

concurso (según sea firme o no) y ello llevaría a la consecuencia de tener vedado el acceso al Registro, salvo conformidad de la administración concursal y autorización judicial.

Dicho obstáculo se salva siguiendo las tesis más ajustadas a derecho de BLANQUER UBEROS, MARTÍNEZ FLÓREZ o PARRA LUCÁN (expuestas anteriormente): en el momento de la emisión de la declaración de la voluntad por el hipotecante, éste no se hallaba afectado por la privación de legitimación, incompetencia o prohibición legal de disponer alguna –según la tesis que se siga– porque el auto de declaración de concurso no se había emitido por el juez.

El segundo impedimento deriva de la postura que sostengamos en torno a la naturaleza de la hipoteca unilateral. Los mayores inconvenientes surgen si la consideramos una hipoteca sujeta a la “conditio iuris” de su aceptación por parte del acreedor hipotecario.

En este caso, la hipoteca unilateral no aceptada constituiría una suerte de oferta de hipoteca dirigida al acreedor. En tal supuesto, debemos plantearnos si la superveniencia de una limitación patrimonial al oferente (la derivada del régimen de suspensión o intervención) extingue la citada oferta o requiere su confirmación por parte del juez del concurso y de la administración concursal.

Partiendo de la cuestión de la sustantividad de la oferta a pesar de la pérdida de capacidad o legitimación del oferente, nuestro Código Civil guarda silencio, lo que nos lleva a diferentes planteamientos doctrinales. Excede de nuestro estudio realizar un análisis exhaustivo de las mismas, por lo que expondré someramente las tres posibles soluciones:

- La solución que podríamos denominar como tradicional rechaza la autonomía de la oferta, propugnando su extinción en caso de fallecimiento o incapacitación sobrevenida del oferente, argumentando:
 - Que la oferta se encuentra totalmente supeditada o vinculada al destino que corra el emisor de la misma
 - Que una mera oferta, al no haber generado un contrato perfecto, no puede ser objeto de sucesión mortis causa
 - Que, de sostener otra postura, la oferta devendría irrevocable tras el fallecimiento o incapacitación del oferente
 - Que el único precepto de nuestro vigente Código Civil que lo trata es el artículo 633, en sede de donaciones de inmuebles en que oferta y aceptación consten en escrituras separadas, donde dispone expresamente que “la aceptación no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

- Una posición intermedia acepta como regla general la extinción de la oferta por incapacidad o fallecimiento sobrevenido del oferente, pero establece dos excepciones: el caso de que el oferente expresamente asegure la irrevocabilidad de la oferta por un periodo de tiempo determinado y la oferta que atribuya al eventual aceptante la posibilidad de prestar su aquiescencia durante un lapso temporal.
- Finalmente, se está imponiendo, en los tiempos actuales, la tesis moderna, que defiende la sustantividad de la oferta, una vez que su autor ha realizado todos los actos necesarios para la conclusión del contrato, de modo que no se verá afectada su subsistencia por las dos contingencias que estamos examinando (fallecimiento e incapacidad). Hay importantes y sólidos argumentos para defender este planteamiento:
 - No hay precepto alguno que expresamente disponga que el caudal relicto debe estar compuesto por derechos y obligaciones perfectos exclusivamente, por lo que las relaciones jurídicas iniciadas por el difunto deben pasar a sus herederos (lo mismo debe entenderse respecto de la incapacidad y la actuación posterior del tutor respecto a los negocios válidamente iniciados por el incapacitado antes de la declaración). En estos casos, la oferta no devendría irrevocable, pues los herederos o representantes legales podrían perfectamente verificar la revocación.
 - El artículo 633.2 (64) de nuestro Código Civil no establece una regla general, sino una excepción, que responde al carácter “intuitu personae” de la donación y se establece como una medida de protección de los sucesores del donante, frente a los abusos que se puedan cometer sobre el caudal hereditario, excluyendo determinados bienes de la masa activa por medio de una aceptación tardía. Obsérvese, además, que tal norma se establece respecto a la donación de inmuebles,

(64) Transcribimos literalmente el artículo 633 Cc para comodidad del lector: *“Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante. Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras”*.

- pero no para los bienes muebles (no lo establece el artículo 632(65) del Código Civil), ni para el resto de los contratos.
- Hay precedentes en derecho comparado que avalan esta teoría. Nos referimos al parágrafo 130 del BGB alemán, que dispone: *"la efectividad de una declaración de voluntad no se ve afectada si la persona fallece o pierde su capacidad para contratar después de haber emitido la declaración."* En igual sentido el artículo 1.330 del Código Civil italiano *"La proposta o l'accettazione, quando è fatta dall'imprenditore (2082) nell'esercizio della sua impresa, non perde efficacia se l'imprenditore muore o diviene incapace (1425) prima della conclusione del contratto, salvo che si tratti di piccoli imprenditori (2082 e seguente) o che diversamente risulti dalla natura dell'affare o da altre circostanze."* El conocido como Código Europeo de Contratos, dispone en su artículo 18 que *"en caso de muerte o incapacidad del oferente o del destinatario, la oferta o la aceptación no pierden su eficacia, salvo si ello está justificado por la naturaleza del asunto o las circunstancias"*. Es fácil atisbar la similitud de criterios entre este precepto y el Código Civil Italiano.
 - Finalmente, la propuesta de modernización del Código Civil sigue esta tesis moderna en su propuesta del artículo 1.256: *"ni la oferta ni la aceptación pierden su eficacia por la muerte o por la incapacidad sobrevenida de una de las partes, ni tampoco por la extinción de las facultades representativas de quien las hizo. Se exceptúan los casos en que resulte lo contrario de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias"*.

Llevando este último planteamiento a la hipoteca unilateral, aunque se la califique como un negocio sometido a una *"conditio iuris"* (que es considerada la postura que atribuye efectos más débiles a esta clase de hipoteca), debemos sostener que la aceptación perfecciona la constitución y adquisición de la hipoteca, pese a que el concurso sobrevenido prive o condicione la legitimación dispositiva

(65) Dispone el indicado precepto: *"La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación."* Su tenor literal permite donación de bien mueble por escrito con aceptación escrita posterior del donatario y el Código Civil no establece la salvedad de que se haga en vida del donante.

del hipotecante, puesto que esta limitación no constituye una incapacidad de obrar y, aunque así se entendiera, el hipotecante prestó su consentimiento, antes de la fecha en que nació la limitación.

Además, en el caso que nos ocupa tenemos reforzada esta conclusión por la posibilidad de que se otorgue esta hipoteca de forma testamentaria y el desenvolvimiento de dicha figura.

Aunque es una opción de escasa utilización práctica, lo cierto es que el legislador concede esta opción al testador, para que la constituya unilateralmente sobre alguno de los bienes en garantía de un legado, o en seguridad del pago de una deuda propia o ajena. Debemos distinguirla de la hipoteca ordinaria que el testador ordena constituir a uno de sus sucesores.

En este caso, el título constitutivo de la hipoteca será (ex artículo 248.2 RH) el testamento, acompañado del certificado de defunción y del registro de actos de última voluntad. Solamente en los casos en los que el testamento no contenga la descripción completa de los bienes hipotecados puede ser preciso acompañarlo de la correspondiente escritura pública.

La aceptación del acreedor hipotecario puede darse en la escritura particional de herencia o en escritura separada. En este caso, observamos que la hipoteca se va a aceptar tras el fallecimiento del testador constituyente y sin que sea preciso el concurso de los herederos, pues el testador ya manifestó su voluntad con todos los requisitos y, al tiempo de la aceptación, no se precisa su existencia, ni la plena capacidad del hipotecante.

Entrando en el examen de la prelación que corresponde a la hipoteca unilateral cuya nota marginal se registra después de la anotación o inscripción del concurso, la posición mayoritaria, al igual que en la hipoteca convencional opta por negarle el privilegio especial de los préstamos hipotecarios:

- I. PAU PEDRÓN (op. cit. "procedimiento concursal y registro...") razona que: *"Cosa distinta es la eficacia de la inscripción de la hipoteca anterior. Porque el hecho de que la hipoteca nazca después de declarado el concurso no deja de tener relevancia, ya que conforme el art. 100, ap. 3 LC, un crédito que no era privilegiado antes de la declaración de concurso no puede convertirse en privilegiado durante el procedimiento concursal (no cabe "la alteración de la clasificación de los créditos establecida por la ley"). De ahí que la citada R. de 2 de noviembre de 2011 aluda, un tanto crípticamente, y sin concretarlas, a "las consecuencias que en el desarrollo del*

procedimiento de ejecución de hipoteca tenga la existencia del procedimiento concursal”.

¿Cuáles deben ser esas consecuencias que la Dirección General de los Registros no precisa? Sin duda, que la falta de inscripción de la hipoteca en la fecha en que se declaró el concurso priva de existencia a la hipoteca a efectos concursales, y, por tanto, el crédito, que era ordinario antes de la declaración de concurso, sigue siéndolo después de la declaración. El crédito ordinario no se convierte en crédito privilegiado por una inscripción posterior a la declaración del concurso.”

- II. Por su parte, JIMÉNEZ PARÍS (66) coincide con tal conclusión: *“el crédito hipotecario así inscrito no sería crédito privilegiado en el concurso previamente declarado; el acreedor no gozaría del beneficio de ejecución separada, ni tampoco del derecho de abstención. La hipoteca quedaría supeditada al resultado del concurso.”*
- III. En igual sentido, BLASCO GASCÓ (67) entiende, que una escritura de constitución unilateral de la hipoteca aceptada, pero no inscrita en el Registro produciría los siguientes efectos: no hay derecho de hipoteca, pero sí la posibilidad de inscribir el título y constituir la hipoteca si lo solicita cualquier persona legitimada según el artículo 6 LH, incluido el beneficiario. No se dispone de la acción ejecutiva hipotecaria, pero sí de la derivada de la escritura pública. Tampoco se dispone de la prelación hipotecaria respecto de su crédito, pero sí de la que pueda derivar de la escritura.

“Finalmente, en el procedimiento concursal (declarado e inscrito antes de la inscripción de la hipoteca), el crédito para cuya garantía se otorgó la escritura pública de hipoteca no puede ser calificado como privilegiado, ni el acreedor gozará de los beneficios de abstención y ejecución separada” (68).

Concluye aseverando que “siempre que no conste registralmente la aceptación de la constitución de la hipoteca unilateral al tiempo de la declaración de concurso, el acreedor hipotecario verá anuladas sus posibilidades de provocar mediante la aceptación de la hipoteca su salida del procedimiento concursal en virtud del ejercicio del derecho de ejecución

(66) Op. cit., Conclusión V, página 2.046.

(67) Op. cit., página 33.

(68) Op. cit., páginas 42 y 43.

separada”(69). Según el autor es requisito imprescindible (coincide con PAU PEDRÓN, como hemos visto) para la concesión del privilegio concursal que dicho privilegio se hubiera obtenido por el acreedor antes de la declaración de concurso. Inscrita esta declaración, se verá perjudicado por ella.

Pero añade un matiz: “si bien, en este caso, la solución se torna más dudosa debido a la retroacción de los efectos de la aceptación (para la cual no hay plazo), a la fecha de la inscripción de la hipoteca”. Si atendemos a este último inciso, la retroacción regulada en el artículo 141 LH, al no establecer excepción alguna el precepto, deberá extenderse a la concesión del privilegio del artículo 90.2 LC.

Frente a esta postura restrictiva, entiendo que se puede defender perfectamente la prelación del crédito hipotecario en el concurso con el rango establecido en el artículo 90.2 LC, una vez registrada la aceptación. Lo defendí respecto de la hipoteca convencional escriturada y no registrada antes de la inscripción del concurso y lo sostengo para la hipoteca unilateral inscrita antes, cuya aceptación es posterior a la inscripción del concurso. Es cierto que esta hipoteca adolece de un requisito (el consentimiento del acreedor) que es algo más que un requisito formal. Pero debemos tener en cuenta:

- La particular naturaleza de esta figura, que hace sostener a autores (como ROCA SASTRE) la existencia del derecho real de hipoteca antes de la aceptación. Nosotros nos inclinamos, al igual que en la hipoteca pendiente de su inscripción registral, por considerar que estamos ante un derecho real en vías de formación, cuya inscripción en el Registro está además avisando de ello a todo tercero, lo que nos lleva a asegurar el efecto retroactivo de la nota marginal de aceptación. Una vez inscrita, debe gozar de la prelación real y el privilegio que corresponde al derecho real de hipoteca.
- El tenor literal del artículo 141 de la Ley Hipotecaria es muy taxativo defendiendo la retroacción de la nota marginal de aceptación, sin hacer salvedad alguna, cuando podría haberlo hecho respecto del concurso. A pesar de las múltiples reformas concursales, no se ha matizado el efecto retroactivo de la nota marginal, ni se ha establecido que la declaración de concurso constituya una excepción.

(69) Op. cit., página 80.

- Porque, aunque es cierto que se necesita un consentimiento expreso del acreedor hipotecario para la práctica de la nota marginal, no es menos cierto que dicho consentimiento puede existir tácitamente (como acto debido, reglado y realizado implícitamente según el derecho administrativo, respecto a la AEAT y la TGSS) o puede llegar a ser un mero formalismo (es impensable que una entidad financiera que ha llevado a cabo todos los trámites para la concesión de la hipoteca unilateral, no acepte dicha hipoteca formalizada según su propia minuta⁽⁷⁰⁾, máxime cuando se encuentra vinculada por su información precontractual).
- La protección de la expectativa jurídica y del derecho real en formación debe reiterarse, con más fuerza, si cabe en sede de hipoteca unilateral.
- Igualmente, el amparo que la ley concursal concede a los créditos contingentes y sometidos a condición suspensiva debe invocarse para el caso que nos ocupa. Si se protege a los créditos contingentes, con mucho mayor motivo a la hipoteca unilateral, pendiente de un requisito formal, pero cuya inscripción sirve de aviso para navegantes frente a todo tercero.

VI. RECAPITULACIÓN

I. En el presente trabajo vamos a exponer la naturaleza jurídica de las limitaciones patrimoniales que regula el artículo 40 de la ley concursal, como presupuesto necesario para valorar la eficacia de los negocios jurídicos concluidos antes de la declaración de concurso, pero presentados al registro después. Una vez planteada esta cuestión con carácter general, pasaremos a examinar cómo afectan estas limitaciones al concreto negocio jurídico de constitución de hipoteca y las especialidades que puedan presentarse al contemplar la controvertida figura de la hipoteca unilateral. El tratamiento de esta problemática nos obliga a abordar los antecedentes históricos

(70) Y más, si cabe, tras la entrada en vigor de la ley de contratos de crédito inmobiliario, que refuerza los deberes de información precontractual, imponiendo un acta previa ante notario, con multitud de documentos informativos, a efectos de reforzar la transparencia. La anterior oferta vinculante obligaba a la entidad financiera. Actualmente, la FEIN, según el artículo 14.a LCCI *"tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá ser de 10 días"*. Firmada la escritura en plazo por el prestatario, si la hipoteca es unilateral, la entidad financiera debe aceptar la hipoteca.

del actual concurso de acreedores y de la figura de la hipoteca unilateral, así como salvar los obstáculos, en cuanto al derecho real de hipoteca, del carácter constitutivo de la inscripción para su existencia como derecho real; y en cuanto a la hipoteca unilateral, los diferentes efectos que puede tener esta figura antes de la nota marginal de aceptación por parte del acreedor, según sea la postura doctrinal por la que nos inclinemos, teniendo en cuenta la amplia literatura jurídica que ha suscitado el artículo 141 de la Ley Hipotecaria.

II. Históricamente, con la regulación de la antigua quiebra por el Código de Comercio, un importante sector doctrinal sostuvo que la naturaleza jurídica de las limitaciones patrimoniales del quebrado constituía una auténtica incapacidad de obrar. A pesar de que algún autor sigue manteniendo este planteamiento con la nueva ley concursal, sin embargo, mayoritariamente se entiende que estas limitaciones constituyen una prohibición de disponer y administrar, aunque existe cierta división acerca de si es una prohibición judicial o legal, lo cual puede repercutir en algunos efectos. Nos inclinamos por la posición de nuestro compañero BLANQUER UBEROS, que conceptúa estas limitaciones como restricciones a la legitimación propia de la titularidad de unos derechos que siguen correspondiendo al concursado, cuya capacidad de obrar no se ha visto alterada por el concurso.

III. Las limitaciones patrimoniales reguladas en el artículo 40 de la ley concursal nacen en el momento del auto de la declaración de concurso y no antes (sin perjuicio de que se puedan dictar por el juez del concurso medidas cautelares al amparo del artículo 17 de dicha ley). Por ello, los negocios jurídicos concluidos antes de la fecha del mencionado auto no adolecen de vicio alguno por el hecho de no concurrir la administración concursal o no contar con autorización del juez del concurso. Al ser negocios válidos y eficaces deben tener acceso al Registro. Dicho acceso se producirá incluso cuando se trate de negocios formalizados dentro del periodo sospechoso de los dos años anteriores al auto declarativo del concurso, sin perjuicio de que puedan ser rescindidos en interés del concurso, cuando concurren los presupuestos de los artículos 71 y siguientes de la ley concursal.

IV. La conclusión anterior es también aplicable a la hipoteca ordinaria, pese al carácter constitutivo de su inscripción en el Registro de la Propiedad porque, antes de dicha inscripción y desde el momento del otorgamiento de la escritura, existe un negocio jurídico bilateral dirigido a la creación del derecho real que vincula a las partes y a los terceros de mala fe que conocían de la existencia de

aquel negocio. La apreciación de la capacidad y legitimación dispositiva debe hacerse al tiempo del otorgamiento de la escritura, sin que la declaración de concurso sobrevenida vicie el consentimiento válidamente prestado. Nos inclinamos por considerar esta hipoteca escriturada y pendiente de inscripción como un derecho real en vías de formación que, una vez constituido plenamente en el registro de la propiedad, despliega todos sus efectos dentro y fuera del concurso.

Por este motivo, la inscripción de la hipoteca escriturada antes pero presentada tras la anotación o inscripción del concurso debe practicarse y este derecho real debe gozar, una vez inscrito, de la prelación que, como crédito con privilegio especial, establece el artículo 90.1.1º de la ley concursal.

V. La hipoteca unilateral surgió en el derecho histórico como hipoteca testamentaria, pero su evolución y el tráfico jurídico la han circunscrito a la constituida inter vivos, bien a favor de las Administraciones Públicas, bien para comodidad de funcionamiento de determinadas entidades financieras, permitiendo la centralización de la firma de sus apoderados en la localidad más próxima a su sede. Aunque la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral es muy controvertida, la opinión mayoritaria de los autores coincide en atribuirle efectos jurídicos en el momento previo a la aceptación (entre ellos la prioridad registral y la legitimación), si bien para la plena eficacia de este derecho real es ineludible la constancia de su aceptación por medio de nota marginal. Nosotros optamos por entender que estamos ante un derecho real en vías de formación (una vocación al derecho real o "ius ad rem"), cuya futura aceptación debiera haberse garantizado con una anotación preventiva (por ser éste el asiento, que en puridad corresponde a estas situaciones no consolidadas), pero que, bien por facilitar la mecánica registral, bien por influencia del derecho comparado, se ha encauzado a través de una inscripción.

Consideramos que la falta de aceptación de la hipoteca en el momento previo al auto de la declaración de concurso no debe ser óbice para la registración de la nota marginal de dicha aceptación, cuando la hipoteca unilateral ha quedado inscrita antes del citado auto, porque la legitimación dispositiva del hipotecante debe apreciarse en el momento en que prestó su consentimiento en la escritura pública y no queda viciado por las limitaciones concursales surgidas con posterioridad. Esta conclusión debe mantenerse aunque consideremos la hipoteca unilateral no aceptada como un negocio jurídico sometido a condición porque, aunque en tal caso estaría-

mos ante una oferta de hipoteca pendiente de su aceptación por el acreedor, debemos defender la sustantividad de la oferta, una vez emitida, a pesar de las limitaciones patrimoniales recaídas por el concurso declarado antes de la aceptación de aquélla.

Una vez registrada, la hipoteca unilateral debe producir todos sus efectos y gozar de la protección de nuestro sistema, incluso con la inclusión de la misma entre los créditos con privilegio especial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, en su obra "Hipoteca unilateral e inscripción de la declaración de concurso de acreedores", publicado en el número 737 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, pág. 1.999 y siguientes.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en "La hipoteca unilateral", en Anuario de Derecho Civil (1.950) Vol. 3, número 1; páginas 68 y siguientes. Puede consultarse esta obra en la web del BOE, acudiendo a este enlace: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1950-10005500088.
- CHAMORRO PIÑERO, en "El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral", en R.G.L.J., enero-febrero de 1.943, páginas 70 y siguientes.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, en "Tratado de legislación hipotecaria", Ediciones Españolas, 1.941, tomo II, páginas 7 y siguientes.
- ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., en "Derecho hipotecario", 8ª edición, Tomo VI, editorial Bosch, Barcelona 1.997.
- ZEJALBO MARTÍN, Joaquín, en su trabajo publicado en la web www.notariosyregistradores.com, bajo el título SUJETO PASIVO DE LA HIPOTECA UNILATERAL A FAVOR DE LA AEAT (Reseña y notas de la Sentencia del TSJ de Madrid de 4 de julio de 2011, Recurso 577/2009).
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P., en su trabajo "Declaración de concurso e inscripción de la hipoteca unilateral por los acreedores", ed. Tirant lo Blanch.
- PAU PEDRÓN, Antonio, en:
- "Procedimiento concursal y Registro de la Propiedad", publicado en la web www.notariosyregistradores.com;
 - "Las limitaciones patrimoniales del concursado", editado por Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España", Madrid, 2.004, páginas 11 y siguientes.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio, en su conferencia "La pretendida inscripción constitutiva de la hipoteca en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", pronunciada en el CNM, el 15 de noviembre de 2.018.

- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, en "Comentario al artículo 40 de la Ley Concursal", dentro de la obra "Comentario a la ley concursal", coordinada por Rojo y Beltrán (Civitas ediciones, Madrid 2.004), página 771 y siguientes.
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, en su trabajo "limitación de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable", en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil número 2/2.010, editorial Aranzadi S.A.U., páginas 1-20.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado: notas de teoría y dogmática", en Anuario de Derecho Civil, Vol. 58, número 1, 2.005, páginas 9 y siguientes.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, en su obra "Derecho Civil de España", tomo II, Madrid, 1.952, página 364.
- BLANQUER UBEROS, Roberto, en "Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones", publicado en Cuadernos de Derecho y Comercio (Consejo General del Notariado), número 43, páginas 61 y 62.
- Propuesta del texto refundido de la ley concursal, que se puede consultar en el enlace: https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428-364645?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Real_Decreto_Legislativo_por_el_que_se_aprueba_el_Texto_Refundido_de_la_Ley_Concursal.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas

DE LA DONACIÓN REVERSIONAL. COMENTANDO LA RDGRN DE 27 DE MARZO DE 2019

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez
Notario

Resumen: La RDGRN de 27 de marzo de 2019 es una resolución confusa en la que no queda claro si considera donación mortis causa y, por ende, nula, aquella donación en la que se prevea la reversión a favor del donante por su sola voluntad, pero sí deja claro que considera donación mortis causa cuando la donación sea de la nuda propiedad y además de pactarse la reversión a favor del donante por su sola voluntad se añada al donatario una prohibición de disponer. Nosotros discrepamos de lo sostenido por esta resolución, estimando que se pretende prohibir con el dogma jurídico de las donaciones mortis causa donaciones que los otorgantes han querido adaptar a sus concretas necesidades e intereses. Se interpreta lo que las partes pretenden, prescindiendo de lo que ellas han manifestado y de los efectos sustantivos y fiscales que las mismas producen, sustituyendo esos efectos sustantivos por otros en los que ni el donante, ni el donatario han imaginado. Se olvida que en gran número de ocasiones las donaciones son un anticipo de la sucesión mortis causa del donante, que lo donado y lo dejado a su fallecimiento forma muchas veces un todo, que la donación es una pieza del fenómeno sucesorio. Si ello es así, máxime en la realidad social española, debe fomentarse las figuras jurídicas que faciliten el tránsito sucesorio de los bienes de las personas y no obstaculizarse con dogmas nacidos en los despachos y no en la realidad cotidiana. La donación con la posibilidad del donante de revertirla a su voluntad es algo tan simple como que un padre done a un hijo un bien y ambos acuerden que si lo necesita pueda recuperarlo en cualquier momento, pero dándose desde un principio los elementos de la donación: el animus donandi, el empobrecimiento del donante y el enriquecimiento del donatario. Por todo ello concluimos que, a nuestro juicio:

- Es perfectamente válida la donación del pleno dominio en la que se haya pactado la reversión en favor del donante por su sola

voluntad, pues obviamente en la misma hay un desplazamiento patrimonial desde que la donación se perfecciona, de los frutos y de la propiedad de la cosa, empobreciéndose el donante y enriqueciéndose el donatario.

- Es igualmente válida la donación de la nuda propiedad en la que se haya pactado la reversión en favor del donante por su sola voluntad, pues en la misma hay un desplazamiento patrimonial desde que la donación se perfecciona de la nuda propiedad de la cosa, con los efectos antes examinados, produciéndose un empobrecimiento en el donante y un enriquecimiento del donatario.
- Que la inclusión del pacto por el que se prohíbe la disposición reduce facultades en el donatario, pero no impide el desplazamiento patrimonial, por lo que se produce igualmente desde que la donación se perfecciona un empobrecimiento en el donante y un enriquecimiento del donatario.

Palabras clave: Donación, donación con cláusula de reversión, donación con prohibición de disponer, donación mortis causa.

Abstract: Indeed, the legal dogma of gifts *mortis causa* is intended to prohibit gifts that grantors have wanted to adapt to their specific needs and interests. What the parties intend is interpreted, irrespective of what they have stated and the substantive and fiscal effects they produce, replacing those substantive effects with others that neither the donor nor the recipient has envisaged. It is often forgotten that on many occasions gifts are an advance on the donor's succession *mortis causa*, that what has been donated and bequeathed upon his or her death often forms a whole, that the gift is part of the succession phenomenon. If this is the case, especially in the context of Spanish social reality, the legal figures that facilitate the succession of people's assets should be promoted and not hindered by dogmas born in offices and not in day-to-day reality. Making a gift with the possibility of the donor reversing it at his or her will is something as simple as a parent donating property to a child and both agreeing that, if the parent needs it, he or she can recover it at any time, but with the elements of the gift initially being in place: the *animus donandi*, the impoverishment of the donor and the enrichment of the recipient. We therefore conclude that, in our opinion:

The donation of full ownership whereby the reversion has been agreed in favour of the donor at his or her sole will is perfectly valid because this obviously involves a change of ownership of property from the moment ownership of such property is formally granted, rendering the donor poorer and the recipient richer.

Equally valid is the donation of bare ownership whereby the reversion has been agreed in favour of the donor at his or her sole will, since

this entails a change of ownership of property from the moment bare ownership of such property is formally granted, with the consequences previously set out: the donor becoming poorer and the recipient richer.

The inclusion of the agreement prohibiting disposal reduces the powers of the recipient, but does not prevent the change of ownership of assets, meaning that from the moment the donation is formally completed the donor becomes poorer and the recipient richer.

This will ultimately be a matter to be resolved in the courts and not at the registry.

Key words: Gift, gift with a reversion clause, gift with prohibition of disposal, and gift *mortis causa*.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
- II. DONACIÓN EN LA QUE SE PACTA LA REVERSIÓN A FAVOR DEL DONANTE POR SU SOLA VOLUNTAD
 1. Artículo 641 Cc
 2. De las donaciones mortis causa
 - 2.1. Posición del Tribunal Supremo
 - 2.2. Posición de la DGRN
 - 2.3. Posición de la doctrina
 3. ¿La donación en la que se establece la reversión en favor del donante por su sola voluntad es una donación válida?
 - 3.1. Posición de la jurisprudencia
 - 3.2. Posición de la DGRN
 - 3.2.1. RDGRN de 28 de julio de 1998
 - 3.2.2. RDGRN de 27 de marzo de 2019
- III. DONACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD EN UNA DONACIÓN REVERSIONAL A FAVOR DEL DONANTE PARA CUALQUIER CASO Y CIRCUNSTANCIA Y CON PROHIBICIÓN DE DISPONER
 1. Situación jurídica del usufructuario y del nudo propietario
 2. Supuestos especiales
 - 2.1. Contratos realizados por el usufructuario
 - 2.2. Tesoros
 - 2.3. Montes
 - 2.4. Perecimiento del edificio usufructuado
 - 2.5. Expropiación forzosa
 - 2.6. Cargas y contribuciones
 - 2.7. Usufructo sobre acciones de sociedad anónima o de participaciones sociales en sociedad de responsabilidad limitada

- 2.8. Facultades procesales del nudo propietario
- 2.9. Recapitulación

IV. LA PROHIBICIÓN DE DISPONER IMPUESTA AL DONATARIO

- 1. Tesis de esta RDGRN
- 2. Sentencias del Tribunal Supremo en las que se fundamenta la resolución
- 3. Efectos de la prohibición de disponer
 - 3.1. Limitaciones impuestas al donatario
 - 3.2. Facultades que se reservan los donantes por la prohibición de disponer
 - 3.3. Esencia de la prohibición de disponer

V. DE LA TITULARIDAD FORMAL DEL DONATARIO

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA

Efectivamente se pretende prohibir con el dogma jurídico de las donaciones mortis causa donaciones que los otorgantes han querido adaptar a sus concretas necesidades e intereses. Se interpreta lo que las partes pretenden, prescindiendo de lo que ellas han manifestado y de los efectos sustantivos y fiscales que las mismas producen, sustituyendo esos efectos sustantivos por otros en los que ni el donante, ni el donatario han imaginado. Se olvida que en gran número de ocasiones las donaciones son un anticipo de la sucesión mortis causa del donante, que lo donado y lo dejado a su fallecimiento forma muchas veces un todo, que la donación es una pieza del fenómeno sucesorio. Si ello es así, máxime en la realidad social española, debe fomentarse las figuras jurídicas que faciliten el tránsito sucesorio de los bienes de las personas y no obstaculizarse con dogmas nacidos en los despachos y no en la realidad cotidiana. La donación con la posibilidad del donante de revertirla a su voluntad es algo tan simple como que un padre done a un hijo un bien y ambos acuerden que si lo necesita pueda recuperarlo en cualquier momento, pero dándose desde un principio los elementos de la donación: el animus donandi, el empobrecimiento del donante y el enriquecimiento del donatario. Por todo ello concluimos que, a nuestro juicio:

Es perfectamente válida la donación del pleno dominio en la que se haya pactado la reversión en favor del donante por su sola vo-

luntad, pues obviamente en la misma hay un desplazamiento patrimonial desde que la donación se perfecciona, de los frutos y de la propiedad de la cosa, empobreciéndose el donante y enriqueciéndose el donatario.

Es igualmente válida la donación de la nuda propiedad en la que se haya pactado la reversión en favor del donante por su sola voluntad, pues en la misma hay un desplazamiento patrimonial desde que la donación se perfecciona de la nuda propiedad de la cosa, con los efectos antes examinados, produciéndose un empobrecimiento en el donante y un enriquecimiento del donatario.

Que la inclusión del pacto por el que se prohíbe la disposición reduce facultades en el donatario, pero no impide el desplazamiento patrimonial, por lo que se produce igualmente desde que la donación se perfecciona un empobrecimiento en el donante y un enriquecimiento del donatario.

Que en último extremo será un tema a resolver en sede judicial y no registral.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La DGRN en resolución de 27 de marzo de 2019 contempla la inscripción de una escritura de donación con las siguientes cláusulas: "Primero.– (...) Donan pura y simplemente a doña P. R. F., que adquiere, la nuda propiedad de la finca descrita en la exposición de esta escritura, reservándose los donantes el usufructo vitalicio sucesivo y simultáneo de dicha finca, el cual se consolidará con el pleno dominio al fallecimiento de los usufructuarios (...) Tercero.–Los donantes prohíben a la donataria disponer de la finca donada, por actos inter vivos durante la vida de los donantes. Cuarto. –Reversión. –Los otorgantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 641 del Código Civil, pactan la reversión a favor de los donantes para cualquier caso y circunstancia, que no deberán justificar".

El Registrador deniega la inscripción por considerar que la donación "carece de contenido patrimonial de presente para el donatario, que ni puede disfrutar de la finca ni vender o gravar la nuda propiedad y además puede ser privado de la misma en cualquier momento, por lo que no puede considerarse que estemos ante una verdadera donación inter vivos y como tal inscribible, porque no existe desplazamiento patrimonial alguno actual a favor del donatario".

Añade en la calificación como "todo lo que se pacta es legal, individualmente considerado, pero su combinación impide que se pueda calificar el negocio de donación inter vivos ya que el donatario no

adquiere derecho alguno hasta el fallecimiento de ambos donantes, lo que pone de manifiesto la intención de los mismos de conservar la libre disponibilidad del bien sin desprendimiento patrimonial alguno de presente. En definitiva, el donatario ni puede usar la finca donada en vida de los donantes, ni puede transmitir el derecho donado entre vivos ni tampoco puede hacerlo libremente mortis causa, si fallece antes que los donantes, porque éstos podrían ejercitar su derecho de reversión; por lo que realmente al no adquirir derecho alguno en vida de los donantes, nos encontramos ante una donación mortis causa. Estas circunstancias combinadas hacen que no sea posible la inscripción del acto jurídico escriturado ya que las estipulaciones son incompatibles unas con otras. Dicho en otras palabras, o se realiza una auténtica donación con real contenido patrimonial de presente, en cuyo caso la donación es inscribible; o lo que se está documentando es una disposición testamentaria, siendo la intención de la donante conservar el control sobre el bien en vida, en cuyo caso no es inscribible la donación por tener, en realidad, naturaleza mortis causa, en cuyo caso lo procedente sería otorgar un legado testamentario”.

Sigue diciendo el Registrador en la calificación como: “Es cierto que el Código Civil permite diversos pactos en la donaciones limitativos del contenido patrimonial transmitido al donatario como, por ejemplo, la reserva por parte del donante de la facultad de disponer de algunos de los bienes donados –art. 639 del Cc–, la transmisión sólo de la nuda propiedad –art. 640 del Cc–, el pacto de reversión a favor del donante en cualquier caso o de terceros con los límites de las sustituciones fideicomisarias –art. 641 del Cc–, o la imposición de una prohibición de disponer al donatario –art. 27 de la LH–; pero lo que no es posible es la acumulación de algunas o todas esas limitaciones de tal manera que el contenido patrimonial transmitido de presente sea inexistente.

Así, se consideran donaciones mortis causa en general, aquellas que no producen efectos en vida del donante, quien no pierde la libre disponibilidad de la cosa donada sino que el hecho de la muerte del donante opera a modo de “conditio iuris” de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento, de tal manera que el objeto donado no queda realmente vinculado al patrimonio del donatario...”

Concluye la calificación con el siguiente párrafo: “En el presente supuesto, como se expone en los hechos, nos encontramos ante una donación “mortis causa”, de tal manera que la escritura que la contiene lo más que podrá ser considerada es un testamento y la

donación, si es de un bien concreto, de legado (RDGRN 6-3-1997); por lo que no podrá inscribirse en vida del donante, rigiéndose luego por las reglas de la sucesión”.

Por tanto, el Registrador en su calificación no sostiene la invalidez de la cláusula reversional, a pesar de ser el supuesto más controvertido (a favor de los donantes para cualquier caso y circunstancia, que no deberán justificar), lo que le lleva a denegar la inscripción es que la acumulación de algunas o todas esas limitaciones hace inexistente el contenido patrimonial transmitido, por lo que estaríamos ante un donación mortis causa, al no producir efectos en vida del donante, que no pierde la disponibilidad de la cosa donada. En el párrafo final hace una afirmación que no debemos pasar por alto y es que “la escritura que la contiene lo más que podrá ser considerada es un testamento”.

La DGRN desestima el recurso planteado contra la calificación y confirma la nota del Registrador, siendo su conclusión final que: “A la vista de lo expuesto, no cabe sostener que en el caso del presente recurso se haya producido una indiscutible e incuestionable transmisión de la propiedad de lo donado. Como afirma certeramente el registrador en su calificación, esa propiedad teóricamente donada tiene un mero alcance formal y queda por completo desnaturalizada por la reversión a favor de los donantes tal y como ha sido configurada y posibilitada en el título (con las cláusulas que la acompañan y dan la verdadera dimensión del negocio jurídico celebrado). Y es que dicha donación lo que ampara es una revocación ‘ad nutum’ de la donación con una añadida y tajante prohibición de disponer, lo que viene a producir ese efecto que antes se apuntó y que se resume en esta idea: pese a la donación, los donantes siguen teniéndose por propietarios de lo donado (reducido a una mera titularidad formal) mientras vivan”.

Nosotros vemos más clara la postura sostenida por el Registrador en su calificación, aunque no la compartamos, que la sostenida por la Dirección General. De un lado, introduce el concepto de la titularidad formal, atribuyendo al Registrador una frase que no dice: “Como afirma certeramente el registrador en su calificación, esa propiedad teóricamente donada tiene un mero alcance formal”. Pero, por otra, no deja claro si el rechazo de la donación así configurada es por considerar que una donación en la que se pacte la reversión a favor de los donantes para cualquier caso y circunstancia, que no deberán justificar, es siempre rechazable o, solamente, es rechazable cuando se le añada una prohibición de disponer. No entra la DGRN en otro de los temas que planteaba el Registrador y es el

relativo al hecho que lo donado es solo la nuda propiedad, mientras vivan los donantes.

La Resolución que estudiamos nos lleva a desarrollar las siguientes cuestiones:

- Donación en la que se pacta la reversión a favor del donante por su sola voluntad.
- Donación de la nuda propiedad en una donación reversional a favor del donante por su sola voluntad.
- Alcance de la prohibición de disponer por el donatario en esta clase de donaciones
- Supuesta titularidad formal del donatario en los casos anteriores.

II. DONACIÓN EN LA QUE SE PACTA LA REVERSIÓN A FAVOR DEL DONANTE POR SU SOLA VOLUNTAD

1. Artículo 641 Cc

Este artículo dispone: “Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias. La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula; pero no producirá la nulidad de la donación”.

Contempla el artículo 641, como sabemos, dos tipos de donaciones reversionales: las que se hagan en favor de solo el donante y las que se hagan a favor de terceras personas. Cada una de ellas puede tener diversas modalidades. En realidad, la reversión solo se produce cuando la cosa donada vuelve al donante, pues si se hace en favor de terceras personas, no existe tal reversión, sino llamamiento a un posterior donatario. Cuando se hace en favor de solo el donante pueden concretarse casos o circunstancias, que son supuestos en que por voluntad de las partes se amplían las causas de revocación legal de las donaciones, pero en la donación que motiva la resolución que comentamos no se concretan casos o circunstancias, sino que se pacta que la revocación pueda producirse por la sola voluntad de los donantes. Ello hace dudar a la doctrina y a la jurisprudencia si una donación en la que el donante puede revocarla o dejarla sin efectos en cualquier momento, solo produce efectos fallecido el donante, por lo que se trataría de una donación mortis causa a la

que se aplicará el artículo 620 del Cc: "Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria". De aquí que debamos preguntarnos cuando estamos en presencia de una donación mortis causa.

2. De las donaciones mortis causa

No pretendemos estudiar la admisión o prohibición en el Código civil de las donaciones mortis causa. Nos remitimos para ello a las obras de VALLET (1), de GONZÁLEZ-MENESES (2), de ESPEJO LERDO DE TEJADA (3). Tan sólo repasar los presupuestos de esta clase de donaciones y examinar si los mismos se dan en una donación en la que se establezca la reversión en favor del donante por su sola voluntad.

2.1. Posición del Tribunal Supremo

Para el Tribunal Supremo "La donación mortis causa es aquella en que el donante no transmite al donatario la cosa donada en el momento de la donación, sino que éste la adquirirá a la muerte del donante. Prevé, pues, el donante el destino de bienes para después de su muerte, como en el testamento. No pierde el donante la disponibilidad de la cosa donada: puede venderla, donarla inter vivos a otro o revocar simplemente aquella donación" (4). Insiste esta sentencia en la misma idea que: "Es opinión casi unánime de la doctrina científica y reiterada y prácticamente uniforme jurisprudencia de esta Sala la de que la llamada donación 'mortis causa', a que se refiere el artículo 620 del Código Civil (la cual, desde luego,

(1) VALLET DE GOYTISOLO, J.B., Estudios sobre donaciones, pp 9 y ss. Ed. Montecorvo, Madrid 1978.

(2) GONZÁLEZ-MENESES y GARCÍA VALDECASAS, M., La donación, pp 623 y ss., T. III, Obligaciones y contratos, Vol 2º. Instituciones de Derecho Privado. Obra Colectiva, Consejo General del Notariado. Editada por Civitas. Madrid. 2005. Ver también ALBALADEJO, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, VIII, 2º, Madrid, 1986, pág. 53; JORDANO, "El testamento", RDN, 1962, págs. 68-69, nota; ALBIEZ, Negocios atributivos "post mortem", Barcelona, 1998, pág. 61.

(3) ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., Donaciones Mortis Causa. Posibilidades actuales en el código civil y propuestas de reforma. En Derecho de sucesiones: presente y futuro: Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, págs. 241-288.

(4) STS 17 junio 2011.

no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante)". Debemos tener en cuenta el supuesto contemplado en esta sentencia de 17 de junio de 2011 que, a pesar de sus cláusulas considera el Tribunal Supremo que no puede calificarse de donación mortis causa. Efectivamente se donan unas acciones pactándose que: "1.- Ninguno de los donatarios podrá disponer por actos entre vivos de sus respectivas acciones, ni gravarlas, sin consentimiento del padre y en su defecto de la madre, durante la vida de éstos o del sobreviviente de ambos. 2.- Los donantes se reservan, sucesivamente a favor del padre y, en su defecto, de la madre, la facultad de administrar y disponer las acciones donadas, así como de sus dividendos, intereses y rentas, pudiendo, por tanto, ejercitar en nombre de los donatarios cualquier facultad o derecho inherente a la administración o disposición reservada y, en especial, el derecho de suscripción preferente. 3.- Se establece expresamente el derecho de reversión a favor de los donantes...."...

En cuanto al primer extremo, las donaciones referidas no son mortis causa, se hizo la transmisión inmediata de la propiedad de las acciones donadas, de las que los donantes mantuvieron la disponibilidad, pero también la donataria tenía poder de disposición sobre las mismas, si bien, como en el caso de la compraventa que nos ocupa, con el consentimiento del padre, que sí se dio y cuyo precio le tiene que ser pagado... No es éste el caso de autos (donación mortis causa), en que la transmisión fue inmediata y la donataria tenía poder de disposición sobre los bienes donados... La donación que D. hizo a su hija adoptiva D^a, no sólo no revistió forma testamentaria alguna, pues se hizo con los caracteres de contrato con la concurrencia y aceptación de la donataria, sino que en la escritura pública de fecha 28 de mayo de 1985, en que la misma fue instrumentada, se evidencia claramente que, a través de ella, se transmitía a la donataria, en aquel mismo acto, el pleno dominio de los bienes inmuebles".

En la misma línea en otra Sentencia considera: "Que la donación es 'mortis causa' o, en su caso, 'intervivos' en razón a que produzca sus efectos por muerte del donante o desde el mismo momento de su constitución, y que las de la primera clase el donante dispone de lo donado pero sin quedar vinculado en el acto o sea de inmediato, y el donatario solo podrá hacer suyos los bienes donados a la muerte del donante" (5). En sentencia de 9 de junio de 1995 dice que: "Lo que caracteriza definitivamente a las donaciones con finalidad 'mortis causa' es la permanencia en el dominio y libre disposición del

(5) STS 28 de julio de 2003.

donante la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece". En esta misma sentencia, ante una donación en la que el donante se había reservado la facultad de disponer y existía una prohibición de disponer para el donatario considera de que se trata de una donación "mortis causa", en cuanto solo ha de tener efectos después de morir el donante, conclusión a la que se llega si el donatario no puede disponer en forma alguna de la finca donada.

Recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de septiembre de 2018 aborda la diferencia entre las donaciones intervivos y mortis causa, ante el supuesto de un depósito bancario conjunto de dos personas en los términos siguientes. Refiriéndose a la sentencia recurrida dice: "De ahí que se detenga en el estudio, de sumo interés doctrinal y objeto de varias sentencias de la sala, entre donaciones mortis causa y donaciones inter vivos. Alcanza la conclusión de que la donante hizo entrega de lo donado, sin que tuviese intención de no perder la cosa donada; por lo que fue una donación inter vivos, pero que producía en beneficio del favorecido una situación de pendencia hasta la muerte de la donante para disponer de lo donado, citando a tal fin la resolución DGRN de 21 de enero de 1991 y las sentencias de esta sala de 7 de noviembre de 1979 y 9 de junio de 1995, pues, según esta última, '... la donación inter vivos no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opera en el donante como motivo puramente subjetivo, pero sin incorporarse a la donación como causa específica y determinante'. Esta doctrina es la mantenida, con fundamento en la jurisprudencia de esta sala, por las resoluciones de la DGRN de 5 de abril de 2016 y 20 de febrero de 2017... se ha de tener en cuenta que la entrega de lo donado no se hizo depender de la muerte de la donante, si se tiene en cuenta que doña P en el impuesto sobre patrimonio declaraba ser titular sólo de la mitad del importe así como que en las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas, tanto doña P como don M declaraba la mitad de los intereses que devengaba el citado y controvertido depósito (documento n.º 7 de la contestación a la demanda). Se colige, pues, la existencia de una copropiedad sobre los fondos, fruto de la donación, y, por ende, la entrega de estas al donatario en cada ingreso, sin situación de pendencia o condicionamiento a la muerte de la donante".

La Sentencia de 30 de diciembre de 2013 nos da un ejemplo de una donación mortis causa. D. X, Director General de una importante sociedad, adquirió acciones de la citada compañía, y, al no tener hijos, las puso a nombre de sus hermanos y sobrinos, pero con reserva de su propiedad, del ejercicio de toda clase de derechos inherentes a las mismas y del cobro de los dividendos, entre las cuales se encuentran las reclamadas al demandado en este juicio, reconociéndose expresamente que las acciones de la sociedad que están a nombre de un hermano, son de la propiedad de don X, y que sólo al morir éste pasarán a nombre de aquél, de donde resulta una obligación condicional suspensiva, en la que la adquisición de los derechos depende del acontecimiento que constituye la condición (el fallecimiento de don X), y, al no haberse producido dicho suceso, no ha existido ninguna adquisición de derechos por el demandado (artículo 1114 del Código Civil), quién tiene la obligación de realizar todos los actos precisos para que tales acciones se pongan a nombre del actor, su propietario.

2.2. *Posición de la DGRN*

La DGRN en Resolución de 21 de enero de 1991, reiterada por la de 5 de abril de 2016 y 20 de febrero de 2017, considera que: "... para que haya donación mortis causa es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (Sentencia 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona. En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante, la muerte de éste tendría, para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de conditio iuris de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento (engendra en beneficio del favorecido una simple esperanza y propiamente el objeto donado no quedaría vinculado). En cambio, hay verdadera y propia donación entre vivos y se produce, en beneficio del favorecido, una situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, si la muerte, en la intención del donante, sólo significa condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago. Como ya decía Antonio Gómez para nuestro Derecho histórico, hay donación entre vivos cuando el donante expresa 'te doy tal cosa o tal dinero que han de ser pagados después de la muerte', 'te doy tal finca reteniendo el usufructo durante mi vida...'. La R de 5 de abril de 2016 añade: "En definitiva, en el ámbito de aplicación del Código Civil,

conforme al artículo 620 del mismo, la donación mortis causa se rige por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, es revocable, no transmite el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas, no siendo inscribible en el Registro de la Propiedad, sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria; por el contrario, la 'donación inter vivos, post mortem', es inscribible en el Registro".

La RDGRN de 20 de febrero de 2017 contempla la donación que reproducimos a continuación. "Primero.- Donación intervivos con eficacia post mortem. Doña V. E. A. C., por razón de matrimonio y para el caso de su fallecimiento, dona a su esposo, don J. R. D., con carácter irrevocable, un derecho de habitación sobre la totalidad de la vivienda familiar descrita en el exponen I, quien lo acepta en este acto. El derecho se regirá por lo dispuesto en la presente escritura y, en su defecto, por lo dispuesto en los artículos 523 y siguientes del Código civil... Segundo.- Eficacia del derecho de habitación. El derecho de habitación solo surtirá efecto si al fallecimiento de la propietaria el habitacionista que no estuviera separado judicialmente, ni de hecho, ni divorciado, de la propietaria, viviera y tuviera establecido su domicilio en la finca descrita, para cuya acreditación bastará su sola declaración en escritura pública. En ese caso, el derecho de habitación se extenderá a la totalidad de la vivienda y tendrá carácter vitalicio para el habitacionista. Tercero.- Extinción del derecho de habitación. Sin perjuicio de la aplicación del régimen legal de las causas de revocación de las donaciones, el derecho de habitación se extinguirá en los siguientes casos: 1.º Por muerte o renuncia del habitacionista expresada en escritura pública. 2.º Por contraer el habitacionista nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona. 3.º Por dejar de tener el habitacionista su vivienda habitual de modo definitivo y permanente en la finca, como pudiera ser el caso de tenerla en una residencia de tercera edad. La prueba del segundo supuesto del caso 2.º y del caso 3.º, para la cancelación del derecho de habitación inscrito, se obtendrá por medio de acta notarial de notoriedad de los respectivos hechos". La Resolución considera inscribible esta donación con los siguientes argumentos: "En el presente caso, para decidir si el negocio dispositivo de que se trata puede tener acceso al Registro de la Propiedad, debe tenerse en cuenta que los contratantes atribuyen al negocio el carácter donación inter vivos con eficacia post mortem -inscribible en el Registro, según ha quedado expuesto-. Por ello, no se crea una mera expectativa jurídica a favor del beneficiado sino que hay transmisión de un derecho siquiera quede ésta condicionada suspensivamente, habida cuenta

de las características derivadas de la especial relación personal que existe entre los cónyuges (en un caso en que el donatario, mientras viva su esposa donante puede habitar con ella la vivienda y se trata de asegurar a aquel la ocupación de la misma en caso de viudedad). Y, precisamente porque lo califican como "donación intervivos con eficacia post mortem", irrevocable, es clara su voluntad de que las facultades dispositivas "inter vivos" de la donante queden limitadas respecto del derecho donado. Debe concluirse, por tanto, que, al existir hay verdadera y propia donación entre vivos, puede acceder al Registro de la Propiedad la situación de pendencia creada en beneficio del favorecido".

2.3. Posición de la doctrina

Como dice GONZÁLEZ-MENESES (6) la característica fundamental de las donaciones mortis causa es su realización en atención o consideración a la muerte del donante, siendo esta muerte la causa de la donación, por lo que la eficacia de la donación va a quedar supeditada, de una u otra forma, a esa muerte; incluso, añadimos nosotros, si esa muerte es presupuesto de la adquisición por parte del donatario, también será necesaria la sobrevivencia del donatario al donante, como ocurre en las disposiciones mortis causa a las que se remite el artículo 620, pues para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate (art. 758 Cc). Sin embargo, no olvidemos que cuando las personas están haciendo distribución de sus bienes, por vía de donación, en muchas ocasiones lo están haciendo en previsión de su muerte; es decir que está ya ordenando su sucesión para cuando fallezca, por lo que la muerte si no como causa, si como motivo está presente en gran parte de donaciones, de cuyo carácter intervivos nadie dudaría. Presencia que es aún mayor cuando se establecen normas relativas a la colación y a la imputación de la donación otorgada.

En la donación mortis causa no es la idea de regalo la que mueve al donante, como ocurre en la donación intervivos, tan sólo la determinación de quien recibirá el bien donado cuando el donante haya fallecido. No existe, por tanto, un desplazamiento patrimonial del donante al donatario mientras viva el donante; no se produce lo que es esencial en la donación, un empobrecimiento del donante y

(6) Op. cit., p. 624.

un correlativo enriquecimiento del donatario. Con cierto humor(7)-se nos dice que en la donación intervivos se produce un sacrificio patrimonial para el donante y en la mortis causa para los herederos del donante. VALLET(8) lo explica diciendo que en la donación mortis causa el donante prefiere al donatario a sus herederos, pero se prefiere, sin embargo a sí mismo más que a sus herederos.

DORAL(9) considera que para deslindar los actos intervivos y mortis causa podría atenderse a las siguientes notas: 1º) La intención del disponente. 2º) El significado de la muerte en la estructura del negocio. 3º) Su específica función o causa. 4º) Si la muerte es o no integrante de la función objetiva del acto mismo. Todos estos indicios no son otra cosa que criterios interpretativos de la efectiva voluntad del disponente.

La jurisprudencia y una parte importante de la doctrina consideran que es característica de las donaciones mortis causa la posibilidad de revocación por parte del donante. Dicho de otra forma, la donación intervivos no puede tener carácter revocable, salvo en los casos establecidos por la ley, porque ello implicaría en vida del donante la inexistencia de obligación o de contrato válido, desde el momento que el donante no ha quedado vinculado por ella, en base a los artículos 1115 y 1256 Cc que impiden que la eficacia de una obligación o del contrato queden al arbitrio del deudor. Una donación revocable es una donación mortis causa que deberá revestir la forma testamentaria.

Como dice MANUEL ESPEJO(10) "para responder a esto, y sin necesidad de entrar en el tratamiento del régimen de la condición, bastaría alegar la peculiaridad contractual de la donación y el hecho de que los artículos 1115 y 1256 Cc respondan al funcionamiento de los contratos generadores de obligaciones recíprocas pero no al de las donaciones, como demuestran algunas figuras específicas de éstas. En efecto, la doctrina criticada depende en exceso de la máxima francesa 'donar y retener no vale', que nuestro Código no sigue, según doctrina que se debe aceptar, pues el art. 639 Cc contempla la donación con la reserva de la facultad de disponer por el donante; y el art. 641 Cc regula la posibilidad de establecer la reversión de la cosa donada en favor del donante 'en cualquier caso

(7) GONZÁLEZ-MENESES, op. cit., p. 625.

(8) Op. cit., p. 22.

(9) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A., Donaciones mortis causa en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra. Revista jurídica de Navarra, Nº 15, 1993, págs. 89-120.

(10) Op. cit., p. 255.

y circunstancias'. Estas dos últimas normas se fundamentan en una idea diversa a la francesa. En nuestro sistema el carácter liberal del negocio permite al disponente configurar como desee los efectos que deriven del mismo, y no funciona el principio 'donar y retener no vale'; en nuestro Derecho la autonomía de la voluntad no puede quedar limitada por una exigencia inderogable de irrevocabilidad, sino que el donante podría imponer al donar las reservas o condiciones que estimara convenientes, incluso aquéllas que le permitieran recuperar la cosa, lo cual resulta bastante lógico y muy coherente con el carácter gratuito de la donación."

Añade en otro momento el mismo autor(11) como "resulta, pues, difícil de justificar que el criterio distintivo de las donaciones mortis causa se pretenda hacer radicar en la revocabilidad de las mismas. Según pensamos, en nuestra Codificación la única modificación relevante es la desaparición de la donación mortis causa como forma típica: antes se admitía una figura en la que existía el poder de revocación ligado de forma natural a una forma concreta de donación, la mortis causa; hoy en día, no existiendo dicha figura típica, ese poder del donante sólo se podría introducir expresamente en cada caso en la donación inter vivos: el régimen que se deduce de los artículos 639 y 641 Cc así parece demostrarlo. En suma, rechazado por nuestra legislación el principio 'donar y retener no vale', delimitada la frontera entre donaciones inter vivos y mortis causa en el punto del tiempo en que se produce su eficacia, y faltando una prohibición de que los negocios con efectos inter vivos persigan una causa mortis, debería ser, en la donación con carga el valor del gravamen puede absorber absolutamente el de la donación y en el art. 639 el donante se puede reservar disponer de una cantidad con cargo a la totalidad del valor de los bienes, por lo que no parece razonable imponer una solución diferente al caso en que se reserve el poder de disposición sobre los bienes".

Nos convence los razonamientos expuestos por Manuel ESPEJO, si en nuestro Código civil se admite la reserva de la facultad de disponer, según la mayoría de la doctrina, sobre todos los bienes o la reversión en favor del donante para cualquier caso y circunstancia, no se ve razón para considerar esencial en las donaciones intervivos la irrevocabilidad.

Como dice GONZÁLEZ-MENESES(12) ningún precepto del Código civil establece de forma expresa que la donación sea por esencia e im-

(11) P. 258, op. cit.

(12) P. 640, op. cit.

perativamente irrevocable. Frente a ello se alega, reconoce el autor, que tácitamente resulta de la admisión por el Código de concretas causas de revocación de las donaciones, lo cual puede llevar a sostener la regla general de la irrevocabilidad, salvo los casos específicamente previstos por el legislador. Ello es así, no se discute que la regla general es la irrevocabilidad, pero lo que no resulta tan claro es que esta regla general sea imperativa, que excluya la posibilidad que por pacto entre las partes puedan introducirse otras causas de revocación o incluso la libre revocabilidad por el donante (13).

No deja de sorprender qué entre las razones que se alegan para sostener la irrevocabilidad de la donación sean la de protección del donante, cuando éste está más protegido por la facultad de revocar la donación realizada o, la protección al donatario, cuando éste acepta la donación porque le interesa, sabiendo el riesgo que asume por la revocación o la protección de acreedores y legitimarios, cuando pensamos que la protección de éstos es la misma sea la donación revocable o irrevocable.

3. ¿La donación en la que se establece la reversión en favor del donante por su sola voluntad es una donación válida?

3.1. Posición de la jurisprudencia

Una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1955 admite obiter dicta esta cláusula reversional, en un supuesto que realmente no lo consideramos paradigmático, ya que se trataba de una venta que encubría una donación y en documento privado independiente se establecía la reversión a favor del transmitente por su sola voluntad. No obstante, la sentencia en dos de sus considerandos afirma. "Se acusa infracción del artículo 641 del Código Civil, que dispone que en las donaciones podrá establecerse válidamente la reversión a favor de sólo el donante para cualquier caso y circunstancias, artículo que podrá citarse en apoyo de la sentencia recurrida, pero no en contra de ella, pues no se advierte en qué ha podido salirse el Tribunal 'a quo' del amplio cauce permisivo que el precepto abre a la voluntad de las partes..." En otro de los considerandos refiriéndose a la misma cláusula afirma que "prescindir de esa cláusula sería convertir una donación condicional en donación pura contra la voluntad de las partes".

(13) P. 640, op. cit.

Es interesante la STS de 14 de mayo de 1987, trata de supuesto parecido, en cuanto a la cláusula, no en cuanto a la donación, que no estaba encubierta bajo una compraventa y además constaba en escritura pública. Se trata de la donación de un inmueble que se formaliza, como decíamos, en escritura pública, pero que posteriormente se pacta la reversión a favor del donante por su sola voluntad en documento privado. El Tribunal Supremo considera nula la reversión, por haberse pactado en documento privado, no por el contenido de la misma. Efectivamente esta sentencia dice: "Es de sobra sabido que en la donación de bienes inmuebles el requisito formal de su otorgamiento en escritura pública se convierte en un elemento esencial del contrato por imperativo del art. 633 del Código Civil, requisito formal que abarca todo el contenido negocial, incluido, en su caso, el pacto de reversión que, como una cláusula más del contrato, está sometido a sus mismas exigencias solemnes, en cuanto dicho pacto introduce una determinación accesorio o accidental al contenido de la voluntad que, como configuradora o limitadora de los naturales efectos de la donación, está supeditada a iguales requisitos, tanto si dicho pacto de reversión se integra en el inicial contenido del contrato, como si se conviene con posterioridad a una donación pura, y, ello, ya se entienda que la reversión produce simples efectos modificativos de la anterior donación, ya se admita, lo que parece más acorde con el mecanismo de este negocio jurídico, que una vez producido el efecto traslativo del dominio en virtud de la donación, seguida de tradición, la introducción de dicho pacto implica una nueva donación del donatario al donante o a un tercero según quien sea el favorecido en la hipótesis de cumplimiento de la condición a la que se supedita la reversión. Por lo que ni son admisibles en el ámbito de la donación de bienes inmuebles los pactos de reversión verbales o en documento privado previos o simultáneos a la donación, ni los posteriores al contrato lucrativo convenidos en dicha forma privada". No puede afirmarse que esta sentencia admita claramente la reversión a favor del donante por su sola voluntad, pero desde luego no la rechaza, habiendo tenido ocasión de ello. Más aún, dice que "la introducción de dicho pacto implica una nueva donación del donatario al donante", es decir no una resolución o una revocación de la donación, lo que desde luego es discutible, pero a los efectos que nos interesa no está oponiéndose a la reversión por la sola voluntad del donante, aunque tampoco admitiéndola, pues está tratando del genero reversión a favor del donante, que tiene muchas especies (casos y circunstancias) no de la especie más extrema que es la reversión por mera voluntad del donante. Además,

como veíamos, la sentencia no admite “los pactos de reversión verbales o en documento privado previos o simultáneos a la donación, ni los posteriores al contrato lucrativo convenidos en dicha forma privada”, por lo que a sensu contrario, teniendo en cuenta que lo pactado en el documento privado era una reversión a favor del donante por su sola voluntad, podría sostenerse que si se hubiera hecho en escritura pública sí que sería válido. Ello es defendible, pero al ser un argumento a sensu contrario y no afirmado expresamente en la sentencia nos parece excesivo apoyarnos en esta sentencia para sostener que en la misma se sostiene la validez de la reversión estipulada, pero lo que sí es claro que no la prohíbe.

STS de 22 de marzo de 1993. En esta sentencia se niega la posibilidad de revocar la donación de forma discrecional por el donante sobre todos los bienes donados, considerando que: “Que son inconsistentes, asimismo, los argumentos que en el motivo se vierten sobre la posibilidad en nuestro Derecho positivo de admitir la revocación discrecional de la donación sobre todos los bienes donados, si así se ha estipulado expresamente, ya que, por la propia normativa que rige la donación, es evidente que, la revocación, exclusivamente, está contemplada en nuestro Código, no de una manera general en cualquier caso, sino sólo en los supuestos del art. 644 por razones de supervivencia o supervivencia de hijos y, asimismo, por razón de ingratitud, conforme a lo dispuesto en el art. 644; pero de cualquier forma también se impediría ese electo traslativo de las donaciones, si se pactase, expresamente, una revocabilidad general sin especificar delimitaciones para el ejercicio de tal posibilidad resolutoria”. En esta sentencia no se trataba de resolver sobre la validez de esa cláusula sino sobre la validez de una venta hecha por la donante a un tercero de todos los bienes donados, habiéndose reservado la donante la facultad de disponer de todos ellos, en caso de necesidad libremente apreciada por ella. La sentencia declara la nulidad de la venta por dos razones, la primera porque la reserva de la facultad de disponer no puede recaer sobre todos los bienes, tan solo sobre algunos y la segunda porque la venta encubría una donación. Al argumento de que la reserva podía recaer sobre todos los bienes, lo mismo que puede pactarse la revocación de la donación a instancia del donante, lo refuta la sentencia en la forma que hemos transcrito, pero si no era un obiter dicta, propiamente dicho, al resolver sobre un argumento planteado por los litigantes, lo cierto es que la sentencia no enjuiciaba la cláusula de reversión, sino la de reserva de la facultad de disponer; no olvidemos, además, que se trataba de una venta que encubría una donación.

También se trata en la STS 11 de marzo de 1998. Se califica la donación reversional de sujeta a condición resolutoria y, aunque sin entrar a fondo en ello, se dice que la reversión a favor del donante puede establecerse para cualquier caso y circunstancias "Las donaciones con cláusula de reversión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su verdadera acepción técnica, pues tal pacto supone el recobro por el donante de lo que regaló (para cualquier caso y circunstancias), o el paso de lo donado, desde el donatario a terceras personas (con el límite de las sustituciones fideicomisarias), pudiendo establecerse la reversión tanto en favor del donante como del tercero, no sólo para si ocurre un cierto suceso, y entonces serían condicionales, sino también para cuando llegue cierto tiempo, y entonces serían a plazo; entendiéndose que la reversión acordada en favor del donante, y en el caso de que hubiese muerte de sus herederos, habrá de corresponder a éstos si viviesen al cumplirse la condición puesta para la reversión; conservando el donatario las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional, y gozando tal hecho de la naturaleza propia de una condición resolutoria, bajo la que se hizo la donación, y cuyo cumplimiento producirá automáticamente la resolución de la misma. La donación con carga modal del artículo 647 del Código Civil, supone en cambio una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato que en principio nació irrevocable por la sola voluntad del donante, pudiendo quedar sin efecto después, por la existencia de tales incumplimientos, y provocando un juego semejante al del artículo 1.124 del Código Civil, si bien con la notable diferencia de que los efectos no se producen 'ipso iure', facultándose por el contrario al donante para pedirlos judicialmente".

Por último, la STS de 15 de julio de 2007 considera que la auténtica reversión se produce cuando lo donado vuelve al donante, pero no cuando pasa a un tercero, en cuyo caso debe hablarse de sustitución. No entra, sin embargo, en el supuesto concreto que la reversión se produzca por la sola voluntad del donante. "La donación con cláusula de reversión al propio donante o a un tercero, para el caso de que se cumpla el evento previsto por el donante al efectuarla, contiene un pacto añadido a la donación, cuyos límites se encuentran en los de la sustitución fideicomisaria, según lo dispuesto en el artículo 641 Cc cuando el reversionario sea un tercero. Y hay que estar de acuerdo con la doctrina cuando señala que el término

reversión se utiliza en forma propia cuando lo donado debe volver al donante, pero no cuando sea un tercero el beneficiario para el caso de que se cumplan las condiciones previstas, porque en este caso lo más propio sería hablar de sustitución. De todos modos, a pesar de la incorrección lingüística, los ordenamientos jurídicos aceptan que en ambos supuestos nos hallamos ante lo que se denomina reversión o devolución, que constituye una carga de la donación y que, en definitiva, introduce la técnica de las sustituciones fideicomisarias en un negocio jurídico entre vivos (así también el art 531-19 del Código civil de Cataluña). (...) Deben distinguirse, por consiguiente, dos elementos en este tipo de donaciones: a) la donación en la que consta la condición y la cláusula reversional, y b) la reversión que se produce en el momento en que se cumple lo previsto por el donante." En igual sentido la STS de 15 julio de 2009.

Por su parte la SAP de Madrid, S 21ª, de 7 de marzo de 2013, considera válida la reversión por venir el donante a peor fortuna o necesitarlo para fines personales. No es que se diga en la cláusula reversional por la sola voluntad del donante, pero realmente el necesitarlo para fines personales, sin tener que justificarlo, es prácticamente lo mismo. La sentencia se manifiesta en los términos siguientes: "Pues bien, partiendo de las genéricas consideraciones que hemos realizado, y examinados los términos del contrato de donación que concertaron las partes en litigio, y más concretamente la cláusula o estipulación tercera del contrato de 12 de Abril de 1999, elevado a público el día 13 de Abril de 1999 y que transcribimos en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, no podemos sino concluir que, con independencia de que en la misma se indicara que según lo dispuesto en el art 639 del Código Civil el donante se reservaba la facultad de disponer de los bienes donados por venir a peor fortuna o precisarlo para fines personales, no es que se concertara una reserva por parte del Sr Pablo de disponer de parte de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos, supuesto al que expresamente se refiere el art 639 que cita, sino que teniendo en cuenta los términos de tal cláusula lo que aquél se reservó, para el supuesto de que viniera a peor fortuna o lo precisara para fines personales, fue la posibilidad de recuperar todo lo donado, posibilidad que está expresamente contemplada en el art 641 del Código Civil, y no en el art 639 del mismo Texto, que permite "para cualquier caso y circunstancias" la posibilidad de convenir la reversión de la donación a favor del propio donante.

Como ha venido a indicar nuestro Tribunal Supremo por ejemplo en sentencia de 28 de diciembre de 2011 (recurso de casación

1806/08), reiterando lo recogido en sentencia de 27 de enero de 2011 (recurso de casación 665/07) "la donación con cláusula de reversión, que contempla el artículo 641 del Código Civil, es una restricción a la donación, que consiste en que producido el evento reversional se da el mecanismo recuperatorio que determina automáticamente la readquisición por parte del donante"...

La cláusula de reversión contenida en el contrato de compraventa litigioso es plenamente válida y eficaz, no solo al amparo de las previsiones contenidas en el art 1255 del Código Civil, sino porque además es uno de los especiales pactos previstos en nuestro Código Civil en defensa de los intereses del donante en su art 641, siendo la condición prevista para que entrara en juego la recuperación de lo donado pactada el que el Sr Pablo viniera a peor fortuna o lo necesitara para fines personales, de forma que si como él mantiene en su demanda necesita el dinero donado a X, esta entidad, que recibió una donación condicionada en tanto que no concurriera el supuesto de reversión contemplado en el contrato, esto es que el Sr Pablo viniera a peor fortuna o necesitara lo donado para fines personales, viene obligada a reintegrar a aquél lo que del mismo recibió".

De las sentencias vistas, la de la Audiencia de Madrid, última-mente citada, admite claramente la reversión por la sola voluntad del donante. En las sentencias del Tribunal Supremo examinadas, la de 22 de marzo de 1993, es la única que no admite la cláusula debatida aunque, ya dijimos, que ese no era el objeto del litigio. Las demás, sin decirlo claramente, no parece que adopten una postura contraria a la misma (LOCALIZAR LA DE 31 de enero de 1955). El argumento fundamental de la sentencia de 22 de marzo de 1993 es que no existen más causas de revocación de las donaciones que las expresamente previstas por el Código civil. Argumento contradicho no solo por Manuel ESPEJO y por GONZÁLEZ-MENESES, en la forma que antes expusimos, sino también por otros autores, como ALBALADEJO(14), que a pesar de no considerar válidas en nuestro ordenamiento jurídico las donaciones mortis causa, sostiene que este pacto no implica una condición potestativa que dependa de la voluntad del deudor, porque en el caso de reversión el deudor es el donatario que debe restituir el bien, y el acreedor es el donante, que es quien tiene derecho a recuperarlo(15). Quizás a esta idea, bastante dudosa,

(14) ALBALADEJO, M., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. VIII, Vol 2º, p. 280. Editorial EDERSA, Madrid 1986.

(15) Esta argumentación es criticada por GONZÁLEZ-MENESES, en p. 832, op. cit.

responde la STS de 14 de mayo de 1987 cuando refiriéndose al pacto reversional dice que “la introducción de dicho pacto implica una nueva donación del donatario al donante o a un tercero según quien sea el favorecido en la hipótesis de cumplimiento de la condición a la que se supedita la reversión”. En línea parecida, aunque con finalidad diferente, la sentencia de 27 de enero de 2011, considera que son actos gratuitos, tanto la donación, como la reversión (16).

Ahora bien, siguiendo las características de la donación mortis causa en la jurisprudencia, tal y como antes la desarrollamos, surge la pregunta de si esa posibilidad de revocación de la donación por la sola voluntad del donante la convierte en una donación mortis causa que deberá regirse por el artículo 620 Cc. Analizamos a continuación estas características, poniéndolas en relación con el pacto que estudiamos.

Para nuestro Tribunal Supremo: “La donación mortis causa es aquella en que el donante no transmite al donatario la cosa donada en el momento de la donación, sino que éste la adquirirá a la muerte del donante o no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante” (STS de 17 de junio de 2011); “Lo que caracteriza definitivamente a las donaciones con finalidad ‘mortis causa’ es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada” (STS de 19 de junio de 1995). A nuestro juicio, en la donación con el pacto de reversión a favor del donante por su sola voluntad, la propiedad de la cosa donada se transmite al donatario, si bien sometida a la condición resolutoria del ejercicio de la reversión por parte del donante, pero hasta que la ejercite el donatario es el propietario de la misma y el donante no podrá disponer de ella sin que la misma le revierta. Por tanto, la donación está produciendo efectos en vida del donante, no hay que esperar a su muerte, como ocurre en las mortis causa (STS de 28 de julio de 2003).

Confirma lo anterior que el mismo Tribunal Supremo en sentencia de 11 de mayo de 1988 considera que la cláusula reversional en favor del donante supone someter la donación a una condición resolutoria “conservando el donatario las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional, y gozando tal hecho de la naturaleza

(16) Personalmente me cuesta ver la gratuidad donde falta la liberalidad y se obliga al donatario a transmitir.

propia de una condición resolutoria, bajo la que se hizo la donación". En sentencias de 28 de diciembre de 2011 y 27 de enero de 2011 incide, con otras palabras, en este carácter resolutorio, al considerar que "la donación con cláusula de reversión, que contempla el artículo 641 del Código Civil, es una restricción a la donación, que consiste en que producido el evento reversional se da el mecanismo recuperatorio que determina automáticamente la readquisición por parte del donante...". Si estamos ante una resolución es porque efectivamente se transmitió el bien donado, es decir que la donación ha producido efectos en vida del donante. Tiene razón DORAL⁽¹⁷⁾ cuando nos dice que las donaciones intervivos o mortis causa no se diferencian tanto por ser o no revocables, como por la fijación objetiva del modo en que la cosa donada entra a formar parte del patrimonio del donatario si fue con o sin entrega de bienes. La más importante distinción entre las donaciones, donaciones intervivos o mortis causa, se corresponde así con la de donaciones con disposición de bienes y donaciones con simple señalamiento.

Podría decirse que estos efectos se anulan con carácter retroactivo si se ejercita por el donante la facultad revocatoria que supone la reversión, por lo que la donación no habría producido efecto alguno. Ello es cierto respecto de la propiedad, pues ésta volverá al donante, libre de las cargas o gravámenes constituidos por el donatario, sin perjuicio de la protección de los terceros adquirente de buena fe. Sin embargo, respecto de los demás efectos que la propiedad temporal ostentada por el donatario haya producido no creemos que los mismos sean revocables, a menos que en la donación se haya pactado otra cosa. Así respecto a los frutos el artículo 1120 Cc, tras establecer que los efectos de obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella, añade qué si la obligación fuese unilateral, el deudor hará suyo los frutos e intereses percibidos, a menos que por la naturaleza y circunstancias de aquélla debe inferirse que fue otra la voluntad de quien la constituyó. Es la misma solución que adopta el artículo 651 Cc al regular la revocación de las donaciones: "Cuando se revocare la donación por alguna de las causas expresadas en el artículo 644, o por ingratitud, y cuando se redujere por inoficiosa, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda. Si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación, el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar

(17) Pág 118, op. cit.

de cumplir la condición” o el artículo 783 respecto a la sustitución fideicomisaria, a la que el artículo 641 se remite cuando la reversión se establece en favor de un tercero: “El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa”. En principio la situación del donatario gravado con el gravamen restitutorio a favor del donante o de un tercero no tiene porqué ser diferente.

El propietario temporal tiene más facultades sobre la cosa que la mera percepción de los frutos, es más que el usufructuario. Posteriormente estudiaremos la posición jurídica del donatario al que se le haya transmitido exclusivamente la nuda propiedad. Nos basta de momento insistir en que en la donación con cláusula de reversión en favor del donante por su sola voluntad existe una transferencia al donatario de la propiedad de los bienes donados en vida del donante, aunque sujeta a una condición resolutoria de carácter potestativo, que en modo alguno puede calificarse de una propiedad formal, vacía de contenido, por lo que no puede calificarse de donación mortis causa. Hacemos nuestras las palabras de Manuel ESPEJO (18) estas donaciones revocables para el donante producen efectos inter vivos porque toda donación a la que no falten sus requisitos esenciales por muy condicionada o aplazada que esté, incluso aunque se someta a una condición voluntaria para el donante, tendría los efectos propios del negocio condicional durante la vida del mismo y no caerían bajo el ámbito del 620, que se referiría exclusivamente a las donaciones que carecen absolutamente de efectos en vida.

Otra de las características de la donación mortis causa para el Tribunal Supremo es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante la cosa donada; no pierde el donante la disponibilidad de la cosa donada: puede venderla, donarla inter vivos a otros o revocar simplemente aquella donación (S de 17 de junio de 2011). Ello no sucede en una donación con la cláusula reversional contemplada. El donante pierde la facultad de disponer sobre la cosa donada, tanto por actos intervivos como mortis causa, mientras no ejercite la reversión. No tiene facultad dispositiva sobre ella que corresponde al donatario, pero eso sí los actos dispositivos del donatario quedarán resueltos si el donante ejercita la reversión y sin perjuicio de la protección a los terceros de buena fe. Para que el donante pudiera disponer de la cosa donada tendría que haberse

(18) Op. cit., p. 242.

estipulado a su favor la reserva de la facultad de disponer, que es una figura diferente, conforme al artículo 639 Cc.

3.2. Posición de la DGRN

3.2.1. RDGRN de 28 de julio de 1998

Dos resoluciones de la DGRN abordan el tema de la validez de la cláusula por la que se pacta la reversión de la donación por la sola voluntad del donante: la de 28 de julio de 1998 y la que estamos examinando de 27 de marzo de 2019. Esta se apoya en uno de sus considerandos en aquélla, por lo que comenzamos examinando la primera.

El supuesto de hecho que contempla la Resolución de 28 de julio de 1998 es el siguiente: existe una donación de varias fincas en la que los donantes se reservan la facultad de disponer de las fincas donadas. En base a esta reserva de la facultad de disponer los donantes ejercitan una reversión de las mismas a su favor, la DGRN en la resolución niega esta posibilidad, con toda la razón, pues no puede confundirse la reserva de la facultad de disponer, con la reversión por la sola voluntad del donante. Entre sus considerandos transcribimos los siguientes: "3...b) Que fuera de los casos especialmente previstos por la Ley (cfr. artículos 644, 647 y 648 del Código Civil) y de los expresamente pactados, el donante no tiene facultades para recuperar el dominio de los bienes donados: La irrevocabilidad de la donación sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1.256 del Código Civil, el cual, aun estando en sede de contratos, rige también para las donaciones entre vivos por virtud de la remisión contenida en el artículo 621 del Código, y c) que aquí no se ha pactado expresamente la posible recuperación de la propiedad por los donantes. 4. Respecto de este último extremo hay que tener presente que, si las partes hubieran querido que el dominio lo recuperaran los donantes, habrían pactado la reversión al donador conforme al artículo 641 del Código Civil, siendo totalmente distinto este pacto de la reserva de la facultad de disponer del artículo 639, porque mientras en el primero se prevé expresamente que, ante el cumplimiento de cierta condición o por el transcurso de un plazo, los bienes donados reviertan al donante, en el segundo lo que se pacta es la pérdida del dominio por el donatario, pero no la recuperación del mismo por el donante, sino que la propiedad se transfiera a un tercero. La reserva del 'ius disponendi' presupone la adquisición por un tercero y no tiene sentido hablar de disposición a

favor del donante, pues estos términos equivaldrían a los de resolución, revocación o reversión de la donación. 5. Teniendo en cuenta, en definitiva, que los pactos de los artículos 639 y 641 son de interpretación estricta porque ha de presumirse que la voluntad de las partes es el enriquecimiento del donatario, la conclusión ha de ser que no se ha pactado expresamente la recuperación del dominio por los donantes y que no es posible interpretar que, pactada la reserva de la facultad de disponer 'ex' artículo 639, se haya pactado implícitamente la reversión al donador 'ex' artículo 641. Recuérdese que 'cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidas en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieran contratar' (artículo 1.283 del Código Civil). No debe olvidarse tampoco que la reversión en favor del donador del artículo 641 exige que se haya previsto una condición o un plazo, mientras que en el caso planteado la recuperación del dominio por los donantes se habría dejado exclusivamente al arbitrio de éstos".

La ratio decidendi de esta resolución es que no es posible interpretar que, pactada la reserva de la facultad de disponer "ex" artículo 639, se haya pactado implícitamente la reversión al donador "ex" artículo 641, lo que compartimos plenamente y, al final, en el último párrafo, como obiter dicta, es cuando dice que la reversión a favor del donador exige que se haya previsto una condición o un plazo, mientras que en el caso planteado la recuperación del dominio por los donantes se habría dejado exclusivamente al arbitrio de éstos. Es obiter dicta, a nuestro juicio, porque no se trataba de resolver sobre una donación, con cláusula de reversión, el registrador en su nota de calificación y en la defensa que hace de la misma en ningún momento se refiere a una donación con esta cláusula y el notario recurrente, en su postura de considerar que la donación con reserva de la facultad de disponer lleva implícita la reversión a favor del donante sí que se refiere a ella, haciendo estas dos afirmaciones: "Posiblemente, es también válida la donación bajo condición voluntaria rigurosamente potestativa" y "Que no se comprende porqué se admite sin ningún tipo de duda que el donante puede disponer a título oneroso a favor de un tercero a cambio de un precio o contraprestación que hará suyo; y no recuperar para sí o adquirir los bienes que en su día donó. Que existen poderosas razones para admitir la readquisición por el donante de los mismos bienes donados". La DGRN sale al paso fundamentalmente de la primera de las afirmaciones con el último párrafo.

Pero insistimos en que estamos ante un *obiter dicta*, que no ha sido objeto de debate y prescindible para resolver el conflicto planteado. Recordemos que el artículo 326 de la LH dispone que: "El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos". La R de la DGRN de 9 de marzo de 2012, interpretando el artículo 327 de la LH, respecto de los efectos de sus resoluciones considera que: "Como ha proclamado reiteradamente dicho Centro Directivo 'el recurso queda limitado a los defectos invocados' o 'expresados en la nota de calificación' (resoluciones de 8 y 23 de marzo de 2010), por ello si en otro cualquier supuestos similar, las circunstancias fueran distintas a los razonamientos o argumentos empleados difirieran de los contemplados por las resoluciones del Centro Directivo, cabría plantear un nuevo recurso en el que se dilucidara, en su caso, la procedencia o no de una posible calificación negativa. En definitiva, la resolución vincula en los términos planteados y limitado al concreto caso que contempla y resuelve, es decir, tal y como sostiene el recurrente, no se puede separar del supuesto de hecho que las motiva ni de la argumentación utilizada en él, y sólo vincula al Registrador calificador y a los demás Registradores que hayan de calificar el mismo documento, por afectar a varios Registros. No debemos olvidar que las Sentencias confirmando o anulando dichas resoluciones únicamente producen efectos entre las partes, sin que tengan efectos generales, por lo que es evidente que las resoluciones administrativas resolviendo recursos gubernativos, por su propia naturaleza, no pueden producir otra eficacia que la ya mencionada, ya que carece de justificación atribuir mayor vinculación a las resoluciones de la DGRN que a las Sentencias dictadas por los Tribunales, precisamente, sobre dichas resoluciones administrativas". Completando lo anterior el Tribunal Supremo considera que es *doctrina de esta Sala que el recurso de casación no puede dirigirse frente a argumentaciones de la Sentencia recurrida que constituyen "obiter dicta" pero no la "ratio decidendi" de la sentencia, pues aquéllas resultan irrelevantes a la hora de fundamentar el recurso de casación (entre otras, SSTs de 21 de julio de 2003, de 28 de septiembre de 2004, de 15 de febrero de 2005, y de 14 de marzo de 2005).*

A la vista de lo que acabamos de exponer nos parece excesivo que la Resolución de 27 de marzo de 2019 se apoye en la Resolución de 28 de julio de 1998 para sostener que es criterio de la DGRN la inadmisión de las donaciones con la cláusula de revocación por

la sola voluntad del donante. Además, el único párrafo que podría servirle de fundamento es el último de la Resolución de 28 de julio de 1998, pero creemos sobra e induce a confusión seguir insistiendo (además por dos veces) en algo tan obvio que la donación con reserva de la facultad de disponer es una figura distinta de la donación con cláusula de reversión por voluntad del donante y que la una no implica la otra.

3.2.2. RDGRN de 27 de marzo de 2019

En nuestra opinión esta resolución deja claro que para ella la donación calificada es una donación mortis causa y como tal se rige por las disposiciones de última voluntad, pero lo que no deja claro es si en la donación no se hubieran incluidos la reserva de usufructo a favor de los donantes y la prohibición de disponer por el donatario, habría admitido la reversión en favor del donante por su sola voluntad

Al comienzo de este trabajo decíamos que el registrador en su calificación no sostiene la invalidez de la cláusula reversional pactada; lo que le lleva a denegar la inscripción es que la acumulación de algunas o todas esas limitaciones (reversión ad nutum, reserva de usufructo y prohibición de disponer) hace inexistente el contenido patrimonial transmitido. Reproducimos, a pesar de repetirnos, la conclusión final de la resolución: "Como afirma certeramente el registrador en su calificación, esa propiedad teóricamente donada tiene un mero alcance formal y queda por completo desnaturalizada por la reversión a favor de los donantes tal y como ha sido configurada y posibilitada en el título (con las cláusulas que la acompañan y dan la verdadera dimensión del negocio jurídico celebrado). Y es que dicha donación lo que ampara es una revocación 'ad nutum' de la donación con una añadida y tajante prohibición de disponer, lo que viene a producir ese efecto que antes se apuntó y que se resume en esta idea: pese a la donación, los donantes siguen teniéndose por propietarios de lo donado (reducido a una mera titularidad formal) mientras vivan".

Por tanto, para la resolución, la transmisión de la propiedad en esa donación queda desnaturalizada por la reversión a favor de los donantes tal y como ha sido configurada y posibilitada en el título. Esta es la frase principal de la conclusión. La configuración pactada de la cláusula reversional es revertir al donante por su sola voluntad. A continuación y entre paréntesis lo que, al menos gramatical-

mente(19), no altera el contenido de la frase principal se refiere a las demás cláusulas que acompañan a la donación; estas cláusulas no configuran la reversión, pero sí la donación. Al final del párrafo, como traca final, justifica el rechazo de la donación por amparar una revocación ad nutum con una tajante y añadida prohibición de disponer, que supone que los donantes siguen teniéndose por propietarios de lo donado. Todo ello es lo que nos hace dudar cuándo la resolución considera que la donación mortis causa existe, porque si por la cláusula reversional así configurada estamos en presencia de una donación mortis causa para qué referirse a los pactos añadidos y si lo es por los pactos añadidos es que está permitiendo la donación con la cláusula reversional pactada. De todas formas en el desarrollo de la resolución vierte una serie de afirmaciones que nos lleva a examinar dos cuestiones: la primera, si los argumentos de la DGRN para considerar una donación con la reversión a favor del donante por su sola voluntad como donación mortis causa son convincentes y segunda, si son convincentes los argumentos para considerar donación mortis causa aquélla en la que se establezca dicha reversión y además el donante se reserve el usufructo y se pacte la prohibición de disponer de la cosa donada.

Entresacamos seguidamente varios párrafos de la resolución que consideran la donación con la cláusula de reversión en favor del donante por su sola voluntad una donación mortis causa:

"Aunque el artículo 641 del Código Civil se refiera a 'la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias', la Resolución de este Centro Directivo de 28 de julio de 1998 acotó en cierto sentido su alcance y extensión, pronunciándose contra la reversión por simple voluntad del donante en los siguientes términos". Al comentar la resolución aludida anteriormente expusimos que la misma no puede servir de base para sostener que estamos ante una donación mortis causa.

"No debe olvidarse que también este Centro Directivo ha aclarado (y el dato es relevante dada la reversión configurada en el presente caso) que el donante no puede reservarse la facultad de disponer 'para sí' de alguno de los bienes donados, por lo que en buena lógica tampoco puede reservarse indirectamente el dominio de los bienes donados con la simple decisión de recuperarlos sin más". Hace la resolución una aplicación analógica de la donación con re-

(19) El diccionario de la RAE define la palabra paréntesis como: Oración o elemento incidental o suplementario, sin enlace necesario con los demás miembros del enunciado, cuyo sentido interrumpe y no altera.

serva de la facultad de disponer que es una institución diferente; se está refiriendo a algo que hemos visto que es cierto: la cláusula de reserva de la facultad de disponer no presupone la posibilidad que el donante ejercite la reversión a su favor. Pero si queremos aplicar la analogía entre ambas figuras, a nuestro juicio, encontramos más argumentos a favor de la reversión ad nutum que en contra. Efectivamente, si el donante quiere dejar por su sola voluntad sin efecto la donación, ejerciendo la facultad de disponer reservada, para quedarse con la contraprestación que por la enajenación se le entregue, qué razón hay para que no pueda revertir a él la cosa donada por su sola voluntad. Económicamente para el donatario produce los mismos efectos: pérdida de la cosa donada y para el donante en vez de lo donado revierte a su favor el valor. De aquí que puede sostenerse que el legislador admite dos posibilidades de revocar la donación, si el donante se conforma solo con el valor de la cosa donada que se pacte la donación con reserva de la facultad de disponer, pero si quiere la misma cosa donada que se pacte la reversión ad nutum.

“La reserva del ‘ius disponendi’ presupone la adquisición por un tercero y no tiene sentido hablar de disposición a favor del donante, pues estos términos equivaldrían a los de resolución, revocación o reversión de la donación” (RDGRN 28 de julio de 1998)”. De nuevo vuelve la resolución a apoyarse en la Resolución de 28 de julio de 1998, añadiendo que: “A la vista del alcance de la reversión configurada en la escritura calificada, que viene a suponer la reserva de la facultad de revocación ‘ad nutum’ por parte de donante, debe concluirse que se trata de una donación ‘mortis causa’ cuando se haya pactado –o resulte así de una racional interpretación– su revocabilidad ‘ad nutum’ a favor del donante y no a favor de terceros; siendo un dato que puede llevar a esta conclusión el pacto (añadido en este caso) en cuya virtud se haya prohibido al donatario disponer en vida del donante de la finca donada. En suma, existe una verdadera donación ‘mortis causa’ cuando el donante siga teniéndose por propietario de lo donado ‘mientras viva’. Dos afirmaciones de la resolución en la que debemos detenernos. Una que la posibilidad de la revocación ad nutum supone una donación mortis causa. Conclusión de la que disentimos por las razones anteriormente expuesta en este trabajo. Otra afirmación, seguida y unida a la anterior, como si fuera consecuencia de ella: en suma, existe una verdadera donación ‘mortis causa’ cuando el donante siga teniéndose por propietario de lo donado mientras viva. Seguramente es cierto que mientras el donante durante su vida se siga considerando propietario la donación es mortis causa, pero lo que tendrá que demostrarse es que por la

cláusula de reversión ad nutum el donante sigue siendo propietario durante su vida. No se puede sostener que en una donación sujeta a condición resolutoria no se produce una transmisión a favor del donatario. Negar que existe un desplazamiento patrimonial es ir en contra de la realidad. Nos ratificamos en lo ya expuesto al tratar del alcance de la condición resolutoria y es que el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de mayo de 1988 considera que la cláusula reversional en favor del donante supone someter la donación a una condición resolutoria "conservando el donatario las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional, y gozando tal hecho de la naturaleza propia de una condición resolutoria, bajo la que se hizo la donación".

En una consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 23 de enero de 2018, ante una donación en la que los donantes se reservaban el usufructo y la facultad de disponer, la considera sujeta a condición resolutoria, dado que su actual propietario puede verse privado del dominio del bien transmitido, si se ejercita por el donante la facultad que se reservó(20). La considera como una donación que transmite el pleno dominio con todas sus facultades al donatario, reservándose el donante una excepcional legitimación dispositiva, cuyo eventual ejercicio, dependiente de su arbitrio, provocará por un lado un desplazamiento patrimonial en favor de un tercero por título negocial propio, y por otro, respecto al donatario, pérdida inmediata de su titularidad. Partiendo de que se transmite el dominio la considera sujeta a los impuestos de Sucesiones y Donaciones, al impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas al generar en los donantes una ganancia o pérdida patrimonial, al producirse una alteración en la composición de su patrimonio que da lugar a una variación en su valor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Este tratamiento fiscal a la donación con reserva de la facultad de disponer, al estimarla sujeta a una condición resolutoria potestativa, lógicamente será el mismo que a la donación con la cláusula de reversión ad nutum. Es insostenible, a nuestro juicio, que la donación con esta cláusula, no produce efectos en vida del donante cuándo se producen las consecuencias fiscales referidas. Más aún qué per-

(20) Reproduce aquí literalmente la doctrina de la DGRN sobre la donación con reserva de la facultad de disponer.

sonas (donante y donatario) están dispuestas a asumir estos gastos fiscales si nada se transmite, ni se adquiere.

La Resolución que estamos comentando comienza diciendo que: "En relación con la donación "mortis causa", esta Dirección General en su Resolución de 21 de enero de 1991, puso de relieve que "(...) para que haya donación mortis causa es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (Sentencia 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona... En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante... la donación "mortis causa" se rige por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, es revocable, no transmite el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas... se podría resumir afirmando que en la donación "mortis causa" el donante no pierde su poder de disposición sobre el bien donado y la puede revocar, mientras que en la donación "inter vivos" con eficacia "post mortem" sí que lo pierde, pues hay transmisión de un derecho de presente aunque esté condicionada suspensivamente a la muerte del donante....

A nuestro juicio, lo que para esta resolución caracteriza a la donación mortis causa no se da en una donación en la que se haya pactado la reversión del donante por su sola voluntad, porque es claro que el donante ha perdido el poder de disposición de la cosa donada, tanto por actos intervivos, como mortis causa, mientras no ejercite la reversión (21), porque si produce efectos en vida, lo que es obvio cuando el donante no se reserva el usufructo o incluso, como veremos más tarde, si solo dona la nuda propiedad; el dominio se ha transmitido, aunque de forma restringida y porque lo afirmado respecto a la revocación ya vimos que no es definitivo, sin olvidar que la revocación en las donaciones se produce en más supuestos que los de la reversión. La esencia de la donación mortis causa es que la misma no produzca efecto alguno mientras viva el donante y en nuestro caso sí que se están produciendo. Por último, no puede afirmarse que quienes manifiestan en escritura pública su voluntad de donar una cosa determinada y el donatario de recibirla, quienes están dispuestos a asumir los gastos que esta donación implica, no solo fiscales, también notariales, registrales, etc., quienes pierden los frutos de la cosa donada y lo reciben, quienes dejan de ostentar

(21) Insistiremos posteriormente en ello.

la titularidad de lo donado y el otro a recibirla, no tienen intención de formalizar una donación con efectos en vida del donante(22).

En síntesis, no creemos que la donación en la que se haya pactado la reversión por la sola voluntad del donante, sin reservarse éste más derechos o facultades, pueda considerarse una donación mortis causa. Más aún, creemos que tampoco puede ser calificada como mortis causa por haberse reservado el donante el usufructo y prohibirse al donatario disponer de la cosa donada, en la forma pactada en la donación objeto del recurso, como estudiamos a continuación.

III. DONACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD EN UNA DONACIÓN REVERSIONAL A FAVOR DEL DONANTE PARA CUALQUIER CASO Y CIRCUNSTANCIA Y CON PROHIBICIÓN DE DISPONER

Nos parece excesivo partir de la afirmación, hecha por el Registrador, que una donación de la nuda propiedad realizada con los pactos reseñados (reversión por voluntad del donante y prohibición de disponer del donatario) “carece de contenido patrimonial de presente para el donatario, que ni puede disfrutar de la finca ni vender o gravar la nuda propiedad y además puede ser privado de la misma en cualquier momento, por lo que no puede considerarse que estemos ante una verdadera donación inter vivos y como tal inscribible, porque no existe desplazamiento patrimonial alguno actual a favor del donatario”. La DGRN, de forma mucho menos clara, confirma esta afirmación hecha en la calificación registral.

Decimos que nos parece excesivo partir de esa afirmación, pues se está donando una propiedad, es decir la plenitud de las facultades que una persona tiene sobre una cosa, a la que se le ha privado en vida del donante de algunas facultades de gran importancia, como el disfrute y la facultad de disposición, pero debe examinarse, no dando sin más por supuesto, si el donatario ha adquirido algunos derechos y facultades sobre la cosa donada y si el donante ha perdido algunas de ellas. Si ello sucede no nos parece correcto afirmar

(22) Recordar la sentencia de 28 de septiembre de 2018, antes expuesta, en la que uno de los datos para calificar la donación de intervivos y no mortis causa era que doña P en el impuesto sobre patrimonio declaraba ser titular sólo de la mitad del importe, así como que, en las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas, tanto doña P como don M declaraba la mitad de los intereses que devengaba el citado y controvertido depósito.

que no se ha producido desplazamiento patrimonial alguno en vida del donante. A nuestro juicio, tal desplazamiento se produce y es lo que intentaremos argumentar seguidamente.

Pero antes de desarrollar estos efectos inter vivos de la donación que estamos estudiando queremos hacer una observación importante y es que los efectos se producen porque así lo han querido donante y donatario, dicho de otra forma, si el donante no hubiese querido transmitir nada durante su vida habría dispuesto de la cosa donada por vía de testamento. Por ello, consideramos gratuito sostener que estamos en presencia de una donación mortis causa, máxime cuando la misma se ha formalizado en escritura, con el asesoramiento notarial. No encontramos argumentos para sostener que los efectos que a continuación expondremos son imprevistos cuando se derivan de la misma naturaleza de lo donado y de la regulación legal.

1. Situación jurídica del usufructuario y del nudo propietario

El artículo 467 Cc dispone: "El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa." Por tanto, en nuestro caso, en la donación que contemplamos, el donante tiene el derecho al disfrute de la cosa, con todo lo que ello implica, pero se le establece una limitación importante, la de no alterar la forma y sustancia de la cosa. El donatario podrá exigirle el cumplimiento de esta limitación.

El usufructuario tiene la obligación de cuidar la cosa como un buen padre de familia (art. 497 Cc), poniendo en conocimiento del propietario, cualquier acto de un tercero del que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responderá, si no lo hace, de los daños y perjuicios, como si se hubiesen causado por su culpa (art. 511 Cc). El mal uso de la cosa usufructuada no extingue el usufructo, pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración (art. 520 Cc).

La obligación de conservar hace que el usufructuario deba afrontar las reparaciones ordinarias que necesite la cosa donada (art. 500 Cc), pudiendo el donatario exigirle que las haga y, si no las hiciere, hacerlas el nudo propietario por sí mismo, pero a costa del usufruc-

uario. Pero se le impone al nudo propietario, en nuestro caso al donatario, la obligación de hacer las reparaciones extraordinarias (art. 501 Cc), pero con el derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo (art.502 Cc). Si el nudo propietario no las hiciere, este mismo artículo establece que cuando fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras.

De igual limitación que se impone al usufructuario, en relación a conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada, se impone al nudo propietario que no podrá alterar esa forma ni sustancia, ni hacer nada que perjudique al usufructuario (art.489 Cc), pero al nudo propietario se le concede una facultad importante en el artículo 503 Cc la de "hacer las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, o nuevas plantaciones en ella si fuere rústica, siempre que por tales actos no resulte disminuido el valor del usufructo, ni se perjudique el derecho del usufructuario". Si el donante ejerciera la reversión, como tendremos ocasión de exponer tendrá los derechos del poseedor de buena fe.

2. Supuestos especiales

2.1. Contratos realizados por el usufructuario

El artículo 480 Cc dispone: "Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola". En esta misma línea el art.13.º 2 de la LAU establece que: "Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley".

Este artículo es exponente de la limitación de las facultades del usufructuario, incluso en relación a los frutos civiles, por respeto al derecho que sobre la cosa tiene el nudo propietario, evitando dar a las cesiones relativas al uso de la cosa una extensión temporal mayor que la del usufructo, en perjuicio del nudo propietario, privándole del uso y disfrute de la cosa por más tiempo del que corresponde

por la duración de aquél. Lógicamente tales limitaciones afectan económicamente a los contratos que el usufructuario pretenda realizar.

Si en vez de haberse formalizado una donación, como ha ocurrido en el caso que motiva este trabajo, hubiese el donante realizado un legado, la extinción de los arrendamientos o de las cesiones que hubiese hecho del uso no se extinguirían a su fallecimiento y el legatario tendría que subrogarse en ellas.

2.2. Tesoros

El artículo 471 Cc, respecto de los tesoros que se encuentran en la finca usufructuada, considera al usufructuario como un extraño. De aquí que por aplicación del art. 351 pertenecerá el mismo al nudo propietario, sin perjuicio de los derechos del descubridor, sea o no el usufructuario.

2.3. Montes

El usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda éste producir según su naturaleza, pero tendrá que respetar la propiedad, haciendo las talas o las cortas ordinarias que solía hacer el dueño, y en su defecto las hará acomodándose en el modo, porción y épocas, a la costumbre del lugar y, en todo caso, de modo que no perjudiquen a la conservación de la finca (art. 485 Cc). Por tanto, el propietario podrá accionar contra el usufructuario, si infringe lo previsto en este artículo; las facultades del usufructuario son más limitadas que las del propietario no gravado con el usufructo.

2.4. Perecimiento del edificio usufructuado

Los artículos 517 y 518 Cc regulan esta materia. El 517 dispone: "Si el usufructo estuviera constituido sobre una finca de la que forme parte un edificio, y éste llegare a perecer, de cualquier modo que sea, el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales.

Lo mismo sucederá cuando el usufructo estuviera constituido solamente sobre un edificio y éste pereciere. Pero en tal caso, si el propietario quisiere construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, quedando obligado a pagar al

usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales”.

Por su parte el artículo 518 añade: “Si el usufructuario concurre con el propietario al seguro de un predio dado en usufructo, continuará aquél, en caso de siniestro, en el goce del nuevo edificio si se construyere, o percibirá los intereses del precio del seguro si la reedificación no conviniere al propietario. Si el propietario se hubiera negado a contribuir al seguro del predio, constituyéndolo por sí solo el usufructuario, adquirirá éste el derecho de recibir por entero en caso de siniestro el precio del seguro, pero con obligación de invertirlo en la reedificación de la finca. Si el usufructuario se hubiese negado a contribuir al seguro, constituyéndolo por sí solo el propietario, percibirá éste íntegro el precio del seguro en caso de siniestro, salvo siempre el derecho concedido al usufructuario en el artículo anterior”.

El primer párrafo del artículo 517 contempla el usufructo sobre una finca de la que forma parte un edificio y el segundo párrafo contempla cuando el usufructo recae solamente sobre un edificio. Son supuestos diferentes, pues en el primero se ha producido una pérdida parcial del objeto usufructuado, ya que el resto de la finca en que estaba el edificio permanece inalterado; sin embargo, en el segundo caso, se ha producido una pérdida total de la cosa usufructuada. En el último caso, por aplicación del artículo 513, 5º, se habría producido la extinción del usufructo por pérdida del objeto, pero el artículo 517 lo mantiene, variando el objeto sobre el que recae, bien sobre el suelo o los materiales, si el propietario no construye, o, bien sobre los intereses de las sumas correspondientes, si el propietario construye. Observemos que la facultad de construir corresponde al nudo propietario, en nuestro caso al donatario y si construye el usufructo no recae sobre el nuevo edificio, sino sobre los intereses citados. Si sobre el edificio no recae el usufructo, por ser un objeto nuevo, nacido por el ejercicio de una facultad del nudo propietario, creemos que tampoco la reversión a favor del donante podrá recaer sobre el nuevo edificio construido, pues es un objeto diferente al donado, en el que el art. 517 excluye la subrogación real; no olvidemos que el nudo propietario podía no haber construido. Eso sí, seguramente podría reversionarse el valor del suelo, que es sobre lo que está recayendo el usufructo y, por ende, subrogado en el objeto.

Ello tiene una solución parecida, en el caso del seguro, cuando el usufructuario se hubiese negado a contribuir al seguro, pues el propietario percibirá íntegro el precio del seguro en caso de siniestro y esta cantidad no se subroga en el lugar de lo donado, entre otras

razones porque la contratación del seguro fue algo que voluntariamente hizo el nudo propietario.

En el supuesto de la donación que estamos estudiando, cuando lo donado sea un edificio, estos efectos se producen por estar en presencia de una donación que, a nuestro juicio, está produciendo efectos en vida del donante, lo que no ocurriría si se hubiera legado el edificio, pues al perecer del todo la cosa legada viviendo el testador el legado quedaría sin efecto, por aplicación del artículo 869, nº 3º.

2.5. *Expropiación forzosa*

El artículo 519 Cc dispone: "Si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos".

Precepto éste que deberá ponerse en relación con lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa, en la que, por una parte, el artículo tercero establece que: "Las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación", añadiendo el artículo cuarto que: 1. Siempre que lo soliciten, acreditando su condición debidamente, se entenderán también las diligencias con los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, así como con los arrendatarios cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos... 2. Si de los registros que menciona el artículo tercero resultare la existencia de los titulares a que se refiere el párrafo anterior, será preceptiva su citación en el expediente de expropiación". Pero, por otra parte, el artículo 6.2 del Reglamento al tratar de la indemnización dice que: "Los titulares de derechos o intereses sobre el bien expropiado, salvo los arrendatarios rústicos o urbanos, no percibirán indemnización independiente, sin perjuicio de que puedan hacerlos valer sobre el justo precio derivado de la expropiación principal". Previsión que se completa con lo dispuesto en el artículo 8.2: "Cuando no exista acuerdo en la distribución del justo precio entre los distintos titulares de derechos o intereses, la Administración procederá a consignar la cantidad total en la Caja General de Depósitos, hasta que se resuelvan las discrepancias entre los mismos". La lectura de estos dos preceptos revela la resuelta

intención de expulsar de la trama expropiatoria las eventuales tensiones entre el dueño y los terceros, emplazando a los interesados a alcanzar algún tipo de acuerdo que permita el reparto pacífico del justo precio. A falta de acuerdo, la Administración procederá a consignar la indemnización expropiatoria en la Caja General de Depósitos hasta la superación, amistosa o contenciosa, de las discrepancias”.

No es este artículo el lugar adecuado para desarrollar la relación entre el Cc y la LEF en orden a la posición jurídica del usufructuario y el nudo propietario en la expropiación forzosa. Solamente destacar que el Cc concede al propietario la opción de subrogar la cosa expropiada en otra de igual valor y análogas condiciones, en cuyo caso el usufructo subsiste sobre la cosa subrogada o abonar el interés legal del importe de la indemnización, en cuyo caso el usufructo se habría extinguido por desaparición del objeto, conforme al artículo 513 Cc. Es evidente que la LEF es más respetuosa con los derechos del usufructuario que el Cc, al darle entrada en el expediente de expropiación y, aunque el precio por la indemnización sea unitario, se le asegura el cobro del mismo.

A nosotros lo que nos interesa destacar es el protagonismo que tanto el Cc, como la LEF, concede al propietario en la expropiación, exponente claro que a su favor existe desde el comienzo un desplazamiento patrimonial.

2.6. *Cargas y contribuciones*

El artículo 504 Cc dispone: “El pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideran gravámenes de los frutos será de cuenta del usufructuario todo el tiempo que el usufructo dure”. Por su parte, el artículo 505 añade: “Las contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre el capital serán de cargo del propietario. Si éste las hubiese satisfecho, deberá el usufructuario abonarle los intereses correspondientes a las sumas que en dicho concepto hubiese pagado y, si las anticipare el usufructuario, deberá recibir su importe al fin del usufructo”.

Por tanto, lo que grava los frutos es carga del usufructuario y lo que grava el capital del nudo propietario. Ello, aunque la nuda propiedad, esté sujeta a las limitaciones de la donación que estudiamos en este artículo, pues ninguna norma excepciona el supuesto. Más aún, fiscalmente el donatario será el sujeto pasivo en el impuesto que grava la donación, pues la reversión se considera que no impide al donatario adquirir la cosa donada, sin perjuicio de las devolucio-

nes pertinentes si el donante revierte la donación para sí y en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, el artículo 106 de la Ley de Haciendas Locales establece que es sujeto pasivo del impuesto, a título de contribuyente, en las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título lucrativo, la persona física o jurídica, que adquiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate.

Al haberse donado una vivienda, no obstante lo dispuesto en los artículos 504 y 505 Cc, debemos tener en cuenta que la Ley de Propiedad Horizontal establece en el artículo 9.1 la obligación del propietario de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. De aquí que frente a la comunidad de propietarios el obligado es el propietario, no el usufructuario. Ciertamente estos gastos ordinarios, conforme al artículo 504 Cc, deben ser del usufructuario, pero ello afecta a las relaciones internas usufructuario nudo propietario, pero no a la comunidad que incluso, conforme a la norma citada goza de un crédito preferente sobre la vivienda para el cobro de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores a efectos del artículo 1.923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales Sin embargo, esta obligación que recae por disposición legal sobre el propietario de la vivienda o local debe ser contemplada en la relación existente entre la Comunidad de Propietarios y el comunero, y no afecta al reparto interno de gastos existente entre nudo propietario y usufructuario, para la que se estará a lo que establece el Código Civil (arts. 500 y 501).

Lo anterior es congruente con el artículo 15 de la LPH, que al tratar de la asistencia a la Junta de propietarios dispone que: "Si la vivienda o local se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponderá al nudo propietario, quien, salvo manifestación en contrario, se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa la delegación cuando se trate de los acuerdos a que se refiere la regla primera del artículo 17 o de obras extraordinarias y de mejora".

Volvemos a la misma idea, todo lo anterior es consecuencia del desplazamiento patrimonial que se produce en favor del nudo propietario.

2.7. Usufructo sobre acciones de sociedad anónima o de participaciones sociales en sociedad de responsabilidad limitada

La Ley de Sociedades de Capital hace una regulación muy pormenorizada de la materia, respetando los derechos del usufructuario, pero declarando que la cualidad de socio reside en el nudo propietario. Concretamente los artículos 127 y siguientes disponen:

Artículo 127. "1. En caso de usufructo de participaciones o de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario. El usufructuario queda obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de estos derechos. 2. En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, lo previsto en esta ley y, supletoriamente, lo dispuesto en el Código Civil".

Artículo 128. 1. Finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que se la naturaleza o denominación de las mismas. 2. Disuelta la sociedad durante el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente al incremento de valor de las participaciones o acciones usufructuadas previsto en el apartado anterior. El usufructo se extenderá al resto de la cuota de liquidación... 4. El título constitutivo del usufructo de participaciones podrá disponer reglas de liquidación distintas a las previstas en este artículo.

Artículo 129. 1. En los casos de aumento del capital de la sociedad, si el nudo propietario no hubiere ejercitado o enajenado el derecho de asunción o de suscripción preferente diez días antes de la extinción del plazo fijado para su ejercicio, estará legitimado el usufructuario para proceder a la venta de los derechos o a la asunción o suscripción de las participaciones o acciones. 2. Cuando se enajenen los derechos de asunción o de suscripción, bien por el nudo propietario, bien por el usufructuario, el usufructo se extenderá al importe obtenido por la enajenación. 3. Cuando se asuman nuevas participaciones o se suscriban nuevas acciones, bien por el

nudo propietario, bien por el usufructuario, el usufructo se extenderá a las participaciones o acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la asunción o suscripción, calculado por su valor teórico. El resto de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas pertenecerá en plena propiedad a aquel que hubiera desembolsado su importe. 4. Si durante el usufructo se aumentase el capital con cargo a los beneficios o reservas constituidas durante el mismo, las nuevas participaciones o acciones corresponderán al nudo propietario, pero se extenderá a ellas el usufructo. 5. El título constitutivo del usufructo de participaciones podrá establecer reglas distintas a las previstas en los apartados anteriores.

Artículo 130. 1. Cuando el usufructo recayere sobre acciones no liberadas totalmente, el nudo propietario será el obligado frente a la sociedad a efectuar el pago de la parte no desembolsada. Efectuado el pago, tendrá derecho a exigir del usufructuario, hasta el importe de los frutos, el interés legal de la cantidad invertida.

2. Si no hubiere cumplido esa obligación cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para realizar el pago, podrá hacerlo el usufructuario, sin perjuicio de repetir contra el nudo propietario al terminar el usufructo.

Es interesante al respecto la STS de 20 de noviembre de 1997 en un supuesto de donación de acciones, con cláusula de reversión, en que el donatario tenía la nuda propiedad de las acciones donadas, consideró que "A falta de un precepto legal que expresamente establezca la extensión de la reversión pactada a las acciones controvertidas, el tenor de la donación realizada por doña Nuria al concretar lo donado en las mil novecientas cincuenta y tres acciones que se describen en la escritura pública de 5 de julio de 1956 y limitar a las mismas la reversión ordenada, sin que se establezca ninguna otra carga al donatario de la nuda propiedad, tal pacto reversional, atendidos, se repite, los términos de la referida escritura pública, ha de limitarse a las repetidas mil novecientas cincuenta y tres acciones y las adquiridas por derecho de suscripción en ampliaciones de capital en que no haya sido necesario hacer desembolso alguno pero no a aquéllas otras que el donatario gravado de reversión haya adquirido, ejercitando el derecho de suscripción preferente que le asista aun siendo, como en este caso era, nudo propietario y con cargo a su patrimonio privativo; a falta de precepto expreso y de pacto que a ello le obligue, el donatario sujeto a reversión no viene compelido a destinar sus bienes a la adquisición, mediante el ejercicio del derecho de suscripción preferente, de nuevas acciones resultantes

de posteriores ampliaciones de capital con destino a incrementar lo donado que ha de ser objeto de la reversión. Por ello ha de mantenerse el criterio sustentado al respecto en la citada sentencia de 18 de julio de 1990, coincidente con el mayoritariamente sostenido por la doctrina, dado que no existen razones bastantes que justifiquen su abandono y sustitución por el contrario”.

2.8. *Facultades procesales del nudo propietario*

El donatario, como propietario, le corresponden las acciones dirigidas a la defensa del derecho de propiedad, así:

1. La acción REIVINDICATORIA según el artículo 348.2 Cc al señalar que “El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.”

2. La acción de DESLINDE y AMOJONAMIENTO según los artículos 384 y siguientes Cc. Así el artículo 384 establece: “Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes. La misma facultad corresponderá a los que tengan derechos reales.” Hoy hay que señalar que los artículos 200 y 201 de la Ley Hipotecaria regulan el deslinde notarial de fincas inscritas y los artículos 104 y siguientes se ocupan del deslinde de fincas no inscritas que se encomienda a los letrados de la Administración de Justicia.

3. El derecho a CERRAR LAS HEREDADES, así, según el artículo 388 Cc: “Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquiera otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas.”

4. El “IUS POSSIDENDI” o derecho o facultad de POSEER, que tiene el propietario y que puede ser mediato, distinto de la mera posesión o “ius possessionis”.

5. La tercería de dominio, regulada en los artículos 595 y siguientes de la LEC.

Por otra parte, el donatario podrá defender penalmente la propiedad, en base a los artículos 245 y 246 del Código Penal. El 245 dispone: 1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupe una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, una multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida

y el daño causado. 2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses". Por su parte, el 246 añade: "El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de cincuenta mil pesetas".

2.9. *Recapitulación*

Nos hemos referido en los apartados anteriores a algunas de las manifestaciones de la situación jurídica en que se encuentra el nudo propietario. Todas ellas son consecuencia del desplazamiento patrimonial que supone la transmisión de la nuda propiedad. Para la DGRN ese desplazamiento patrimonial no se produce si en una donación se prohibió al donatario disponer en vida de los donantes y además si se estipuló la reversión de lo donado a favor de los donantes por su sola voluntad. Ello nos obliga a analizar si efectivamente ambos pactos producen el efecto negativo que sostiene la DGRN.

IV. LA PROHIBICIÓN DE DISPONER IMPUESTA AL DONATARIO (23)

1. Tesis de esta RDGRN

La donación contemplada, según esta RDGRN, es una donación mortis causa al haberse pactado su revocabilidad "ad nutum" a favor del donante, siendo un dato –añade– que puede llevar a esta conclusión, el pacto en cuya virtud se ha prohibido al donatario disponer en vida del donante de la finca donada. "En suma –dice literalmente– existe una verdadera donación 'mortis causa' cuando el donante siga teniéndose por propietario de lo donado 'mientras viva'".

(23) Es muy completo en esta materia el trabajo de CAÑIZARES LASO, Ana: Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias. Anuario de derecho civil. Vol. 44, Nº 4, 1991, págs. 1453-1528.

“En esta línea –continúa la Resolución– discurre la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1995, que versó sobre una donación con reserva de la facultad de disponer en la que además el donatario no podía enajenar ni gravar la finca donada ni parte de la misma durante la vida del donante sin contar con la autorización expresa de éste: ‘(...) se trata de una donación ‘mortis causa’, en cuanto solo ha de tener efectos después de morir el donante, conclusión a la que se llega si el donatario no puede disponer en forma alguna de la finca donada. Se acomoda pues tal calificación jurídica a lo dispuesto en el artículo 620 del Código civil, pues lo que caracteriza definitivamente a las donaciones con finalidad ‘mortis causa’ es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece (...).

Y, según la Sentencia del Alto Tribunal de 24 de febrero de 1986 ‘(...) lo que caracteriza definitivamente las donaciones con finalidad ‘mortis causa’ es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante de la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir)... A la vista de lo expuesto, no cabe sostener que en el caso del presente recurso se haya producido una indiscutible e incuestionable transmisión de la propiedad de lo donado. Como afirma certeramente el registrador en su calificación, esa propiedad teóricamente donada tiene un mero alcance formal y queda por completo desnaturalizada por la reversión a favor de los donantes tal y como ha sido configurada y posibilitada en el título (con las cláusulas que la acompañan y dan la verdadera dimensión del negocio jurídico celebrado). **Y es que dicha donación lo que ampara es una revocación ‘ad nutum’ de la donación con una añadida y tajante prohibición de disponer, lo que viene a producir ese efecto que antes se apuntó y que se resume en esta idea: pese a la donación, los donantes siguen teniéndose por propietarios de lo donado (reducido a una mera titularidad formal) mientras vivan”.**

Si dudamos, como antes decíamos, si para la resolución de la DGRN se puede admitir una donación con la cláusula de reversión ad nutum, el pacto por el que se le añade la prohibición de disponer la convierte definitivamente en una donación mortis causa, pues en la realidad los donantes siguen siendo los propietarios de la cosa dona-

da, siguiendo lo sostenido por la sentencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de junio de 1995 que la cosa donada permanece en el dominio y libre disposición del donante, conclusión a la que se llega si el donatario no puede disponer en forma alguna de la finca donada.

2. Sentencias del Tribunal Supremo en las que se fundamenta la resolución

No nos parece correcto que la DGRN fundamente la resolución, en parte, en dos sentencias, cuya aplicación al caso resuelto ni es claro, ni definitivo. La primera es la de 9 de junio de 1995, siendo el supuesto enjuiciado en la misma una donación con reserva de la facultad de disponer del donante y no con una cláusula reversional. Concretamente dice la sentencia: "En esta escritura el donante sin necesidad de consentimiento del donatario se reserva la facultad de disponer de la finca donada para cualquier acto de enajenación o gravamen y en cualquier tiempo respecto de la totalidad o parte de la finca, en cuyo caso quedará revocada la donación; además, el donatario no podrá enajenar ni gravar la finca donada ni parte de la misma durante la vida del donante sin contar con autorización expresa del donante". En la donación con reserva de la facultad de disponer efectivamente el donante tiene esta facultad, pero ello no es extrapolable a la donación reversional a favor del donante.

La sentencia de 24 de febrero de 1986 trata de un supuesto muy diferente al contemplado en la escritura calificada, pues se trataba de una venta que encubría una donación. La venta se formaliza en escritura y en un documento privado se autoriza al vendedor (que en la realidad era donante) por el comprador (que en la realidad es el donatario) a vender e hipotecar la finca transmitida. Dice la sentencia: "Teniendo en consideración el contenido del precitado documentos privado de 5 de marzo de 1974, porque éste, en modo alguno revela, ni menos confirma, la realidad de la compraventa en cuestión, sino, por el contrario, como con evidente acierto reconoce la Sala sentenciadora de instancia hace inconsistente que tal compraventa tenga una causa real que conduzca al reconocimiento de su existencia, pues que mal se compagina con una efectiva atribución dominical privativa al facultar el pretendido adquirente al que se decía trasmittente en su nombre y el de otro para disponer de uno de los bienes transmitidos, mientras viviese, con facultades de disponer de parte de lo transmitido –en este caso de mitad de una casa– a su entera libertad, como es venderla, alquilarla, explotarla

como mejor convenga, etc., con sola consecuencia de que efectuada la venta se indemnizase a dicho pretendido adquirente con un importe igual a los gastos que se ocasionasen, como son Notaría, derechos reales, plus valía, etc., que debía recibir en el momento de la firma del documento de venta, y sin hacer mención expresa alguna a devolución de precio, porque tales facultades dispositivas conferidas por el tan repetido pretendido comprador don C F a la alegada pretendida transmitente doña L está poniendo de manifiesto que el precitado vínculo de compraventa no tenía causa real, y por tanto era inexistente, pues es absurdo, y como tal rechazable, que quien se dice vendedor siga teniendo facultades dispositivas sobre lo vendido hasta su fallecimiento, revelando, en consecuencia, que la escritura pública de 8 de febrero de 1974, que externamente refleja compraventa, no tenía realmente como móvil determinante esa relación jurídica, sino tan sólo era un medio meramente formal con que poder justificar ante terceros atribución dominical el mencionado don C F sobre los bienes en cuestión después de que se produjese el fallecimiento de las titulares dominicales doña L y doña E, generando en consecuencia simulación absoluta de la tan referida escritura pública de 8 de febrero de 1974”.

Después de sostenerse por la parte adquirente que se trataba de una venta real, al no poderlo demostrar cambia de táctica y sostiene que se trataba de una donación, por lo que la sentencia continua con los siguientes pronunciamientos:

“Observar que en el documento privado se le otorga facultades dispositivas, lo que no ocurre en éste. De una parte, que mal puede compaginarse la efectividad de vínculo jurídico de donación con la tesis insistentemente sostenida por el tan citado recurrente don Carlos Francisco en todo momento en el juicio en cuestión, motivador de este recurso, de que la realidad contractual, concertada en la precipitada escritura objeto de controversia y en relación con las fincas en ella comprendidas, era una compraventa, y esa circunstancia está poniendo de manifiesto que la donación que tímida y tangencialmente se establece por dicho recurrente, como base en el recurso de casación ejercitado en apoyo del motivo primero que lo fundamenta, de posibilidad, a todo evento, de situación de simulación relativa aludida proyectable a la precipitada mitad de casa, no puede tener valor jurídico en su aspecto genérico de donación, en cuanto faltaría el esencial requisito de la aceptación que exige el artículo 633 del Código Civil, pues no puede apreciarse que se acepta una donación por el pretendido donatario cuando éste precisamente niega que la relación jurídica sea donación, sino real y

efectiva compraventa; de otra parte, en razón a que, en todo caso, para el supuesto hipotético que efectivamente a medio de las tantas veces aludida escritura pública de 8 de febrero de 1974, con su complemento reflejado en el documento privado de 5 de marzo de 1974, se tratase de encubrir una donación de específica naturaleza 'mortis causa', es decir, con producción de efectos por muerte de la donante proyecta a la tan referida mitad de casa, requeriría para su edificación, según previene el artículo 620 del Código Civil, que se hubiese adaptado, cual no se ha efectuado, a las reglas establecidas para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias, ya que el Código Civil, abonando el sentido tradicional de la distinción entre las donaciones 'inter vivos' y las 'mortis causa' y ateniéndose, en su tenor literal, a su sentido vulgar, si indudablemente contrapone las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos es decir en vida del donante, y las que hayan de producirlos por muerte del mismo, sin embargo somete las primeras a lo dispuesto en los artículos 624 y 652 y a los generales de los contratos y obligaciones, según previene el 621, y hace participar a las segundas de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, con el consiguiente sometimiento, según ya queda dicho, a las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, cual establece el artículo 620 y proclaman las sentencias de esta Sala de 21 de octubre de 1896, 28 de enero de 1898, 27 de julio de 1904, 3 de enero y 8 y 12 de febrero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926, 17 de marzo de 1941, 8 de julio de 1943 y 19 de junio de 1956, pues como en alguna de esas resoluciones se indica lo que caracteriza definitivamente las donaciones con finalidad 'mortis causa' es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante de la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece".

Si examinamos la sentencia vemos que, como decíamos al principio, el supuesto es totalmente diferente, que la razón principal de declarar nula la compraventa como negocio simulado y la donación como disimulado es la por razón aducida tantas veces por la jurisprudencia que no consta en escritura pública el consentimiento de donar y que tangencialmente, como hipótesis, afirma que si se tratase de una donación mortis causa, tendrá que ajustarse a las formas de las disposiciones de última voluntad, explicando en qué

consiste ésta. Más aún, lo que del documento privado podría resultar como pacto de la donación sería la reserva de la facultad de disponer en favor del donante, pero no la reversión.

Resolver la DGRN un tema que afecta a personas concretas, apoyándose en dos sentencias de dudosa aplicación, no nos parece correcto.

Pero es que además la resolución ignora la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011, a la que nos referimos al tratar de la donación mortis causa. En la donación enjuiciada por esta sentencia se establecía que “ninguno de los donatarios podrá disponer por actos entre vivos de sus respectivas acciones, ni gravarlas, sin consentimiento del padre y en su defecto de la madre, durante la vida de éstos o del sobreviviente de ambos”. Ciertamente no es lo mismo una prohibición de disponer que la necesidad del consentimiento del donante para disponer; ello es así en un plano teórico, pero en la práctica en una prohibición de disponer impuesta por los donantes, en beneficio de ellos, ciertamente los beneficiarios pueden dar su consentimiento para la donación, en lo que tendremos ocasión de insistir. Esta sentencia, respecto a la limitación de la facultad de disponer considera que: “A lo largo del desarrollo del motivo se insiste en que los bienes donados quedan bajo el poder de disposición de los donantes (los padres, demandados, recurrentes) pero no se puede obviar que también la donataria tiene poder de disposición sobre los mismos y, ejerciéndolo, vendió acciones a sus padres, lo que implica consentimiento de éstos y mantiene el derecho de reclamar el precio debido por ellos, como compradores.... En cuanto al primer extremo, las donaciones referidas no son mortis causa, se hizo la transmisión inmediata de la propiedad de las acciones donadas, de las que los donantes mantuvieron la disponibilidad, pero también la donataria tenía poder de disposición sobre las mismas, si bien, como en el caso de la compraventa que nos ocupa, con el consentimiento del padre, que sí se dio y cuyo precio le tiene que ser pagado”.

3. Efectos de la prohibición de disponer

3.1. Limitaciones impuestas al donatario

Se considera la prohibición de disponer como la privación del poder de disposición que lleva aneja la propiedad o cualquier otro derecho subjetivo que impide a su titular gravarlo o enajenarlo. Al establecerse una prohibición de disponer en la donación que esta-

mos comentando es claro que el donatario no puede disponer de la cosa donada por actos intervivos. Creemos si podrá disponer por actos mortis causa pues, aunque no haya dispuesto expresamente de ella por vía de legado, el bien donado formará parte de su herencia, se rija su sucesión por el testamento otorgado por el donatario o, en su defecto, por las normas de la sucesión intestada. Eso sí, el adjudicatario de la cosa donada en la herencia del donatario la adquirirá con la cláusula reversional y, por ende, sujeta a la posibilidad de que el donante ejercite la reversión. No obstante, el donante podrá establecer expresamente la prohibición de disponer por actos mortis causa, en cuyo caso estaría estableciendo la trayectoria del bien donado al fallecimiento del donatario, estando seguramente en presencia de la reversión en favor de un tercero. Pero, a falta de disposición expresa, lo que no ha existido en nuestro caso, el donatario podrá disponer por actos mortis causa.

El donatario, a nuestro juicio, podrá disponer por actos intervivos del bien donado, con el consentimiento de los donantes. Si la reversión se hubiere establecido en favor de otras personas, creemos que el consentimiento de los donantes no bastaría para el acto dispositivo, sería necesario el de éstos, mientras viviesen por haberla impuesto y el de los beneficiarios por la reversión, por ser los destinatarios de la cosa donada. Al ser los beneficiarios de la reversión los donantes, creemos que ellos pueden consentir cualquier acto dispositivo realizado o que necesite realizar el donatario (24). Es importante destacar que el negocio dispositivo lo realizaría el donatario y no los donantes, que se limitan a consentir el acto dispositivo que el donatario realiza. De aquí, que la iniciativa para el acto dispositivo es del donatario, único propietario de la cosa mientras la reversión no se haga efectiva y quien contrata con el tercero es éste, los donantes se limitan a consentir un negocio del que no forman parte. Por ello, las obligaciones que surjan del negocio celebrado serán del donatario y no de los donantes. Lógicamente, a menos que en el negocio celebrado se haya pactado otra cosa, la reversión será ineficaz respecto del negocio dispositivo celebrado y consentido.

Tema importante es de los efectos sobre un bien gravado con una prohibición de disponer de una ejecución forzosa.

Transcribimos una RDGRN de 21 de julio de 2017 que sostiene la doctrina sostenida por ella en esta materia: "Por otro lado, también constituye doctrina consolidada de este Centro Directivo que la efi-

(24) Nos remitimos al comentario de la sentencia de 17 de junio de 2011.

cacia limitativa de las prohibiciones de disponer, cualquiera que sea su origen (vid. Resolución de 31 de enero de 2013), ha de matizarse cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de disponer o enajenar. Así se estableció en la Resolución de este Centro Directivo de 22 de febrero de 1989, al considerar en el supuesto de solicitud de anotación de embargo, constando inscrita una prohibición de disponer, que 'por todo lo anterior ha de concluirse que la seguridad económica del deudor no puede mantenerse a costa de tan considerables quebrantos para la organización jurídica de la, colectividad, debiendo restringirse al efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión pues aun implicando una relativa amortización, contra el principio general de libre tráfico de los bienes, sólo compromete el interés particular del titular sin repercusión directa y apreciable sobre el orden público y sin que quepa estimar la alegación de que con tal interpretación resultan aquéllas fácilmente burladas e inoperantes por la vía de la simulación de deudas y de las connivencias procesales, pues las normas no deben ser interpretadas desde la exclusiva perspectiva de su eventual incumplimiento (artículo 3 del Código Civil), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (artículos 6 y 7 del Código Civil), ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras de la consecución de fines particulares (artículo 1.255 del Código Civil)'. Este criterio se recogió legalmente en el artículo 15 "in fine" de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a Plazos de Bienes Muebles que dispone: 'El que remate bienes sujetos a prohibición de disponer inscrita en el Registro en los términos de esta Ley los adquirirá con subsistencia de la obligación de pago garantizada con dicha prohibición, de la que responderá solidariamente con el primitivo deudor hasta su vencimiento'. La misma doctrina ha sido reiterada más recientemente en pronunciamientos de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones de 13 de abril de 2012, 31 de enero de 2013 y 28 de octubre de 2015) al recordar que 'la responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía 'a priori', en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la Ley misma. Esta función quedaría eliminada si se

admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer. En este sentido, hay que recordar que la subasta judicial en el ámbito de los procesos de ejecución pertenece al campo del Derecho procesal y no al del Derecho privado, toda vez que suele reputarse la subasta judicial como acto procesal de ejecución consistente en una declaración de voluntad del juez, transmitiendo coactivamente al rematante o adjudicatario, en virtud de su potestad jurisdiccional, determinados bienes afectos a la ejecución'. ... Como afirma la más moderna doctrina, un derecho de propiedad sobre el que recae una prohibición de disponer, será respaldo patrimonial para los acreedores de su titular, en su particular forma de configuración en su perspectiva activa, esto es: como tal será objeto de ejecución y, por tanto, de adquisición por el rematante en su caso, el cual adquirirá el dominio con la prohibición de disponer en los mismos términos que los ostentaba el ejecutado".

Recientemente el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de abril de 2019 se manifiesta en este mismo sentido al decir que: "En suma la prohibición de disponer solo impide las enajenaciones voluntarias del titular registral, pero no puede afectar a los actos de disposición forzosa ordenados por la autoridad judicial, pues sería contrario al principio de Responsabilidad Universal de los bienes del deudor".

Por tanto, la prohibición de disponer, no impide la ejecución forzosa por deudas del donatario, debiendo restringirse el efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente.

Las consideraciones anteriores nos llevan a sostener que, no obstante, la prohibición de disponer, la disposición, en forma limitada y latente, quien la tiene en el caso que estudiamos es el donatario y no el donante.

3.2. Facultades que se reservan los donantes por la prohibición de disponer

Las prohibiciones de disponer de carácter voluntario pueden ser consecuencia de otras instituciones de las que forman parte (por ejemplo, la sustitución fideicomisaria) o pueden ser puras, es decir no integrantes de una concreta figura jurídica (25). Las puras pueden

(25) La DGRN en R de 24 de enero de 2018 considera que: "Las prohibiciones voluntarias y las que tienen su origen en un procedimiento civil, tratan de satisfacer intereses básicamente privados: pueden cumplir funciones de garantía (vid. Ley 482 del Fuero Nuevo de Navarra), de tutela (hasta que

tener causas muy diversas, unas para proteger al propio donatario, otras para asegurar la transmisión a terceros, otras como garantía de los donantes etc. Si la prohibición de disponer tiene eficacia real el acto dispositivo incumpliendo su prohibición será nulo y la nulidad podrá ser solicitada por los beneficiarios por ella o por quienes están legitimados para asegurar su cumplimiento. En nuestro caso, la prohibición de disponer parece claro que se ha establecido en beneficio de los donantes como complemento y para facilitar, en su caso, el ejercicio de la reversión. De aquí, que la facultad fundamental que tendrán los donantes será la de pedir la nulidad del acto dispositivo realizado por el donatario infringiendo la prohibición.

No creemos que la prohibición de disponer atribuya o suponga mayores facultades para los donantes que la referida en el párrafo anterior. Los donantes no retienen la libre disposición de la cosa donada que, como concluíamos en el apartado anterior, la tiene en forma limitada el donatario. Para realizar cualquier acto dispositivo sobre el bien donado los donantes tendrán que ejercitar previamente la reversión y mientras no lo hagan no hay más propietario del bien donado que el donatario. Si los donantes tuvieran la facultad de disponer podrían, sin necesidad de ejercitar la reversión constituir cualquier derecho real sobre la cosa donada, como ocurriría si se hubiesen reservado la facultad de disponer, en base al artículo 639 Cc y ello no es así al no haberse reservado esta facultad que la regula el Cc, independiente de la reversional. La misma DGRN en la R

los hijos lleguen a determinada edad), para lograr la plena satisfacción de la voluntad del beneficiario de la prohibición, garantizar el resultado de un procedimiento o la caución del mismo, etc. Por ello, prevalece la finalidad de evitar el acceso al Registro del acto dispositivo realizado por quien carece de poder de disposición para ello al no habersele transmitido la facultad dispositiva. En consecuencia, si cuando otorgó el acto afectado por la prohibición de disponer no tenía limitada su poder de disposición el acto fue válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, aunque se entiende que la inscripción del acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que ésta debe arrastrarse. Es esta una solución que se puede denominar ecléctica. Por un lado, se entiende que, en la medida en que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario impide el acceso registral de los actos dispositivos realizados posteriormente (salvo los que traen causa de asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación), ello presupone, a "sensu contrario", que no impide los realizados con anterioridad –conclusión que resulta también de la aplicación de la regla general que para las anotaciones dicta el artículo 71 de la propia Ley Hipotecaria-. Sin embargo, por otro lado, se estima que tal inscripción no ha de comportar la cancelación de la propia anotación preventiva de prohibición, sino que ésta se arrastrará".

de 28 de julio de 1998 reconoce la independencia de ambas figuras al considerar "que no es posible interpretar que, pactada la reserva de la facultad de disponer 'ex' artículo 639, se haya pactado implícitamente la reversión al donador 'ex' artículo 641". De igual forma debe decirse que no es posible interpretar que, pactada la reversión al donador "ex" artículo 641, se haya pactado implícitamente la reserva de la facultad de disponer "ex" artículo 639.

Disentimos, por tanto, de las afirmaciones de la resolución que comentamos en las que parece afirmar que los donantes conservan la libre disposición de la cosa donada al tratarse de una donación reversional por la sola voluntad del donante y con pacto de prohibición de disponer. Efectivamente llega a la conclusión que estamos ante una donación mortis causa porque "para que haya donación mortis causa es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (Sentencia 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona" y en otro momento añade: "Esta doctrina sirve para delimitar el marco de este recurso y para precisar conceptualmente (y decidir si es o no posible su acceso al Registro) lo que técnicamente sería una donación 'mortis causa'; algo que se podría resumir afirmando que en la donación "mortis causa" el donante no pierde su poder de disposición sobre el bien donado y la puede revocar". Apoya, por tanto, la DGRN la facultad reversional en la conservación del poder de disposición por parte de los donantes, lo que carece de todo fundamento legal, doctrinal y jurisprudencial; la reversión es una facultad específica que el artículo 641 Cc permite estipular, derivada del carácter gratuito que la donación tiene.

La conservación de la facultad dispositiva en el donante, existiendo la prohibición de disponer, pretende apoyarla la DGRN en las dos sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1995 y 24 de febrero de 1986 lo que, como ya dijimos anteriormente, consideramos incorrecto.

Como prueba que los donantes no tienen la facultad de disponer, mientras la cosa donada no vuelva a su poder, mediante la reversión, consideramos que no podrán disponer de ella mediante actos mortis causa, que no entrará en su sucesión hereditaria y que sobre el bien donado no podrá trabarse embargo por deudas de los donantes. Compartimos los argumentos del recurrente cuando afirma que: "No es cierto que los donantes conserven, en el presente caso la plena disponibilidad da la finca o cosa donada durante su vida. Los donantes no pueden vender, enajenar o transmitir de cualquier

forma la finca donada, pues la propiedad de la misma (con la limitación del usufructo), ya no les pertenece, sino que dicha propiedad (limitada) corresponde a la donataria. Cuestión distinta es que los donantes puedan ejercitar un derecho de reversión, para cualquier caso y circunstancia, aspecto éste igualmente lícito y regular, como reconoce el Registrador. Tampoco pueden ya los donantes, sin ejercitar previamente el derecho de reversión, disponer vía testamento de la finca donada, pues la propiedad de la misma (la nuda propiedad) ya ha salido de su patrimonio, y ha ingresado en el de la donataria”.

Añade el recurrente otro argumento y es que “nada impide que los donantes (o testadores en este supuesto hipotético), constituyan en su testamento (e incluso vía donación mortis causa) un derecho de usufructo sobre un bien, legando o donando mortis causa a otra persona la nuda propiedad sobre el mismo; de la misma forma, podrían imponer a dicho legatario o donatario una prohibición de disponer durante un plazo concreto y determinado, por ejemplo, hasta diez años.

En tal caso o hipótesis, ¿significa que el legatario o donatario, en el momento del fallecimiento del donante o testador, no ha adquirido nada, o no ha ingresado nada en su patrimonio? ¿Significaría ello que, en virtud de tales limitaciones (de disfrute y disposición), la donación sería nula?”

3.3. *Esencia de la prohibición de disponer*

La postura de la DGRN en esta resolución nos parece que responde a una concepción que creemos superada respecto a la prohibición de disponer. Como nos enseña GORDILLO CAÑAS (26) existe una tendencia doctrinal que entiende que el poder de disposición pertenece al núcleo esencial del dominio, por lo que la prohibición a él referida desnaturaliza el contenido necesario de la propiedad. Cita GORDILLO, como representativa de esta tendencia, la opinión de SANZ FERNÁNDEZ (27) para quien “teniendo la facultad de disposición carácter esencial en el dominio, reconocido expresamente por el Código civil (artículo 348), en tanto no exista un derecho real limitativo que lo

(26) GORDILLO CAÑAS, Antonio, El “acto o contrato de trascendencia real” y las prohibiciones de disponer, como una de sus manifestaciones. Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez/coord. por Eugenio Llamas Pombo, Vol. 2, 2006, págs. 19-41.

(27) SANZ FERNÁNDEZ, A., Instituciones de Derecho Hipotecario II, pág. 465. Editorial Reus, Madrid 1947.

restrinja no puede admitirse que, sin expresa autorización del legislador, pueda ser excluida” o la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1993 que afirma “que la prohibición de disponer cercena en su esencia la facultad más característica del dominio... esa prohibición en su propia naturaleza y finalidad es contraria a la esencia de la facultad más propia del dominio”. Para D. Jerónimo GONZÁLEZ en nuestro ordenamiento se sigue un sistema de *numerus clausus* para la creación de derechos reales “que siendo objetivamente enajenables, pierden por la eficacia real de la prohibición de disponer esa modalidad y engendran situaciones jurídicas ambiguas”(28).

Sin embargo, las cosas no son así. En nuestro sistema jurídico existe un criterio de *numerus apertus* en materia de derechos reales, siempre que se respeten en su creación la esencia de los mismos. Criterio admitido claramente por la DGRN en numerosas resoluciones. Sirva de ejemplo la de 4 de mayo de 2009 que considera como: “Es perfectamente conocida la doctrina de esta Dirección General acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de ‘*numerus apertus*’ que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. La autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatez, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado”. Este criterio lo ha admitido la DGRN, incluso en los pactos que afectan al dominio, en contra de la opinión de autores como PAU y AMORÓS, que se apoyan en la reserva de ley del artículo 33 de la Constitución Española. Precepto éste que trata de proteger a los particulares frente a abusos del poder público, pero no prejuzga los pactos de los particulares.

La postura de la DGRN no podía ser otra ante el artículo 2 de la LH que en su número segundo declara inscribibles: “Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales”. Lo que desarrolla el artículo 7 del RH: “Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el

(28) Citado por GORDILLO en obra anterior, p. 38.

dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”.

Estos actos o contratos de trascendencia real referidos en el artículo 7 del RH son, como dice GORDILLO CAÑAS, (29) el instrumento ordinario para la conformación y adaptación de los derechos reales típicos a los concretos intereses de quienes lo constituyen y ello es precisamente lo que se pretende con la prohibición de disponer en la donación reversional que estamos estudiando. No se busca alterar la esencia del dominio, negando que el donatario lo haya adquirido, al no tener la facultad de disposición que, según la resolución, la conserva el donante. Se trata simplemente de limitar el ejercicio del poder de disposición que el donatario tiene sobre la cosa donada o, dicho de otra forma, de recortar con trascendencia real las facultades dispositivas del donatario para facilitar el posible ejercicio de la reversión por el donante. Ciertamente, si la prohibición de disponer no existiera, la reversión afectaría a los sucesivos adquirentes de los donatarios, si la donación con la cláusula reversional se inscribiera en el Registro de la Propiedad, pero el ejercicio de la misma tendría más dificultades, al salir de la relación entre donante y donatario. Esta es la razón por la que la prohibición de disponer se establece que tampoco, en clave algo exagerada, es para rasgarse las vestiduras, pues la prohibición de disponer va implícita en figura tan cercana a la contemplada como la reversión a favor de terceros, en la que el donatario no podrá disponer sin el consentimiento de los beneficiados por la reversión, a menos que en la donación se haya dispuesto otra cosa.

Las consideraciones anteriores nos llevan a negar que la prohibición de disponer en una donación con la cláusula de reversión ad nutum produzca los efectos de convertir la donación en una donación mortis causa o, como dice la resolución, sea un dato que pueda llevar a esta conclusión. Precisamente debería ser un dato que llevase a la conclusión contraria, pues si los donantes prohíben al donatario que pueda disponer de la cosa donada es porque consideran que le han transmitido algo, que han donado con la intención de transmitir, que la facultad de disposición es de los donatarios y no

(29) Pág. 24, obra citada.

de ellos y esa intención de transmitir es la que sirve para diferenciar las donaciones intervivos de las mortis causa.

V. DE LA TITULARIDAD FORMAL DEL DONATARIO

Nos referíamos en la introducción a la conclusión final de la resolución que “esa propiedad teóricamente donada tiene un mero alcance formal... que viene a producir ese efecto que antes se apuntó y que se resume en esta idea: pese a la donación, los donantes siguen teniéndose por propietarios de lo donado (reducido a una mera titularidad formal) mientras vivan”.

A lo largo de este artículo hemos expuesto nuestra opinión que existe una transmisión efectiva y no vamos a insistir en ello, pero no podemos pasar por alto las afirmaciones entrecomilladas de la resolución: propiedad teóricamente donada, alcance formal, titularidad formal.

Si hacemos caso a las afirmaciones anteriores nos sumergen en un mar de dudas y nos sorprenden, pues, aunque se cite a la calificación en la misma no aparece ninguno de esos conceptos. El registrador se limita a decir que “nos encontramos ante una donación mortis causa”, que “lo que se está documentando es una disposición testamentaria... en cuyo caso no es inscribible la donación por tener, en realidad, naturaleza mortis causa, en cuyo caso lo procedente sería otorgar un legado testamentario” “la acumulación de algunas o todas esas limitaciones de tal manera que el contenido patrimonial transmitido de presente sea inexistente”, “la escritura que la contiene lo más que podrá ser considerada es un testamento (30) y la donación, si es de un bien concreto, de legado (RDGRN 6-3-1997); por lo que no podrá inscribirse en vida del donante, rigiéndose luego por las reglas de la sucesión”. La postura del registrador, aunque discrepemos de ella, es congruente, lo que no vemos congruente es considerar por la DGRN que estamos ante una propiedad formal.

¿Qué significa o qué alcance tiene esta propiedad formal? Podríamos pensar que se está refiriendo la resolución a que estamos ante un negocio simulado: los otorgantes aparentando una donación intervivos lo que están haciendo es una donación mortis causa.

(30) Apunta el registrador un tema interesante si una donación mortis causa que conste en escritura pública podría considerarse como un testamento. Es decir, su conversión en disposición testamentaria. Antes, cuando era necesario la presencia de testigos en los testamentos, la contestación era claramente negativa, pero ahora sería interesante su estudio detenido.

Donaron la propiedad, pero eso era en teoría, pues en la realidad la retenía el donante. Estaríamos ante una simulación relativa que descubierta la causa real producirá la nulidad del negocio simulado (donación intervivos) y la del disimulado que es una donación mortis causa que debe regirse por los actos de última voluntad. Ocurre que no creemos que en una resolución de la DGRN pueda declararse la existencia de una simulación, que ello corresponde a los Tribunales de Justicia.

Podría decirse más bien que es un negocio fiduciario. Recordemos que la expresión titularidad formal es típica del negocio fiduciario: lo lógico sería que el fiduciante fuese el donante que retiene la propiedad real y el fiduciario que sería el donatario la formal o aparente. Se nos puede acusar, y con razón, de exagerar la construcción jurídica de la donación examinada, pero téngase en cuenta que no somos nosotros los que hablamos de titularidad formal, consecuencia de una propiedad teóricamente donada. Pero si se trata de una propiedad formal la adquirida por el donatario la resolución está cayendo en una contradicción, pues está reconociendo efectos a la donación así realizada. Seguramente esa propiedad formal sería inscribible, con las limitaciones del pacto subyacente que serían las cláusulas pactadas en la donación. No se trataría de un negocio mortis causa, sino de un negocio fiduciario con los efectos que el mismo plantea. Ocurre, para mayor confusión, que la resolución no dice que el donatario sea el titular formal, sino que los donantes siguen teniéndose por propietarios de lo donado (reducido a una mera titularidad formal). Si la titularidad formal es del donante, la real será de los donatarios, por lo que cómo puede sostenerse que la donación no produjo efectos intervivos

Lo congruente es la postura del registrador en su calificación, aunque insistimos una y otra vez que discrepamos de ella: al ser una donación mortis causa, no se han cumplido las formas testamentarias y añadimos nosotros, si en una disposición testamentaria no se han cumplido las formalidades legales el negocio jurídico será nulo y al ser nulo no producirá efecto alguno. Como sabemos la nulidad absoluta se produce de forma automática o "ipso iure", ya que es una "cualidad" del contrato. O sea, que el contrato no se anula, sino que es nulo, es una nulidad originaria, por arrancar del momento mismo de la celebración del contrato. No precisa declaración judicial. No obstante, lo anterior, a veces es necesario desvanecer la posible apariencia jurídica de regularidad del contrato (en palabras de WINDSCHEID, "el negocio nulo no existe para el derecho, pero de hecho existe. Es un cuerpo sin alma, pero no por ello deja de ser

un cuerpo"). Pero la sentencia que se dicte es declarativa porque no modifica la realidad jurídica. Puede que a esta apariencia del contrato nulo es a la que se está refiriendo la resolución, pero ello no es una propiedad formal y menos aún en el donante que tendría una propiedad real.

Lo anterior nos lleva a sostener que estamos ante una resolución confusa y contradictoria, en la que es difícil apoyarse para deducir una doctrina clara en la materia.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Al llegar a las conclusiones finales nos parecen importantes dos comentarios de Manuel ESPEJO. El primero como "la doctrina y la jurisprudencia... se ha detenido en exceso sobre el problema de la no admisibilidad en nuestro Derecho de la donación mortis causa, en cuanto forma típica de disponer mortis causa, y la consiguiente remisión de las mismas a su formalización testamentaria, lo cual nos parece que puede llegar a ser peligroso pues, a pesar del buen sentido con el que suele aplicarse el sistema por el Tribunal Supremo, el tenor literal de algunas Sentencias de éste y, sobre todo, de Tribunales inferiores es mucho más criticable. En nuestra opinión, la amplitud de variantes que admite la donación inter vivos, poco menos que hace innecesaria la donación mortis causa, puesto que el tradicional contenido y función de ésta puede ser asumido casi en su totalidad por aquélla; por eso mismo nos resulta peligroso insistir en la vigencia de una prohibición que puede terminar por introducir limitaciones a las donaciones que no se encuentran formuladas explícitamente en las normas..."(31). Ello es lo que creemos ocurre con la donación con reserva de la facultad de disponer en favor del donante y con la cláusula de reversión, en sus distintas modalidades, entre ellas la reversión ad nutum, objeto de nuestro estudio. Decíamos anteriormente que, entre otros pactos posibles en las donaciones, puede establecerse la revocación de la donación, disponiendo el donante por su sola voluntad de la cosa donada en favor de un tercero, en cuyo caso el donante hará suya la contraprestación que es la donación con reserva de la facultad de disponer (artículo 639 Cc) o volviendo la misma cosa donada al donante por su sola voluntad, que es la donación con el pacto de reversión ad nutum (artículo 641 Cc). Dos donaciones intervivos permitidas por nuestro Código Civil.

(31) Op. cit., p. 243.

Manuel ESPEJO añade posteriormente (32): "Es decir, el problema no es el de la suerte que haya corrido la figura histórica de la donación mortis causa, sino el mayor o menor espacio que haya quedado a la misma dentro de la única donación ahora regulada por el Código Civil que es la inter vivos. En el fondo la duda fundamental, que no queda resuelta expresamente por la doctrina mayoritaria, es cuál es la razón por la que, otorgada y aceptada una donación con forma inter vivos, se justificaría declararla nula por falta de forma en razón de que se haya previsto una eficacia aplazada a la muerte del donante y su libre revocabilidad por éste hasta ese momento. ¿Existe alguna norma que lo imponga? Y, más allá de esta pregunta, ¿existe alguna razón de protección al donante que explique la imposibilidad de esta figura? Parece difícil, pues si a un sujeto determinado se le permite donar, no tiene sentido impedirle hacerlo con una limitación que le favorece. ¿Y se podría explicar la exclusión de la figura en razón de la protección al donatario? A ello responde Vallet: ¿Qué protección es esa que se dice dispensar al donatario, que se resuelve precisamente anulando la donación mortis causa pactada a su favor...?".

Efectivamente se pretende prohibir con el dogma jurídico de las donaciones mortis causa donaciones que los otorgantes han querido adaptar a sus concretas necesidades e intereses. Se interpreta lo que las partes pretenden, prescindiendo de lo que ellas han manifestado y de los efectos sustantivos y fiscales que las mismas producen, sustituyendo esos efectos sustantivos por otros en los que ni el donante, ni el donatario han imaginado. Se olvida que en gran número de ocasiones las donaciones son un anticipo de la sucesión mortis causa del donante, que lo donado y lo dejado a su fallecimiento forma muchas veces un todo, que la donación es una pieza del fenómeno sucesorio. Si ello es así, máxime en la realidad social española, debe fomentarse las figuras jurídicas que faciliten el tránsito sucesorio de los bienes de las personas y no obstaculizarse con dogmas nacidos en los despachos y no en la realidad cotidiana. La donación con la posibilidad del donante de revertirla a su voluntad es algo tan simple como que un padre done a un hijo un bien y ambos acuerden que si lo necesita pueda recuperarlo en cualquier momento, pero dándose desde un principio los elementos de la donación: el animus donandi, el empobrecimiento del donante y el enriquecimiento del donatario. Por todo ello concluimos que, a nuestro juicio:

(32) Op. cit., p. 246.

- Es perfectamente válida la donación del pleno dominio en la que se haya pactado la reversión en favor del donante por su sola voluntad, pues obviamente en la misma hay un desplazamiento patrimonial desde que la donación se perfecciona, de los frutos y de la propiedad de la cosa, empobreciéndose el donante y enriqueciéndose el donatario.
- Es igualmente válida la donación de la nuda propiedad en la que se haya pactado la reversión en favor del donante por su sola voluntad, pues en la misma hay un desplazamiento patrimonial desde que la donación se perfecciona de la nuda propiedad de la cosa, con los efectos antes examinados, produciéndose un empobrecimiento en el donante y un enriquecimiento del donatario.
- Que la inclusión del pacto por el que se prohíbe la disposición reduce facultades en el donatario, pero no impide el desplazamiento patrimonial, por lo que se produce igualmente desde que la donación se perfecciona un empobrecimiento en el donante y un enriquecimiento del donatario.
- Que en último extremo será un tema a resolver en sede judicial y no registral.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, VIII, 2º, Madrid, 1986.
- CAÑIZARES LASO, Ana, Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias. Anuario de Derecho Civil, Vol. 44, Nº 4, 1991, págs. 1453-1528.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A., Donaciones mortis causa en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra. Revista jurídica de Navarra, Nº 15, 1993, págs. 89-120.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., Donaciones Mortis Causa. Posibilidades actuales en el código civil y propuestas de reforma. En Derecho de sucesiones: presente y futuro: Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, págs. 241-288.
- GORDILLO CAÑAS, A., El "acto o contrato de trascendencia real" y las prohibiciones de disponer, como una de sus manifestaciones. Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez/coord. por Eugenio Llamas Pombo, Vol. 2, 2006, págs. 19-41.
- GONZÁLEZ-MENESES Y GARCÍA VALDECASAS, M., La donación, pp 623 y ss., T. III, Obligaciones y contratos, Vol 2º. Instituciones de Derecho Privado. Obra Colectiva, Consejo General del Notariado. Editada por Civitas. Madrid. 2005.
- JORDANO BAREA, J., "El testamento", RDN, 1962, págs. 68-69, nota.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B., Estudios sobre donaciones, pp 9 y ss. Ed. Montecorvo, Madrid 1978.

LA PROTECCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EN EL NUEVO ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

Juan Bolás Alfonso

Notario, ex Presidente del Consejo General del Notariado y
Patrono de la Fundación Æquitas

Resumen: El art. 831 Cc incluye la posibilidad de que no se reparta la herencia del cónyuge premuerto hasta el fallecimiento del viudo, no obstante, la STS 24 de mayo 2019 ha interpretado el precepto aplicando las reglas generales de las legítimas y en especial la intangibilidad cualitativa por lo que considera que el viudo no puede retrasar hasta su muerte la satisfacción de la legítima de los hijos comunes. Sin embargo, ésta es una interpretación incorrecta siendo posible otra más respetuosa con el tenor literal y la finalidad de la norma.

Palabras clave: Fiducia sucesoria, art. 831 Cc, legitimarios descendientes, intangibilidad cualitativa, protección de las personas con discapacidad.

Abstract: Article 831 of the Spanish Civil Code establishes the possibility that the inheritance of the deceased spouse may not be distributed until the death of the widow or widower. However, the SCJ of 24 May 2019 has interpreted this provision by applying the general rules of legitimate needs and, in particular, qualitative intangibility. It therefore considers that the widow or widower may not delay until his or her death the satisfaction of the legitimate needs of the children of both spouses. However, this is an incorrect interpretation, and it is possible to make one that better fulfils the wording and purpose of the rule.

Key words: inheritance trust, article 831 of the Spanish Civil Code, legitimate descendants, qualitative intangibility, protection of persons with disabilities.

SUMARIO

- I. LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE
- II. LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VÍA HERENCIA
- III. LA ALTERACIÓN DEL RÉGIMEN SUCESORIO EN EL ARTÍCULO 831
- IV. LA SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 2019
- V. CONCLUSIONES

La protección de la legítima en el supuesto del artículo 831 Cc se articula mediante una acción de rescisión de los actos que el cónyuge realizara sin reservar los bienes suficientes para su pago.

Lógicamente la acción no prosperará si la legítima es satisfecha, teniendo en cuenta que el pago o satisfacción de la legítima se entiende hecho aunque se haya realizado, en todo o en parte, con bienes privativos del cónyuge viudo.

Así resulta del apartado 3 del citado artículo 831, a cuyo tenor:

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

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

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

La sentencia que comentamos a continuación no lo ha entendido así y, sorprendentemente, orilla todo comentario a la acción de rescisión y se apoya en la expresión "suficientemente satisfechas" para basar su decisión de que las legítimas deben pagarse a la muerte del

causante con lo que deja sin sentido el nuevo mecanismo introducido por la reforma en la ley de 2003 ya que si las legítimas se tienen que pagar a la apertura de la herencia no se concibe que puedan darse posteriormente actos que las perjudiquen.

La sentencia número 293/2019, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, fechada el 24 de mayo de 2019, sanciona una doctrina que, de consolidarse, implicará un duro golpe a las expectativas generadas por el artículo 831 del Código Civil, tras su reforma por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en cuanto a las posibilidades de los padres de organizar sus herencias de forma y manera que quede protegido en lo posible un hijo o descendiente con discapacidad, siendo además un mecanismo muy eficaz para mantener la unidad del patrimonio familiar por padres con varios descendientes comunes.

I. LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

Tal como escribí en 2013 (*"El artículo 831 del código civil: una norma del siglo XXI"* En Revista Jurídica del Notariado, números 86 y 87) para comprender el significado y alcance del nuevo artículo 831 del Código Civil es imprescindible conocer los principios en que se inspiró su reforma por la citada ley 41/2003, en cuya elaboración participó el notariado a través de la fundación "Æquitas"; lo que explica la introducción de nuevas figuras como el poder preventivo, la autotutela, el contrato de alimentos y la dulcificación del sistema legítimo.

Todas estas novedades partían de la observación de la realidad vivida en los despachos notariales.

Tal como señala la Exposición de Motivos de la ley 41/2003, *"Son múltiples los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49 de la Constitución, tratan de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, tal y como exige el artículo 9.2 de la Constitución"*.

La ley se centra en el aspecto patrimonial de la protección de las personas con discapacidad ya que uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de esas personas es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender sus específicas necesidades vitales. *"En gran parte, tales medios son*

proporcionados por los poderes públicos, sea directamente, a través de servicios públicos dirigidos a estas personas, sea indirectamente, a través de distintos instrumentos como beneficios fiscales o subvenciones específicas.

Sin embargo, otra parte importante de estos medios procede de la propia persona con discapacidad o de su familia, y es a esta parte la que trata de atender esta ley”.

II. LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VÍA HERENCIA

Hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, por ello, así como el Capítulo I de la ley regula el patrimonio protegido, como un mecanismo mediante el cual pueden afectarse bienes en vida para atender a las necesidades de la persona con discapacidad, el Capítulo II modifica el Código Civil en diversos artículos en materia de régimen sucesorio, entre otros el artículo 831 que es al que se ciñe este comentario.

Es importante, por lo que luego se dirá, destacar la postura del legislador a la hora de introducir modificaciones que alteran algunos principios del régimen sucesorio que hasta ahora eran indiscutidos e indiscutibles. Me refiero, claro está, al principio de intangibilidad de la legítima conforme al cual no cabe imponer sobre la legítima ningún tipo de carga, gravamen ni condición.

El legislador del siglo XXI no se detiene ante aquellos principios, sino que hace prevalecer otras ideas sobre las posturas tradicionales en aras del cumplimiento de los objetivos que considera prioritarios en la realidad social del momento en que se elabora la Ley 41/2003.

Así, según resulta de la nueva redacción de los artículos 782, 808. 3º y 813, la legítima estricta puede gravarse con una sustitución fideicomisaria **en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado**, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

Ello conlleva un aplazamiento de la entrega de la legítima estricta pues los coherederos forzosos no entrarán en el goce y disposición de su legítima estricta hasta el fallecimiento del fiduciario, aplazamiento del disfrute de la legítima estricta que puede durar muchos años.

Es clara la decisión del legislador de que el principio de intangibilidad de la legítima no sea un obstáculo para llevar a la práctica el

objetivo prioritario de proteger patrimonialmente en la herencia al descendiente con discapacidad.

En mi opinión, por lo que luego se dirá, el mecanismo del 831 conlleva también la posibilidad de aplazar la entrega de la legítima estricta.

III. LA ALTERACIÓN DEL RÉGIMEN SUCESORIO EN EL ARTÍCULO 831

La suavización de las características de la legítima tradicional se aprecia igualmente en la nueva redacción del artículo 831 del Código Civil.

En su apartado 1º– Párrafo 1º el legislador señala la amplitud de facultades que pueden conferirse al viudo. En rigor no se trata de una excepción al art.830 circunscrito a la facultad de mejorar, pues las facultades del viudo se extienden a la distribución de toda la herencia, incluido el tercio libre. Según este apartado en su primer párrafo.

"1.– No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar".

El tenor del precepto confirma la idea de que el fiduciario no tiene la obligación de practicar la partición hereditaria a la apertura de la herencia sino que puede ir realizando adjudicaciones de bienes concretos hasta agotar el caudal hereditario.

Los párrafos 2º y 3º de este mismo apartado 1, determinan la forma de ejercer el viudo sus amplísimas facultades, el plazo y el efecto traslativo de las adjudicaciones que haga el viudo. A tenor de estos párrafos:

"Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años

contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

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

Como quiera que el cónyuge puede hacer adjudicaciones en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, en la práctica cabe que el cónyuge decida hacer la partición a la apertura de la herencia o esperar para poder actuar con más criterio a la vista de la evolución de las circunstancias familiares y patrimoniales. Por ello habrá bienes ya adjudicados y otros pendientes de adjudicación, diferencia de la que se hace eco **el apartado 2º** según el cual *“Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre **los que penden** las facultades a que se refiere el párrafo anterior”.*

Especial relevancia tiene lo dispuesto en el **apartado 3º** del artículo 831 referido a la protección de las legítimas estrictas de los descendientes comunes.

El legislador altera el régimen de las legítimas en cuanto que para su protección opta por introducir con carácter de rigurosa novedad **una acción de rescisión**. Ello se comprende si partimos de la base de que, conforme a los apartados anteriores el cónyuge puede ir haciendo adjudicaciones en favor de los hijos pero no debe hacerlas en una cuantía que no deje bienes para el pago de las legítima y si lo hace, si se excede, las adjudicaciones que haya hecho vulnerando las legítimas de los no adjudicatarios podrán ser rescindidas por estos.

Ahora bien, la acción de rescisión no ha lugar si la legítima es pagada aunque lo sea en todo o en parte con bienes privativos del viudo.

Por ello no tendría ningún sentido esta acción de rescisión si se interpreta el 831 de forma que se entienda que la legítima hay que pagarla a la apertura de la sucesión pues, por hipótesis, aún no se habrá producido ninguna adjudicación por el viudo que pudiera rescindirse. El orden de las cosas es el siguiente: apertura de la sucesión, adjudicaciones decididas por el viudo, y posible rescisión si dichas adjudicaciones impiden el pago total de la legítima estricta, pues, como dice la norma, el viudo “al ejercitar las facultades encomendadas deberá respetar las legítimas estrictas...”.

A tenor de este apartado 3º:

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

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

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

El sistema de protección de la legítima a través de una acción de rescisión supone una importante alteración del sistema, alteración que el legislador de 2003 reconoce explícitamente en el **apartado 4**, según el cual:

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

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

Obsérvese que el precepto se refiere "a los bienes afectos a esas facultades" de manera que en el caso de concurrir descendientes comunes con no comunes el fiduciario debe distinguir dos masas de bienes, la destinada a distribuirse entre los hijos comunes y la destinada a cubrir la legítima de los no comunes. La legítima de los no comunes, salvo que otra cosa haya dispuesto el testador, será la legítima estricta al igual que sucede en el caso de preterición al que se refiere expresamente el precepto. Además, el fiduciario queda investido de poderes "ex lege" para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de adjudicación relativos a tales legítimas que son las que cita el primer inciso de este apartado.

Finalmente, conforme los **apartados 5 y 6**:

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

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

Es decir que, aunque la hipótesis más habitual es la de padres unidos por matrimonio, el precepto se aplica igualmente a la relación de hecho análoga.

Vemos pues que el artículo 831 permite al testador potenciar la figura del cónyuge viudo (o padres no casados) como fiduciario, otorgándole plenas facultades para distribuir la herencia entre los hijos comunes atendiendo a las circunstancias de la vida, a sus necesidades y comportamiento.

Por ello, como indiqué al comienzo, se trata además de un mecanismo sucesorio muy adecuado para mantener la integridad del patrimonio familiar, más allá del sistema clásico del usufructo entre cónyuges puesto que suaviza el rigor del sistema legitimario del Derecho Común al permitir aplazar, no precipitar, la partición de la herencia. La cláusula de la cautela socini es muy útil pero no siempre es la que más se ajusta a la situación de la familia.

Un supuesto vivido en la práctica puede ayudar a comprender el alcance de la nueva norma.

Piénsese en unos padres que tienen dos hijos, con un patrimonio ganancial modesto pero muy habitual hoy, compuesto de la vivienda familiar, un vehículo y una cuenta corriente que se nutre de los sueldos o ingresos profesionales de los padres. Al fallecimiento de uno de los cónyuges el viudo se queda solo para hacer frente a los gastos de la familia; los ingresos se merman por el fallecimiento de uno de los padres; y los hijos reclaman el pago de la legítima, pago al que el viudo no puede hacer frente salvo vendiendo o hipotecando la vivienda con el consentimiento, más bien exigencia, de los hijos.

La gravedad del caso aumenta considerablemente si uno de los hijos sufre algún tipo de discapacidad que obliga al viudo a importantes gastos para su cuidado y mantenimiento.

En este punto es importante insistir en que el origen de la norma se encuentra en la protección del hijo con discapacidad, pero en su redacción definitiva se consideró oportuno ampliar su ámbito de

aplicación a todos los supuestos de padres con varios hijos comunes.

Lo dicho se refuerza a la vista de las palabras de la Exposición de Motivos. En efecto, su apartado VII señala lo siguiente:

*"d) Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una **nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad**. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendiente comunes, lo que permitirá **no precipitar la partición** de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y **aplazar dicha distribución** a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí"*

En rigor, aunque en la redacción del artículo 831 Cc no se contempla expresamente en ningún punto la existencia de descendientes con discapacidad, se puede decir que es el auténtico origen de la norma tal como confirma la Exposición de Motivos de la Ley.

Por ello debemos distinguir entre el origen del precepto, que es el apuntado, de su finalidad, pues parece claro que la finalidad del precepto es la de permitir que el reparto de la herencia no se vea obstaculizado por la exigencia del cobro de la legítima estricta cuyo pago queda o puede quedar aplazado, como en los casos vistos de los artículos 782, 808.3 y 813, puesto que será el viudo el que deberá hacer dicho pago en el momento en que sea más conveniente atendiendo a las circunstancias y, especialmente, en su caso, a la evolución del hijo discapaz o a la disponibilidad del patrimonio familiar.

Gracias a la extensión general del precepto, éste puede ser aplicado por los progenitores con descendencia común para proteger al máximo al viudo y facilitar la unidad del patrimonio familiar, independientemente de que exista o no un hijo con discapacidad.

Las facultades concedidas al cónyuge son no sólo para mejorar, utilizando tanto el tercio de mejora como el tercio libre, sino para *"distribuir la herencia"*. Es decir, el viudo puede llevar a cabo la partición hereditaria sin estar obligado a fraccionar la masa hereditaria y sin urgencias ni precipitación.

Por ello, a pesar de la natural resistencia de un sector doctrinal a admitir la alteración del sistema legitimario, reduciendo el alcance del artículo 831, como vimos es el propio legislador el que deja claro que ha quedado alterado.

La alteración del sistema legitimario es notable en cuanto al cómo y al cuándo del pago de la legítima estricta.

Respecto del cómo, para el sistema general, la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos (Cfr. artículo 806 Código Civil). Por ello se dice que la legítima es “pars bonorum”. En cambio, en el supuesto del 831 el viudo puede abonar la legítima, en todo o en parte, con bienes propios para evitar la rescisión de las adjudicaciones realizadas.

Y respecto al cuándo, la norma parte de la base de que por muy amplias que sean las facultades del cónyuge, al ejercitarlas este deberá tener en cuenta la legítimas estrictas de los descendientes comunes de manera que no se exceda en las adjudicaciones a favor de alguno de los descendientes comunes pues si ello sucediera la protección de la legítima estricta en este supuesto se logra concediendo al perjudicado una acción de rescisión de los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado. Dada la importancia de esta acción de rescisión de los actos del viudo que pudieran impedir satisfacer la legítima, el propio legislador se apresura a señalar, como vimos, que se entenderán respetadas las legítimas cuando resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades, en cuyo caso no procederá la acción de rescisión.

En suma, el cónyuge fiduciario ejerce sus facultades en el plazo señalado por el testador, que puede permitirle hacer las adjudicaciones en su propio testamento, y en defecto de plazo señalado tendrá el de dos años desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

IV. LA SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 2019

En el caso de la sentencia que motiva este comentario, el testador falleció dejando viuda y dos hijos. En su testamento, para el caso de que le sobreviviera su esposa, se acogió a la fórmula del artículo 831, casi literalmente, nombrándola además albacea y designando contadores partidores para que auxilien a la viuda si esta lo solicita.

Fallecido el testador, la viuda formaliza una escritura de liquidación de gananciales pero aplaza la partición.

Uno de los hijos interpone demanda ante el Juzgado de primera Instancia solicitando la nulidad de la liquidación de gananciales y el pago de su legítima.

La sentencia desestimó la demanda declarando que en las cláusulas testamentarias ***“se determina con toda claridad, y con cobertura en el artículo 831 Cc, vigente al momento del otorgamiento, que el cónyuge supérstite pueda realizar la partición y adjudicaciones en el momento oportuno, sin sujeción a plazo... por ello el hoy actor tendrá que esperar como tiempo límite al fallecimiento de su madre para poder pretender y adquirir concretamente la herencia del padre fallecido, lo contrario sería ir contra la voluntad del testador recogida en su testamento, no siendo sino al momento de la partición de la herencia, atendida la redacción del testamento y de las amplias facultades concedidas a la esposa, cuando podrá conocerse si se han respetado las legítimas estrictas de los descendientes y las mejoras y demás disposiciones del causante, y de no respetarse podrá pedir tanto el complemento de la legítima como la petición de la misma, y, en su caso, la rescisión de los actos que previene el citado precepto, lo que actualmente no puede pretender dada la singularidad del supuesto....”***

La sentencia desestima también la pretensión de que se declare nula la liquidación de la sociedad ganancial formalizada por la viuda con el auxilio de los contadores partidores.

En mi opinión la sentencia de primera instancia es correcta y tiene el mérito de acertar en la interpretación de la norma en un asunto en el que no hay precedentes.

No puede decirse lo mismo, en mi opinión, de las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo. En efecto, como vamos a ver el juzgador en estas sentencias se desentiende de la finalidad de la norma y, sorprendentemente **orilla todo razonamiento respecto del nuevo sistema de protección de la legítima mediante la acción de rescisión.**

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia estimó válida la liquidación de la sociedad ganancial realizada por la viuda, con el auxilio de los contadores partidores y, por otra parte, reconoció el derecho del hijo a percibir su legítima estricta sin dilación en base de los siguientes argumentos:

1. El artículo 831 guarda silencio respecto del momento en que debe ser pagada la legítima estricta.

2. Pero el apartado 3, párrafo tercero ofrece **una importante pista (¿?)** al indicar que "Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas y otras resulten suficientemente satisfechas..." La interpretación gramatical de estas palabras, dado que satisfacer significa pagar, no puede ser otra que el legislador se refiere a cuando las legítimas estrictas sean pagadas por entero.

3. El contexto interpretativo y la finalidad jurídica de la norma.

4. La intangibilidad de la legítima (artículo 813) pues diferir el pago de la legítima implica la imposición de un gravamen contrario al artículo 813, párrafo segundo.

Por todo ello la legítima estricta debe ser abonada una vez abierta la sucesión y fijado su importe.

En el recurso de casación el recurrente sostiene que desde una interpretación correcta de la actual redacción del art.831 Cc, se desprende que el pago de la legítima se difiere al momento en el que el fiduciario ejercita las facultades conferidas por el testador, y no antes. El TS rechaza esta argumentación reconociendo que se trata de una cuestión no exenta de debate en la doctrina civilista, por diversas razones:

En primer lugar, y de forma principal, porque el art.831 guarda silencio.

En segundo lugar, porque no se cuenta con una doctrina jurisprudencial.

Por último, un sector de la reciente doctrina científica, en contra de la posición tradicional, se inclina por aplicar el plazo de dos años que señala el artículo 813, o, incluso, el otorgamiento del propio testamento del fiduciario.

En este contexto, la sala considera que el criterio de la Audiencia es correcto por cuanto en nuestro sistema sucesorio el derecho del legitimario no puede quedar sujeto a plazo salvo en los casos en los que lo disponga la propia norma, como en los supuestos del art.1056 Cc, o del art.844 Cc.

Con pleno respeto al criterio de la sala, los argumentos expuestos por la Audiencia y el TS no me convencen. Me explicaré.

1. Como quedó explicado, el artículo **no guarda silencio** respecto del cuándo se puede pagar la legítima. El fiduciario está facultado para distribuir la herencia y hacer adjudicaciones con cargo

al tercio libre, al de mejora y, por supuesto, puede hacer adjudicaciones a un legitimario en pago del todo o parte de la legítima. Pero al ejercitar sus amplias facultades deberá siempre conservar bienes suficientes para el pago de la legítima estricta. Por ello, el art.831 implica que a la apertura de la herencia el fiduciario formalice un inventario para el cálculo de la legítima estricta que deberá respetar “al ejercitar las facultades encomendadas” de manera que será al término de sus funciones cuando tienen que estar pagadas las legítimas. Si no lo estuvieran el legitimario dispone de la acción de rescisión para la satisfacción de sus derechos.

2. Resulta cuando menos sorprendente que el juzgador se apoye, entre otros, en el **argumento gramatical** sin hacer la menor referencia a la acción de rescisión, como mecanismo introducido por el legislador para el respeto de las legítimas.

La razón es clara. En efecto, el dejar en el olvido la acción de rescisión provoca la curiosa **interpretación gramatical** del párrafo 3º del apartado 3. Lo que la Audiencia considera “una pista” nada tiene que ver con el momento del pago de la legítima. **Este párrafo 3º es complemento del párrafo anterior que regula la acción de rescisión.** El párrafo 3º lo que indica es que no procede la acción de rescisión si la legítima se paga incluso con bienes privativos en todo o en parte. “*Se entenderán respetadas... las legítimas cuando resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades*”. La Audiencia confunde el cuándo (durante el ejercicio de las facultades) con el cómo (satisfacerlas incluso con bienes privativos para evitar la rescisión) lo que es consecuencia, como digo, de obviar toda referencia a la acción de rescisión que es la pieza esencial del artículo en lo tocante a la protección de la legítima.

3. Más sorprendente es, si cabe, el argumento del **contexto y la finalidad jurídica de la norma.**

Conocida la modificación de diversos artículos por la Ley 41/2003 que vienen a suavizar el principio de intangibilidad de la legítima, y conocida también la finalidad buscada de no precipitar la partición, no es fácil saber a qué finalidad jurídica de la norma se refiere la sentencia.

El contexto normativo modificado, así como las palabras de la exposición de motivos, avalan la solución contraria a la que llega la sentencia.

4. Finalmente, se argumenta una vez más en base al **principio de intangibilidad** de la legítima olvidando que la reforma lo que pretendió fue precisamente suavizarlo.

Este último argumento “paraguas” pone de manifiesto, una vez más la dificultad de admitir cambios en nuestro sistema legitimario, hoy en entredicho.

V. CONCLUSIONES

1. El artículo 831 altera el régimen de las legítimas según palabras del propio legislador (831.4 Cc).

Este artículo debe interpretarse teniendo en cuenta la intención del legislador y de forma sistemática, es decir a la vista de las reformas introducidas en otros artículos que evidencian la postura del legislador del siglo XXI respecto de sus prioridades a la hora de decidirse por mantener la intangibilidad de la legítima o la introducción de nuevos mecanismos de protección de los hijos con discapacidad o la unidad del patrimonio familiar.

Como dijimos, si es cierto que en un principio el legislador pensaba en la existencia de un hijo o descendiente con discapacidad, no es menos cierto que optó por suprimir este presupuesto o requisito, de manera que el artículo se expande a toda hipótesis de hijos o descendientes comunes.

2. Si los progenitores tiene un hijo o descendiente declarado incapacitado por resolución judicial, podrán gravar la legítima a los demás legitimarios **en beneficio del discapacitado** con una sustitución fideicomisaria de manera que el disfrute de la legítima se aplazará al momento de la muerte del fiduciario. Pero si no es el caso, como resulta de la Exposición de Motivos, en las palabras transcritas, el artículo 831 permite aplazar la partición de la herencia sin más requisito que sea ésta sea la voluntad del testador con varios hijos comunes.

3. Por ello, el mecanismo del artículo 831 se aplica existan o no hijos con discapacidad, siendo especialmente útil respecto de progenitores **con hijos de corta edad**, manteniendo la dirección y gestión del patrimonio familiar en el viudo, conforme a la voluntad del testador. Lo que resulta muy recomendable ante la frenética evolución de la sociedad actual y de la imposibilidad de los padres de prever lo que sucederá en un futuro respecto de las necesidades y comportamientos de sus hijos.

4. Por otra parte, el artículo 831 introduce un mecanismo que puede facilitar enormemente la sucesión en el patrimonio familiar evitando su fraccionamiento, al menos en vida del viudo.

5. El significado y alcance general del nuevo artículo 831 conlleva una importante alteración de sistema sucesorio del siglo XIX

plasmado en nuestro Código Civil, no sólo en cuanto a la intangibilidad de la legítima sino también respecto de diversas normas cuya aplicación resulta incompatible con la dicción del precepto. Así:

a) El artículo 831 se aparta del **artículo 806** ("pars bonorum") por cuanto que la legítima no se satisface necesariamente con bienes de la herencia sino que puede satisfacerse con bienes que están fuera de la masa hereditaria, como son los bienes privativos del fiduciario.

b) No debe interpretarse como desarrollo o complemento del **artículo 830** con el que nada tiene que ver pues no se trata de encomendar a otro la facultad de mejorar.

c) El fiduciario goza de amplísimas facultades para adjudicar los bienes hereditarios con unos u otros bienes, por lo que no encajan en este supuesto los **artículos 841 a 847** relativos al pago de la legítima en metálico.

d) A las adjudicaciones de bienes concretos no le serán aplicables las normas de los legados, no necesitando el consentimiento de los legitimarios para la entrega aunque no haya formalizado la partición.

e) El fiduciario tiene el mandato de administrar el patrimonio hereditario durante el plazo marcado por el artículo 831, y de ir haciendo las adjudicaciones que considere procedentes, de donde resulta inaplicable **el artículo 1051** pues la indivisión del patrimonio se mantendrá el tiempo que el fiduciario considere necesario para cumplir la voluntad del testador.

f) Por la misma razón, el artículo 831 implica la inaplicabilidad del **artículo 1052** respecto de la facultad de los herederos de pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.

En suma, es comprensible que la irrupción de este artículo haya causado cierto estupor en los partidarios del sistema tradicional del Código Civil que con unos u otros argumentos intentan dejarlo vacío de contenido.

Personalmente, en mi ejercicio profesional como notario, durante más de quince años he autorizado testamentos adaptados al artículo 831 y más de unas docenas de particiones y adjudicaciones en base a dicho precepto con resultado muy positivo para las familias, que es realmente lo importante.

CRISIS FAMILIAR Y VIVIENDA PROPIEDAD DE TERCERO

Manuel García Mayo

Prof. Dr. de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Resumen: El Tribunal Supremo ha mantenido, a lo largo de los años, una posición contradictoria respecto al tratamiento del uso de la vivienda familiar atribuido tras la crisis matrimonial cuando la vivienda se venía disfrutando en virtud de una cesión gratuita por parte de un tercero. En estos casos, ha de considerarse que existe una situación de precario *ab initio* que no se verá modificada por la atribución judicial del uso de la vivienda, manteniéndose como tal hasta que el propietario reclame la cosa.

Palabras clave: precario; comodato; vivienda familiar; matrimonio; divorcio; familia; uso; crisis matrimonial.

Abstract: The Supreme Court has adopted, over the years, a contradictory stance regarding how to determine assignation of the use of the family home following a marital breakdown when the home is owned by a third party and was being used by the married couple free of charge. In these cases, it must be considered that a situation of precariousness exists *ab initio* which will not be modified by the judicial assignation of the use of the family home, remaining as such until the owner claims back the property.

Key words: precarious; gratuitous bailment; family home; marriage; divorce; family; use; marital breakdown.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA VIVIENDA CEDIDA GRATUITAMENTE: ¿PREARIO O COMODATO?
 - 1. Naturaleza dinámica del derecho atribuido
 - 2. Aproximación a los conceptos de “preario” y “comodato”
- III. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE COMODATO
 - 1. Conversión del comodato en preario tras la disolución del matrimonio
- IV. NUESTRA TESIS: SITUACIÓN DE PREARIO *AB INITIO*
 - 1. Defensa de la tesis propuesta
 - 2. La no alteración de la situación de preario por la atribución judicial del uso
 - 3. Tratamiento de la cuestión en Italia
- V. VIVIENDA PROPIEDAD DE TERCERO Y DE UNO DE LOS CÓNYUGES
- VI. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO
- VII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La familia ha sido desde antiguo germen del desarrollo y evolución de la sociedad. Difícilmente cabría imaginar una sociedad sin este grupo social básico. Ya lo decía PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien consideraba la familia como “el núcleo social primario integrado por las personas unidas por los vínculos sociales más fuertes” y, refiriéndose a la importancia de la misma, mantenía que es, para la persona, “como el medio ambiental natural a fin de conseguir el pleno desarrollo de la personalidad” y, para la sociedad, “como célula natural y fundamental”. La familia constituye “la célula social a través de la cual cada persona desarrolla su personalidad y se integra en los grupos y comunidades más amplias que constituyen el entramado social”. Considera que la necesidad de esta institución

es evidente. Para los cónyuges, "la posibilidad del matrimonio es una exigencia de su derecho al libre desarrollo de la personalidad"; para los hijos, por su parte, "el ambiente familiar (por naturaleza o por adopción) es una necesidad vital para su crianza y para desarrollar su personalidad e integrarse en la sociedad (en la familia se le da el aprendizaje fundamental: lengua, ideas morales, comportamiento social)". Y concluye, en tal sentido, diciendo: "de la salud, estabilidad y bienestar de la institución familiar depende la salud, estabilidad y bienestar de la sociedad misma"(1). En este sentido se expresa también el art. 39 de la Constitución Española.

El legislador, al igual que es consciente de la importancia de la familia, lo es de la trascendencia que tiene, para esta, la vivienda principal en la que convive. De ahí que también proteja el referido inmueble. La vivienda familiar es un bien crucial en el desarrollo de la familia. No se trata únicamente de su morada, del lugar donde sus miembros satisfacen sus necesidades biológicas. Como ya advirtiera RAMS ALBESA, la vivienda familiar "cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad"(2). La vivienda sirve de punto de referencia para situar a la familia en una determinada clase social, en un nivel económico, cultural y educativo. La vivienda crea una especial vinculación entre los que la habitan y el entorno que la rodea; un vínculo social que se considera digno de protección, especialmente cuando existen hijos menores de edad.

Fruto de esa especial importancia que se le viene otorgando a la vivienda familiar es el estatuto jurídico que a la misma se le reconoce, y en virtud del cual el uso de la vivienda se regula por un régimen que lo separa del normal uso de la cosa. Este estatuto jurídico se plasma en el Código Civil a través de diferentes preceptos, referidos tanto a situaciones previas al matrimonio o al comienzo de la sociedad de gananciales (art. 1357 Cc), como de estabilidad matrimonial (art. 1320 Cc), posteriores a la crisis matrimonial (arts. 90.1.c, 91, 96, 103.2ª o 104 Cc), o incluso referidas a la sucesión *mortis causa* (arts. 822, 1406.4º o 1407 Cc). También esta protección tiene su reflejo en otros textos normativos, como en la Ley Hipotecaria (arts. 21 o 114.III LH) o en el Reglamento Hipotecario (arts. 91 o

(1) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989, pp. 11-15.

(2) RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 99.

144.5 RH). En todos ellos, el derecho del cónyuge titular de la vivienda familiar cede en alguna de sus manifestaciones.

Centrándonos en la situación de crisis matrimonial, el art. 96 Cc, de trascendental importancia, contiene los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en estas situaciones de crisis del matrimonio –o de la pareja de hecho, en su caso– (3). El precepto ha sido objeto de numerosas críticas que se han visto incrementadas especialmente en los últimos tiempos, pues en el mismo no tienen fácil cabida todos los supuestos que pueden plantearse; más bien, parece que el legislador ha configurado el artículo partiendo de una situación en que la vivienda es propiedad de uno de los cónyuges, dejando, así, sin resolver, el tratamiento del art. 96 Cc cuando la vivienda pertenece a uno o ambos cónyuges en virtud de un derecho real limitado, un derecho personal o incluso si la misma se hubiese venido ocupando sin título alguno, por mera tolerancia de su dueño.

Siendo la vivienda familiar propiedad de tercero, cabe hablar de dos posibles supuestos. En primer lugar, aquellos en que la vivienda se hubiera venido ocupando, durante la estabilidad matrimonial, en virtud de un contrato de arrendamiento. En segundo lugar, aquellos en que la vivienda hubiera sido cedida gratuitamente por un tercero ajeno a la relación matrimonial, sin que exista contraprestación alguna por parte de quienes la usan. Es en este último supuesto en el que vamos a centrar este trabajo por la especial problemática que ha generado y la frecuencia con que se presenta en la práctica (4).

II. LA VIVIENDA CEDIDA GRATUITAMENTE: ¿PREARIO O COMODATO?

1. Naturaleza dinámica del derecho atribuido

La cesión gratuita de una vivienda –de su uso– por parte de un tercero sin contraprestación alguna a cambio, es una situación habitual cuando, tras el matrimonio, la escasez de recursos económicos

(3) Sobre parejas de hecho, *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M., “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, pp. 239-276.

(4) Para un tratamiento completo del régimen jurídico del derecho de uso de la vivienda familiar, *vid.* GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.

lleva a los padres de uno de los recién casados a ceder a este el uso de una vivienda propiedad de aquellos.

No obstante, no siempre los terceros son los padres de uno de los cónyuges. Cabe referir la STS de 21 de mayo de 1990, que trae causa de un supuesto en el que, perteneciendo la vivienda a ambos cónyuges, muere la esposa. El marido contrae nuevo matrimonio, del que nacen varios hijos, y continúa ocupando la referida vivienda. Años más tarde, con la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición hereditaria de la anterior esposa –fallecida–, la propiedad de la vivienda es adjudicada a uno de los hijos del anterior matrimonio. Poco después de habérsele adjudicado la vivienda al referido hijo, sobreviene la crisis matrimonial del último matrimonio, siendo la vivienda familiar atribuida a la esposa e hijos. El hijo del anterior matrimonio –ahora titular privativo de la vivienda–, demanda a su padre y a la segunda esposa de este a fin de obtener el desahucio de esta última. Cabe también citar la STS 859/2009 de 14 de enero, en la que los cónyuges, propietarios de la vivienda familiar, la venden a una inmobiliaria, pero continúan viviendo en la misma. Posteriormente, ambos se separan y el uso de la vivienda se atribuye a la esposa. Años más tarde, la inmobiliaria –propietaria–, vende el inmueble a unos terceros, quienes ejercitan la acción reivindicatoria sobre la vivienda.

El problema acontece sobrevenida la crisis matrimonial y, más habitualmente, cuando, en el primer supuesto planteado, la vivienda es propiedad de los padres de aquel cónyuge al que no se le atribuye el uso de la misma. Se presenta un conflicto entre el derecho de propiedad de aquellos –que quieren recuperar su vivienda– y el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la referida vivienda.

A fin de resolver el conflicto planteado, hemos de partir de la imposibilidad de atribuir, al adjudicatario del uso de la vivienda familiar, facultades que no existiesen durante la estabilidad matrimonial. Los motivos son dos:

El primero –fundamental–, recurriendo a los principios generales del derecho patrimonial, es la omisión de poder y de legitimación para disponer de más de lo que se tiene: *nemo dat quod non habet*. Se trata de un principio básico para comprender la adquisición derivativa de derechos (5).

(5) Así lo consideran, entre otros, CUENA CASAS, M., "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", en *Revista de Derecho civil*, núm. 2, 2014, pp. 11 y ss., y ALONSO

El segundo, más utilizado por la doctrina, es el no perjuicio al tercero –propietario de la vivienda–, que se encontraría con una limitación –casi una expropiación ilegítima– de su titularidad, afectada por una serie de facultades adicionales a aquellas que tuviera el título en virtud del cual el matrimonio venía poseyendo la vivienda, derivadas de un procedimiento en el que él no ha intervenido: *"por lo que se refiere a las medidas que se adopten en relación con la vivienda familiar la decisión que en esta materia se establezca en el seno de proceso matrimonial, (...) en principio, sólo vinculará a los cónyuges, sin prejuzgar, por consiguiente, los derechos de contenido patrimonial que un tercero pueda ostentar sobre el inmueble que sirve o ha servido de domicilio conyugal, ya que respecto de estos terceros la resolución que se dicte en el proceso matrimonial no produce los efectos de la cosa juzgada y tiene carácter de incidenter tantum"* (STC 166/2003 de 29 de septiembre). Podría alegarse, contra este motivo, que, por parte del juez quepa una especie de expropiación forzosa al tercero basada en la función social –familiar– que está aquí en juego. Sin embargo, nos alejamos de ese teórico argumento en tanto que el fundamento de la norma es, bien la expectativa que el matrimonio genera entre los cónyuges, bien el deber de velar por los hijos, que incumbe a los padres, no a terceros.

El derecho de uso del art. 96 Cc es, por tanto, un derecho *per relationem*, en el sentido de que se construye sobre el derecho del cónyuge no usuario titular de la vivienda, pues de la relación matrimonial entre ambos es de donde deriva el referido derecho. El derecho en cuestión tiene una naturaleza dinámica(6), que vendrá

SAURA, M. P. y CARRILLO VINADER, F. J., "Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia: especial consideración del desahucio por precario", en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 44, 2010, p. 101, quien considera que las relaciones entre los terceros y los adjudicatarios del uso de la vivienda se rigen por el derecho de propiedad y no por el de familia.

(6) Esta calificación de la naturaleza se la debemos a PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar (Comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre)", en *Derecho privado y Constitución*, núm. 18, 2004, p. 346. Defendiendo también esta naturaleza dinámica, mantiene LUQUE TORRES, G., *Crisis matrimoniales: consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002, p. 39, que "el derecho de uso es de naturaleza jurídica cambiante, en el sentido de estar condicionado por el tipo de derecho preexistente que tenga el cónyuge al que se le priva judicialmente de seguir ocupándola". En la doctrina italiana, *vid.*, al respecto, BIANCA, C. M., *Diritto civile II: la famiglia; le successioni*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 161: "Il problema della natura del diritto di abitazione del coniuge separato non può dunque essere risolto

determinada por el título en virtud del cual se venía ocupando la vivienda familiar durante la normalidad matrimonial, así como por lo convenido por los cónyuges o, en su defecto, impuesto por el juez. Esta idea de naturaleza dinámica del derecho de uso es la que ya, de hecho, se contempla, de forma expresa, en el Código Civil catalán, en cuyo art. 233-21.2 se establece que *"Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley"*(7). En el mismo sentido, aunque refiriéndose a progenitores en lugar de a cónyuges, se pronuncia el art. 12.8 de la Ley Vasca de Relaciones Familiares(8). Por igual *ratio*, tan lógica y fundada en los principios, la solución es –debe ser– la misma para el Derecho común.

Se trata, entonces, de determinar si aquella cesión del uso de la vivienda familiar por parte de un tercero fue en virtud de un contrato de comodato o si, por el contrario, ha de considerarse la existencia de una situación de precario. De la conclusión a la que lleguemos dependerá que, efectivamente, pueda existir o no un derecho a favor del cónyuge beneficiario: solo en el primer caso –existencia de comodato–, podrá considerarse la existencia de un derecho personal en favor del cónyuge beneficiario.

2 Aproximación a los conceptos de "precario" y "comodato"

En virtud del art. 1740 Cc *"por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato (...)".* Se trata, pues, de un contrato real, consistente en la entrega de una cosa no fungible por el comodante al comodatario, para que este la use gratuitamente (art. 1740.II Cc) durante cierto

qualificandolo unívocamente come diritto personale o come diritto reale. Si deve invece tenere conto del diverso titolo di godimento che il coniuge assegnatario consegue sulla casa".

(7) *Vid.* MOLL DE ALBA LACUVE, C., "Atribución y distribución del uso de la vivienda familiar en el libro II del Código Civil de Cataluña", en *Persona y Familia: estudios de Derecho civil catalán* (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A. y MARTINELL GISPert-SAÚCH, J.), Difusión Jurídica, Madrid, 2014. p. 238.

(8) Art. 12.8 LVRF: *"Si los progenitores poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley"*.

tiempo, transcurrido el cual habrá de restituir la cosa. Su regulación se contiene en los arts. 1740 a 1752 Cc.

Nos resulta a nosotros de interés detenernos, concretamente, en los arts. 1749 y 1750 Cc, en los que se contemplan, respectivamente, las figuras del comodato y del precario –compartiendo ambas figuras las notas de posesión y gratuidad–(9): *"el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga siendo acatada la entrega, en tal concepto, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que sobre el ocupante de los bienes pesen en su propia utilidad como los de luz, gas, calefacción y conservación"* (STS de 30 de octubre de 1986).

Se habla de precario –en virtud del art. 1750 Cc–(10) en aquellos supuestos de cesión gratuita de una cosa no fungible para su uso *"si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra"*(11). Es decir, aquellos supuestos en los

(9) Sobre la controversia referente a si, en nuestro Derecho, el precario constituye una especie de comodato o se trata de una pura situación posesoria no contractual, *vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 244 y ss.; JORDANO BAREA, J. B., *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 67 y ss.; VIVAS TESÓN, I., *El contrato de comodato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 37 y ss.; CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, EDESA, Madrid, 1999; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil II: derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 802; BATALLER RUIZ, E., "Comentario al artículo 1750", en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.])*, vol. IV, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 835 y ss.; MARÍN PÉREZ, P., "Comentario al artículo 1750", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S.)*, t. XXII, vol. I, EDESA, Madrid.

(10) El art. 1750 Cc es el único que –aunque no expresamente– se refiere a la figura del precario.

(11) Sobre el concepto de precario, dice BELLO JANEIRO, D., *El precario: estudio teórico práctico*, Comares, Granada, 1997, pp. 20-21: "la situación de precario consiste en usar o disfrutar de una cosa ajena sin pagar renta o merced y sin que exista título alguno que dé derecho a poseer al que se halla en dicha situación". En el concepto de precario, como contempla la STS 1244/1992 de 31 de diciembre, están comprendidos *"todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho a ello"* y añade que *"la concepción amplia del precario comprende, por ello, los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho"* (*vid.*, en el mismo sentido: SSTs de 13 de febrero de 1958, 30 de octubre de 1986 o 33/1995 de 31 de enero). Asimismo, Díez-Piçazo y

que no existe ningún instrumento que permita fijar temporalmente la extensión del contrato.

En la STS 1022/2005 de 26 de diciembre se contemplan de forma sucinta y clara las dos posibilidades que surgen en un supuesto de hecho como el que estamos analizando consistente en una posesión concedida a título gratuito y revocable: "*1ª Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente (...)*"; "*2ª Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia de 30 de octubre de 1986 define como el '[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella*".

La diferencia entre una figura y otra –comodato y precario–, en lo que a sus consecuencias se refiere, son importantes. Encontrándonos ante el comodato del art. 1749 Cc, el comodante únicamente podrá reclamar la cosa cuando haya transcurrido el tiempo establecido o cuando haya concluido el uso para el que se entregó, contemplándose en el precepto como única excepción, que "*si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución*". En el caso de que nos encontremos ante un precario (art. 1750 Cc), el "comodante" podrá reclamar la cosa a su voluntad, sin que pueda oponérsele la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia (12).

PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1995, p. 459, afirman que "el precario es una situación posesoria que, en ocasiones, puede tener su origen en un contrato que confiere la tenencia de la cosa, contrato que es una variedad del comodato, y que, en otras ocasiones, puede tener su origen en causas de naturaleza diversa (tolerancia, beneplácito, falta de título, etc.). Por ello puede decirse que el precario se califica más por sus efectos que por la causa de los mismos".

(12) Un supuesto particular, que se ha presentado a nivel de Audiencias Provinciales, es aquel en el que lo que cede el tercero no es una vivienda, sino un solar, o la posibilidad de construir otra vivienda sobre la propia. En estos supuestos no cabe la acción de desahucio por precario, en tanto que el demandante, en este caso, no es propietario, usufructuario o titular de un derecho a poseer la vivienda. No cedió ese bien, básicamente, porque no existía cuando se realizó el acto de tolerancia, que fue respecto a otro ob-

Es fácil imaginar cuál ha sido la postura adoptada por las distintas partes. Mientras que el excónyuge que resulta beneficiario del uso de la vivienda se ha venido afanando en defender que la referida cesión era constitutiva de un comodato, el propietario de la vivienda ha hecho lo propio para defender que nos encontramos ante una clara situación de precario, razón por la cual habría de prosperar, en su caso, la acción de desahucio.

La clave, a fin de conocer si a nuestro supuesto de hecho le es aplicable el art. 1749 o el art. 1750 Cc –es decir, si se trata de un comodato o de un precario–, será, según lo que hemos afirmado, si la duración venía fijada de alguno de los tres modos que hemos referido y que se contemplan en el art. 1750 Cc(13).

La primera forma para fijar la duración es el pacto expreso entre las partes, el cual puede tener lugar, bien pactándose la fecha exacta –determinada– en que concluirá el comodato, bien siendo objetivamente determinable el plazo sin necesidad de nuevo acuerdo –haciendo depender su duración de la concurrencia de determinadas circunstancias o de un acontecimiento futuro que necesariamente ha de llegar aunque no se sepa cuándo (v. gr. cesión del uso de la vivienda hasta que nazca el hijo de su nuera embarazada o hasta que concluya la obra de la que será la vivienda familiar, etc.)–, siendo posible incluso descubrir la duración por vía de interpretación. No se entenderá, en cambio, que existe una delimitación temporal cuando la duración dependa de una condición resolutoria, que puede suceder o no (v. gr. cesión del uso de la vivienda con finalización si se produce la ruptura matrimonial), pues no hay una limitación temporal, por lo que no se puede entender la existencia de comodato. Más allá del pacto expreso, los otros modos a través de los cuales poder fijar la duración del comodato son: a través del uso concreto y determinado al que ha de destinarse la cosa prestada, o a través de la costumbre de la tierra (art. 1750 Cc).

En el supuesto de hecho en el que nos situamos –padres que ceden el uso de un inmueble a uno de los hijos para que constituya en ella la vivienda familiar–, el problema es que lo usual no es pactar de forma expresa un plazo determinado. Tampoco existe una "*costumbre de la tierra*" en virtud de la cual poder fijar la duración del comodato. Por tanto, la única posibilidad de que pueda considerarse

jeto diferente (vid. SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010 y SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007).

(13) Vid. MARÍN LÓPEZ, M., "El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?", en RDP, núm. 2, 2008, p. 20.

que la cesión constituye un contrato de comodato sería que la duración del comodato viniese fijada por el uso al que ha de destinarse la cosa prestada (v. *gr.* préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar), extinguiéndose el contrato cuando finalice el uso acordado.

Ahora bien, no se trata de un uso cualquiera. Como mantiene la STS 910/2008 de 2 de octubre, a fin de determinar si la relación jurídica ante la que nos encontramos corresponde a un contrato de comodato o a una situación de precario, *"se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado"* (14). Así, este uso ha de ser en cualquier caso específico, no el genérico y propio de la cosa según su destino –según las características que le son propias–, y ello con independencia de que la relación jurídica se deduzca o resulte implícitamente de los actos de las partes, de las circunstancias fácticas del caso (*cfr.* SSTs 910/2008 de 2 de octubre y 1025/2008 de 29 de octubre, interviniendo en ambas, como ponente, el Excmo. Sr. SIERRA GIL DE LA CUESTA) (15).

He aquí la cuestión que ha hecho que la jurisprudencia haya fluctuado de una forma significativa y casi alarmante, como veremos a continuación: ¿puede considerarse que el uso del inmueble en cuestión como vivienda familiar –para satisfacer una necesidad familiar– es un uso preciso y determinado –y, por tanto, se puede defender el comodato– o, por el contrario, es el genérico y propio de la cosa –en cuyo caso solo cabría la situación de precario–? (16).

(14) Posición particular es la de MORENO NAVARRETE, M., "Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011", en *CCJC*, núm. 89, 2012, p. 471, para quien en la cesión siempre hay una razón, causa o interés del propietario en la cesión, viniendo la naturaleza de la relación jurídica concreta determinada por su constancia (comodato) o no (precario).

(15) Sobre la necesidad de ese uso concreto y determinado se ha pronunciado también, aun no relacionada con nuestro objeto de estudio, la STS 474/2009 de 30 de junio, que alude, a su vez, a las de 15 de diciembre de 1984, 16 de marzo de 2004 o 15 de octubre de 2004.

(16) *Vid.* CUADRADO PÉREZ, C., "Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia", en *RCDI*, núm. 734, 2012, p. 3173 u ORTEGA MELIÁN, C., "Los terceros y la asignación del uso de la vivienda en los procesos de separación y divorcio", en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja* (coord. CERVILLA GARZÓN, M. D. y LASARTE ÁLVAREZ, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 748 y ss.

III. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE COMODATO

Una de las primeras sentencias que se ocupó sobre el particular fue la STS de 30 de noviembre de 1964, previa a la existencia del actual art. 96 Cc, que optó por reconocer la existencia de una situación de precario. El supuesto de la STS de 30 de noviembre de 1964 distaba del que después ha sido objeto de discusión. Se discutía si, de la entrega de la vivienda por favor al hijo del propietario al contraer matrimonio, podía extraerse la existencia de un derecho de habitación o, por el contrario, se trataba de una situación de precario. Descarta el Alto Tribunal la existencia de ningún tipo de derecho, en tanto que ni existe documento alguno ni se induce racionalmente de la prueba: *"la cesión del uso y disfrute de una vivienda, a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente"*.

Una vez incorporado el actual art. 96 a nuestro Código Civil, es la STS 1118/1992 de 2 de diciembre, una de las primeras que se pronuncia sobre este asunto, considerando que la cesión –a la que nos venimos refiriendo en este epígrafe–, es constitutiva de un contrato de comodato: mantiene que es causa de la cesión la de *"servir de vivienda, es decir para habitarla los esposos con sus hijas –nietas de los actores– (...) siempre en aras de prestar una ayuda económica al hijo en su matrimonio y a las nietas"* y añade que *"está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal uso preciso y determinado lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1.749 y 1.750 del Código Civil), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda (...)".*

En el supuesto de hecho de la STS de 21 de mayo de 1990, anterior a esta y que defendió la existencia de precario, no había existido una cesión como tal del uso de la vivienda, sino que –como se refirió más atrás– fue el hijo del primer matrimonio quien toleró, una vez convertido –por fallecimiento de su madre– en propietario de la vivienda, que en la misma continuase viviendo su padre con su nueva pareja, a la cual se le acabó atribuyendo el uso de la casa. El uso atribuido se mantendría, pues, mientras continuase la tolerancia. Así, mantiene el Tribunal Supremo: *"lo que no dice la sentencia ni*

puede decir es que, de la mera tolerancia de un cotitular del piso, como es el señor M. hijo, puede surgir una adscripción definitiva en favor de personas con las que ningún vínculo de sangre ni afecto le unen" (17).

Pese a la STS 1118/1992 de 2 de diciembre, los pronunciamientos contradictorios en las Audiencias Provinciales se mantuvieron incluso después de la misma: unas sentencias entendiendo que el uso no tenía un carácter específico y otras considerando que sí lo tenían(18).

En su consideración de la existencia del comodato, el Alto Tribunal atiende, asimismo, a que *"tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la necesidad urgente de los dueños para recuperar el piso"*; es decir, descarta la única excepción que –como vimos– contiene el art. 1749 Cc para posibilitar la reclamación de la restitución de la cosa por el comodante antes del transcurso de los plazos referidos: la urgente necesidad de la cosa.

El Tribunal, en aras de proteger, por encima de todo, a la familia y la vivienda familiar, acude a un título –el comodato–, amparado en un uso, al que considera concreto y determinado, que es, cuanto menos, discutible(19), pero que le sirve a fin de evitar el inevitable lanzamiento que conlleva la confirmación del precario. Como mantiene HORNERO MÉNDEZ, hay un interés previsible "dada la índole de

(17) *Vid.* los comentarios a esta sentencia por GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., "Atribución de uso de la vivienda familiar y 'actio communi dividundo'", en AC, núm. 5, 1994, pp. 94-95, y por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Comentario a la STS de 21 de mayo de 1990", en CCJC, núm. 23, 1990, pp. 667-674.

(18) Entre las primeras –que sostenían la existencia de un precario–, *vid.*, entre otras: SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993, SAP de Ávila de 16 de febrero de 1995, SAP de Córdoba 185/1996 de 16 de julio, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de diciembre de 1996, SAP de Córdoba de 5 de febrero de 1997, SAP de Jaén de 17 de junio de 1997 o SAP de Baleares de 31 de julio de 1997. Entre las que seguían lo dispuesto por la STS de 2 de diciembre de 1992 –defendiendo, así, la existencia de comodato–, *vid.*, entre otras: SAP de Burgos de 10 de marzo de 1994, SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1994, SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 1994, SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 1995, SAP de Cádiz de 2 de febrero de 1995, SAP de Huesca de 13 de marzo de 1996 o SAP de Soria de 12 de diciembre de 1996.

(19) Así lo considera también PUENTE ALFARO, F., "La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución", en *Anales VI (2003-2004): Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil* (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A.), Grupo Difusión, Barcelona, 2005, p. 117.

las historias que subyacen en estos supuestos, por salvaguardar la justicia del caso”(20).

Ese interés del Tribunal Supremo por la protección, por encima de todo, de la familia y la vivienda familiar, puede apreciarse de forma quizás aún más evidente en la STS 905/1994 de 18 de octubre. Aunque también niega la existencia de una situación de precario, en esta ocasión no es porque admita la existencia de un comodato, sino porque el Tribunal Supremo considera que el título posesorio del beneficiario del uso deriva del convenio regulador que *"hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar"*, descartando, así, que se tratase de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino. En esta ocasión, pues, el Tribunal llega a admitir que la atribución constituye un derecho nuevo, posibilidad que, para estos casos, ya descartamos hemos descartado(21).

Lo resuelto en la STS 1118/1992 de 2 de diciembre tuvo, dentro de la doctrina, tanto sus defensores(22), como sus detractores. Entre estos últimos cabe citar a RAMS ALBESA, quien consideró que el concepto de vivienda familiar y su proporcionada o desproporcionada protección –según los casos– en interés de los hijos menores, no deroga en un ápice la disciplina de la propiedad y de los demás derechos reales, ni sus normas de generación, transmisión, protección y defensa: “no constituye en sí misma un título, ni un interés de orden público civil que sirva de causa para justificar una expropiación forzosa del uso, que es como en el caso a examen opera”(23).

Hasta tal punto es discutible que exista tal uso concreto y determinado que llama la atención que el Tribunal, en la sentencia, tenga que recurrir a valoraciones sobre la buena o mala fe (*cfr.* art. 7.1 Cc) respecto a la acción reivindicatoria instada, factor irrelevante a estos efectos. Afirma, así, la antedicha sentencia, que el ejercicio de la acción de reclamación es *"sospechosamente posterior al divorcio del*

(20) HORNERO MÉNDEZ, C., “Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica)”, en *RADP*, núm. 5, 2000, p. 142.

(21) *Vid.* BELLO JANEIRO, D., “Comentario a la STS de 18 de octubre de 1994”, en *CCJC*, núm. 37, 1995, pp. 331-346.

(22) *Vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *op. cit.*, p. 141.

(23) RAMS ALBESA, J. J., “Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992”, en *CCJC*, núm. 30, 1992, pp. 1080-1082, y añade: “la solución del problema de la vivienda no puede pasar por la expropiación judicial del uso sin justificación legal alguna a sus legítimos propietarios o titulares, convirtiéndolos en los financiadores involuntarios y forzosos de una crisis en la que por principio son ajenos; en todo caso la solución debe provenir de los propios cónyuges con los arreglos económicos que procedan”.

hijo y adjudicación a la esposa –nuera de los actores–, y a las hijas –nietas de los demandantes–, para que ellas continúen habitando el piso en concepto de hogar conyugal o familiar”. También en la STS 905/1994 de 18 de octubre, se hace referencia a una sospechosa situación de confabulación por parte de la familia del marido contra la recurrente y sus hijos. O la STS 253/2009 de 13 de abril, que apunta la posible mala fe ya que, solo tras el convenio que atribuye el uso a su nuera y nieto, la propietaria decide emprender la acción tendente a obtener la posesión del inmueble(24).

Frente a ello, se ha de decir que, en los casos de los que nos ocupamos, la acción de desahucio se apoya en preceptos legales que la amparan (art. 250.1 LEC); es más, hay un fin legítimo como es recuperar la utilidad del inmueble –beneficiándose de lo que es suyo–, lo cual comportará al cónyuge atributivo del uso, más que un perjuicio, el cese de un beneficio(25).

1. Conversión del comodato en precario tras la disolución del matrimonio

Es, sin embargo, la STS 1022/2005 de 26 de diciembre, la que sienta las bases para fijar la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. En esta sentencia, y en otras que la siguen, el Tribunal Supremo considera la existencia de un comodato durante la estabilidad matrimonial, aunque sin ofrecer mayor explicación.

(24) *Vid.* CREMADES GARCÍA, P., “Comentario a la STS de 13 de abril de 2009”, en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 707 y ss., quien apunta la posibilidad de considerar la mala fe atendiendo a los datos concretos del caso, como el hecho de que se adquiriera un usufructo sabiendo que no lo podría disfrutar o la proximidad en las fechas entre la constitución del usufructo y la ruptura matrimonial. A ello, podríamos nosotros objetar que, si la entonces esposa no estaba de acuerdo con la venta del usufructo de la vivienda familiar, debió haberse opuesto al acto de disposición (art. 1320 Cc) o haber instado la nulidad del contrato en aquel momento (art. 1322 Cc).

(25) *Vid.* SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, El Cano (Navarra), 2001, pp. 199 y ss.; en el mismo sentido, TRUJILLO DÍEZ, I. J., “Comentario al artículo 1750” (actualizado por LÓPEZ MAZA, S.), en *Comentarios al Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 2283, para quien el que ejercita un derecho para satisfacer el interés que el derecho ampara, no abusa del mismo, sino que simplemente lo usa. *Vid.*, asimismo, la SAP de Málaga 256/2016 de 20 de mayo.

Entre las sentencias que la siguieron, a fin de justificar el comodato, la STS 910/2008, de 2 de octubre, afirma que el uso concreto y determinado –en cuya importancia venimos insistiendo– puede consistir en la utilización del inmueble *"como hogar conyugal o familiar"*, precisando que la cesión de la vivienda por sus titulares se hizo *"en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que los cónyuges establecieran en ella el hogar conyugal y familiar"*; la STS 1025/2008 de 29 de octubre, tras reiterar lo afirmado en la anterior, fija ese uso concreto y determinado en *"su utilización como domicilio familiar mientras el matrimonio no contase con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda, o hasta que surgiese una situación de necesidad familiar que hiciese necesaria la desocupación"*.

En cambio, a diferencia de aquella sentencia de 1992, el Tribunal, en estas otras sentencias, concluye, aun sin extenderse en su fundamentación, que, una vez acaecida la disolución del matrimonio, se produce una conversión del comodato en precario, por cesar la razón de ser del contrato: *"al haberse convertido en un precario la posesión concedida inicialmente"* dice STS 1022/2005 de 26 de diciembre.

La STS 910/2008 de 2 de octubre, por su parte, acaba fijando, como doctrina jurisprudencial, seguida por otras muchas sentencias⁽²⁶⁾, la siguiente: *"La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial"*. Como mantiene ORDÁS ALONSO: "hoy cabe afirmar con rotundidad que ha vencido el derecho de propiedad"⁽²⁷⁾.

Llama la atención, por su excepcionalidad respecto a lo que se acaba de exponer, la STS 253/2009, de 13 de abril. El propietario de la vivienda es el cónyuge no beneficiario que, durante la estabilidad matrimonial, vende el usufructo de la casa a sus padres, quienes, en el momento en que se atribuye el uso a su nuera, instan el desahu-

(26) *Vid.*, entre las pertenecientes al Tribunal Supremo, las siguientes: SSTs 1025/2008 de 29 de octubre, 1037/2008 de 30 de octubre, 1077/2008 de 13 de noviembre, 653/2009 de 22 de octubre, 859/2009 de 14 de enero o 178/2011 de 18 de marzo.

(27) ORDÁS ALONSO, M., *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 503.

cio. El Tribunal defiende la calificación de la relación jurídica como de comodato, pero *"no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque (...) la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso"*, a lo que añade *"estando determinado el uso a que había de destinarse la cosa prestada, no puede la comodante reclamarla a su voluntad"*(28).

Más allá de lo expuesto, hay casos en los que sí es posible que el comodato se mantenga después de la disolución matrimonial, según las circunstancias concretas de la cesión. Es el caso de la SAP de Murcia de 21 de octubre de 2010, en la que se acuerda la custodia compartida del hijo menor en la vivienda familiar de forma alternativa, hasta que el menor alcance la independencia económica. Se advierte la existencia de comodato por considerar que no se trata de un mero uso del inmueble como vivienda, sino de un uso concreto y determinado que tiene como fin atender al hijo común, y que durará mientras que el hijo sea dependientemente económicamente y precise de la atención de los padres. Un dato importante que se tiene en consideración es que la suegra, propietaria de la vivienda, acompañó a su hijo al Juzgado el día del divorcio y mostró su conformidad con el convenio que allí se ratificó.

IV. NUESTRA TESIS: SITUACIÓN DE PRECARIO AB INITIO

En la propia doctrina(29), la gran totalidad de los autores están de acuerdo en considerar que, al menos, tras la crisis matrimonial,

(28) *Vid.*, sobre esta sentencia: VERDA Y BEAMONTE, J. R., "La atribución del uso de la vivienda familiar en la reciente jurisprudencia", en *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 99, 2012, p. 22 y AGUILAR RUIZ, L., "Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 abril 2009", en *RADP*, núm. 24, 2010, pp. 255 y ss.

(29) *Vid.*: PRETEL SERRANO, J. J., "Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional", en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017, p. 44; TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 47; RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, op. cit., pp. 110 y ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales", en *AC*, núm. 19, 1986, pp. 1333 y ss.; ACHÓN BRUÑÉN, M., "Protección del derecho de uso tras la subasta de la vivienda familiar", en *Proceso civil: cuaderno jurídico*, núm. 115, 2014, p. 23; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como

la situación es la de un precario, aun siendo cierto que, entre ellos, los hay que defienden la existencia de comodato durante la estabilidad matrimonial, y otros que no lo consideran así.

1. Defensa de la tesis propuesta

No cabe duda de que no es posible dar una solución apriorística y general para todos los casos, siendo necesario indagar las circunstancias en que se produjo la cesión del inmueble y, consiguientemente, la voluntad de las partes en orden a configurar una u otra situación –la de comodato o la de precario–.

A diferencia de las sentencias señaladas anteriormente, no consideramos que durante la estabilidad matrimonial pueda defenderse, con carácter general, la existencia de un contrato de comodato, aun convirtiéndose posteriormente en precario. Consideramos, así, con carácter general –sin perjuicio del análisis de cada supuesto–, la existencia de un precario desde el mismo momento de la cesión –precario *ab initio*–. Sobrevenida la crisis matrimonial, mediante la aplicación del art. 96 Cc, se dará continuidad a tal uso en precario hasta que el propietario reclame la cosa; una vez instado el lanzamiento, si el excónyuge que vive en ella se opone a irse, ya no habrá precario, sino *interversio possessionis*.

Esta consideración que hacemos de la situación de precario desde el mismo momento de la cesión de la vivienda se debe a varias razones:

En primer lugar, téngase de nuevo en cuenta que ha de partirse de los principios de presunción de libertad del dominio –interpretación restrictiva de las cargas– (30) y de autonomía de la voluntad, de modo que: ante todo, habrá que atenderse a lo acordado, pero si nada quedase claro –si comodato o precario–, debe presumirse

consecuencia de la crisis matrimonial”, en *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 1, 1994; MORENO VELASCO, V., “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”, en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006; SALAZAR BORT, S., *op. cit.*, pp. 179 y ss.; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de familia y de la persona*, t. VI, Bosch, Barcelona, 2007, p. 406, para quien “emparedar la generosidad de la cesión en unas condiciones jurídicas nunca contempladas, al menos por los cedentes, y que ello les pueda limitar su posibilidad de revocar su cesión gratuita (...) es dar la espalda a la realidad”.

(30) También CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, p. 3172, dice que si el contrato es gratuito las dudas habrán de resolverse en favor de la menor transmisión de derechos e intereses.

la propiedad lo más libre posible, *ergo* entender que el uso de la vivienda es en precario(31).

Es al cesionario a quien corresponde la carga de la prueba de haber estado en comodato. Así se contempla en el segundo párrafo del art. 1750 Cc. Habrá de probar que se pactó la duración del comodato o el uso al que había de destinarse la cosa prestada. Ningún tipo de prueba, en principio, recae sobre los cedentes –los suegros, por lo general–; en ellos, salvo prueba en contrario, se ha de presumir la tolerancia.

Nótese, además, que, desde Roma, uno de los indicios para pensar en la precariedad es, precisamente, la familiaridad (una familiaridad que, en el tiempo, y por obra de la jurisprudencia, se ha ido ampliando para incluir la amistad, la vecindad, etc.)(32): *"el precario no es incompatible con la relación de parentesco por consanguinidad del dueño de la vivienda con uno de los cónyuges; por el contrario, se justifica por dicha relación"* (STS 1036/2008 de 30 de octubre).

En segundo lugar, se ha de atender a ese uso concreto y determinado que venimos requiriendo para poder hablar de comodato, a efectos de considerar si supone, o no, una referencia temporal concreta. A tales efectos hemos de referir dos tesis que, sobre este particular, pueden considerarse interesantes:

Por una parte, PÉREZ DE ONTIVEROS mantiene que el término uso designa en el lenguaje corriente bien el empleo de una cosa o la utilidad o finalidad de ese mismo empleo. Considera que, en términos generales, puede decirse que el empleo de la cosa determina la existencia de una finalidad a la que se dirige ese mismo uso, pero que, desde un punto de vista teórico, y a efectos de su estudio, puede separarse uno y otro aspecto. De esta manera, "si el contrato de comodato tiene como objeto el préstamo de uso de un automóvil, considerando el uso como la finalidad a la que se dirige el empleo de este objeto, las partes podrán pactar la entrega del mismo a efectos

(31) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., recensión a la monografía de RIVERO HERNÁNDEZ "Usufructo, uso y habitación", en *ADC*, núm. 3, 2017, p. 1269, en aplicación de aquel principio, señala que, si la duda es tan fundamental, para saber si hay o no derecho, en la duda hay que presumir la mera tenencia de cosa ajena, en precario, sin derecho a poseer.

(32) También BELLO JANEIRO, D., *El precario...*, *op. cit.*, p. 76, mantiene que, existiendo una relación familiar o de parentesco, "es razonable presumir la existencia de graciosa concesión por el dueño y condición de precario del poseedor que ocupa el inmueble por acto de simple liberalidad, tolerancia o condescendencia de su familiar".

de realizar un determinado viaje. A diferencia, desde la primera de las perspectivas fijada, la entrega del vehículo supone la posibilidad en general de la utilización del mismo, es decir, que el comodatario pueda conducirlo” (33).

Por otra parte, es de interés la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993, que ha sido reiteradamente reproducida con posterioridad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. La referida sentencia apunta que es necesario diferenciar entre el “uso” concreto de la cosa para el cual se presta y el “destino” específico o “finalidad” de la misma. En este sentido –concreta–, mientras el destino se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos (v. gr. una vivienda para habitar en ella o un coche para circular), por el contrario, el uso al que alude el art. 1750 Cc se refiere a una aplicación o servicio determinado *“como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración”* (34) (v. gr. préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.; a lo que nosotros podríamos añadir la cesión del uso de una vivienda a la familia hasta que se termine y entregue por la promotora la casa en la que va a vivir la familia, etc.).

En virtud de lo expuesto, la cesión de la vivienda para habitarla por el cesionario y su familia –para satisfacer sus necesidades– corresponde con el destino y la finalidad propia y genérica del inmueble que sirve de habitación; no se refiere a una aplicación o servicio determinado o específico en el sentido que requiere el art. 1750 Cc, como sería el caso –referido– de que la vivienda se cediese para pasar unas vacaciones, o para cubrir las necesidades de la familia mientras reparan la suya, o hasta que los hijos menores cumplan la mayoría de edad, etc. (35).

(33) PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *op. cit.*, p. 134; MARÍN LÓPEZ, M., “Comentario a la STS de 2 de octubre de 2008”, en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 688-689, precisa que cuando se requiere que el uso lo sea “determinado” o “específico”, no se le está exigiendo que sea uno distinto al uso normal o genérico de la cosa (v. gr. vivienda para habitar), no se hace referencia al cómo, sino al para qué, es decir, la finalidad a la que se va a destinar la cosa prestada y cuyo cumplimiento se haya asociado a un periodo de tiempo concreto.

(34) *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en *AC*, núm. 3, 2006.

(35) *Vid.* TRUJILLO DÍEZ, I. J., *op. cit.*, p. 2283 y PARRA LUCÁN, M. A., “Comentario al artículo 1750”, en *Comentarios al Código Civil (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO)*, t. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11960.

Téngase en cuenta que ese uso determinado al que ha de destinarse la cosa prestada es el que sirve como criterio de delimitación temporal del comodato; es decir, el tiempo de duración del comodato se fija en función del periodo de utilización del bien para el uso convenido (36). En cambio, el uso del inmueble como vivienda familiar, sin más, no nos sirve a efectos de identificar un periodo de tiempo determinado. Es más, estaríamos sometiendo la duración del contrato a un hecho futuro o incierto – ¿la finalización de la necesidad económica de los beneficiarios?, ¿el fin del matrimonio?– lo cual supone una condición que impide acotar temporalmente el contrato (37).

Considerar el referido uso como concreto y determinado conllevaría prácticamente la desaparición de la figura del precario: por un lado, porque bastaría alegar el mantenimiento de esa necesidad habitacional para que subsistiese el comodato (38); en segundo lugar, porque, en la práctica totalidad de los casos, la finca urbana se cederá para tal fin –servir de habitación–.

Han existido resoluciones, como la STS 1034/2008 de 30 octubre, que parecen acercarse a lo que nosotros venimos aquí defendiendo, ya que rechazan, tras el análisis del caso concreto, que haya existido un comodato incluso antes de la ruptura de la convivencia conyugal: *"ni el hecho en sí mismo de haber cedido la vivienda para su uso por el matrimonio sirve para definir los derechos y obligaciones propios de una relación de comodato, ni ésta se infiere de tal hecho, cuando no se ha concretado y determinado el uso específico de la vivienda cedida, más allá del genérico que le es propio de servir de morada o lugar de residencia"* (STS 1034/2008 de 30 octubre). La situación de precario durante la estabilidad matrimonial se observa claramente en la STS 386/2012 de 11 de junio, en la que el desahucio se insta por los propietarios no existiendo crisis matrimonial alguna y se concluye que la posesión de la vivienda por parte del matrimonio lo es en calidad de precaristas. Esta misma postura fue acogida, asimismo, por distintas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (39).

(36) Vid. BELLO JANEIRO, D., *El precario...*, op. cit., pp. 5-6: "uso concreto que se debe realizar en cuanto tal uso en un espacio temporal, en el que se conoce su vencimiento, pero no se conoce su duración".

(37) Vid. MARÍN LÓPEZ, M., "Comentario a la STS de 2 de octubre de 2008", op. cit., pp. 685-686.

(38) Vid. TRUJILLO DÍEZ, I. J., op. cit., p. 2283.

(39) Vid.: SSTs 1036/2008 de 30 de octubre, 1078/2008 de 14 de no-

2. La no alteración de la situación de precario por la atribución judicial del uso

Partiendo de la existencia de una situación de precario –como ya anunciamos al comienzo del trabajo– la atribución judicial del uso de la vivienda familiar no altera esta situación en beneficio del atributario: el derecho de uso atribuido no es susceptible de otorgar a uno de los cónyuges un título de entidad superior al ostentado con anterioridad: *"siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda"* (STS 1199/1994 de 31 de diciembre).

La necesaria protección de la vivienda y de la familia es un argumento *"absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre cónyuges, pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio"*, cuando estos ni tan siquiera han sido parte –porque no pueden serlo– en el procedimiento matrimonial (*vid.* SSTs 1022/2005 de 26 de diciembre y 910/2008 de 2 de octubre)(40). En fin, como mantiene la STS 861/2009 de 18 de enero, la solución a estos conflictos debe enfocarse desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios.

El problema patrimonial ha de abordarse desde un enfoque del Derecho de familia: un enfoque personalista, social, propio del Derecho civil justo, que se traduce en la protección del interés más necesitado de protección –la protección del más débil–, acudiendo incluso a la función social de la propiedad para limitar el derecho de propiedad de aquel que es propietario de la vivienda; ahora bien,

viembre, 443/2010 de 14 de julio, 727/2010 de 11 de noviembre, 299/2011 de 30 de abril, 160/2013 de 14 de marzo y 548/2014 de 14 de octubre.

(40) En sentido contrario se muestra SALAZAR BORT, S., *op. cit.*, pp. 227 y ss., quien se posiciona a favor de la atribución en caso de precario cuando los intereses que originaron el art. 96 Cc sean especialmente relevantes.

siempre que este último sea uno de los cónyuges y no un tercero ajeno a la relación(41). No existe una norma específica que resuelva el problema ni excepciones a los principios de libertad presunta de la propiedad, de interpretación restrictiva de sus cargas, etc., por lo que nada justifica hacer cargar al tercero con la necesidad habitacional de la familia.

En esta línea que venimos apuntando se pronuncia ya el art. 233-21.2 del Código Civil catalán, que establece que *"si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución"*(42), tenor que en el Preámbulo del referido Código Civil se justifica en los mismos términos en los que se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo que acabamos de referir(43).

Nosotros, aun justificando, con carácter general, la situación de precario desde el momento de la cesión, defendemos –al igual que lo hace la STS 1034/2008 de 30 octubre–, a fin de no dejar lugar a dudas, que, incluso en el supuesto de haberse considerado que existió título –comodato durante la estabilidad matrimonial– *"en cualquier caso, habría de considerarse desaparecido tras la ruptu-*

(41) RODRÍGUEZ CHACÓN, R., "El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad: causas y remedios", en *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 129, mantiene que, por muy dignas de protección que sean las necesidades familiares, su satisfacción ha de hacerse por quien tiene la obligación de cubrirlas, y no con cargo a un tercero ajeno al vínculo conyugal. Y añade: "imponerles el mantenimiento *sine die* de una cesión que inicialmente creyeran pasajera y encima sin compensación alguna, se parece demasiado a una expropiación".

(42) Al tener la atribución del uso de la vivienda familiar un valor patrimonial, y ser tenida en consideración para fijar la cuantía del resto de pensiones, si posteriormente se procede al desahucio, podrá, asimismo, solicitarse una modificación de las pensiones. El art. 233-21.2 del Código Civil catalán, en su último inciso, establece que *"Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias"*.

(43) Dice el Preámbulo: *"quienes ocupan la vivienda familiar en condición de precaristas no pueden obtener una protección posesoria superior a la que el precario proporciona a la familia"*. Aclara MOLL DE ALBA LACUVE, C., "Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar en el Código Civil catalán y reforma del art. 96 Cc", en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017, p. 207, que el legislador no excluye la atribución de la vivienda, sino que la ley lo que dice es que, en estos casos, la atribución cesará de forma automática en cuanto el titular del bien reclame el mismo.

ra de la convivencia conyugal". Así, una vez sobrevenida la crisis matrimonial, y desaparecido el comodato, a lo más, el uso podría continuar en precario.

En apoyo de la afirmación anterior, cabe decir que en el supuesto de hecho al que nos venimos refiriendo, es muy probable que la cesión se haya realizado –el comodato se haya constituido– en consideración a la persona del comodatario (*intuitu personae* [cfr. art. 1472 Cc]) –el hijo o la hija, de los propietarios, por lo general–, para lo cual bastaría una consideración tácita, a la vista de su gratuidad (art. 1740.II Cc). Considerándolo como contrato personalísimo, la cesión del uso de la vivienda a un tercero, distinto del inicial cesionario, extingue el contrato. El dato relevante sería el abandono del hijo de la vivienda de sus padres a causa de la crisis matrimonial, y no el que se haya dictado una sentencia judicial de separación o divorcio que atribuye su uso en exclusiva a la nuera(44).

Se ha de reconocer, para concluir, que la solución a la cuestión que hemos defendido –precario *ab initio*– o incluso la adoptada por el Tribunal Supremo en otros muchos supuestos –precario desde la disolución del matrimonio–, da lugar a posibles supuestos de fraude por parte del cónyuge propietario de la vivienda. En tanto que la naturaleza del derecho de uso dependerá de cuál fuese el derecho en virtud del cual el matrimonio viniese usando la vivienda, el cónyuge propietario procurará que, en el momento de la atribución, sea propietario de la vivienda un tercero, para que así no tenga cabida el derecho de uso.

Valga referir el supuesto del que trae causa la STS 69/2014 de 13 de febrero, en el que el propietario de la vivienda dona ésta a su padre poco antes de que sobrevenga la crisis matrimonial y se atribuya el derecho de uso de la misma a la que había venido siendo su pareja. Nos encontramos, aunque el juzgador no lo haya advertido, ante una simulación contractual, la cual se produce, como contempla la STS 1065/2004 de 3 de noviembre, cuando la partes "*formalizan un contrato con el propósito de crear una apariencia de su existencia, pero sin voluntad de celebrarlo, de manera que la apariencia formal*

(44) En cambio, hay quien, como PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *op. cit.*, p. 141, considera que la realidad del uso de la vivienda por la totalidad de la familia del prestatario inclina a considerar que el préstamo de uso se otorgó en atención a dicha finalidad, "y este objetivo subsiste con independencia de que la misma sea ocupada por cualquiera de los cónyuges". Frente a ello, consideramos que, no existiendo nada expreso, no puede interpretarse que haya sido esa la voluntad del cedente quien, con toda probabilidad, ha cedido la vivienda atendiendo, principalmente, a la necesidad de su hijo o hija.

no se corresponde con la situación real". No existe la causa que nominalmente expresa, por responder a otra finalidad jurídica (*vid.*, en el mismo sentido, las SSTs 1 de julio de 1988, 221/1997 de 13 de marzo o 760/2006 20 de julio), siendo la consecuencia de la simulación contractual *"la nulidad absoluta o radical del contrato simulado pues falta en el mismo la causa como elemento fundamental exigido por el artículo 1.261-3º del Código Civil"* (SSTs 208/2007 de 22 de febrero y 236/2008 de 18 de marzo) (45).

En la STS 232/2008 de 18 de marzo, frente a la anterior, sí se estima el fraude de ley. Fallecidos los propietarios de la vivienda –suegros de la beneficiaria del uso–, se adjudica por los herederos (ex art. 1058 Cc) el referido inmueble a todos ellos por iguales partes excepto al excónyuge de la ahora beneficiaria –a su vez, el mayor partícipe en la herencia y el que tenía concedida la posesión de la casa–. Considera el Alto Tribunal que la partición se ha realizado con la finalidad de crear un título para la reivindicación, siendo de aplicación el art. 6.4 Cc.

3. Tratamiento de la cuestión en Italia

La continuación del comodato es la opción por la que se apuesta en Italia, con el fin de favorecer la continuidad de los hijos en la vivienda familiar.

Se ha de partir de que el Código Civil italiano regula, asimismo, dos formas de "comodato": el precario, que es como se le denomina cuando no se determina el plazo y no hay posibilidad de deducirlo del uso al que se destina la cosa (art. 1810 Código Civil italiano [en adelante, CCit.]) (46) y el comodato propiamente dicho, en el caso de que la entrega de la cosa se realice por un plazo determinado o

(45) Como mantiene BLANDINO GARRIDO, M. A., "Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada: comentario de la STS de 13 de febrero de 2014", en *RADP*, núm. 34, 2014, pp. 399 y 412., al vulnerarse una norma jurídica de carácter imperativo, podrá el juez actuar de oficio en defensa del ordenamiento (*vid.* SSTs de 1 de diciembre de 1964 y 1 de octubre de 1991).

(46) Art. 1810 CCit.: *"Se non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede"*.

para un uso convenido (arts. 1803(47) y 1809(48) CCit.). Dicho lo cual, el problema que se plantea es, prácticamente, el mismo que se ha planteado en España. Se trata, como mantiene PIETRO VIRGADAMO(49), de resolver una cuestión: si el uso consistente en el destino del bien a residencia de la familia contiene, en sí mismo, un término –plazo– implícito de duración.

Para la Corte de Casación, el pacto de destinar el inmueble a casa familiar hace que el contrato surja para un uso determinado y, por ello, encuadrable en la figura del comodato *stricto sensu* de los arts. 1803 y 1809 CCit., siempre que la común intención de las partes fuese, efectivamente, la de destinar el bien a las exigencias habitacionales de la familia. Así, aun no habiendo establecido las partes un término expreso de finalización, será determinable *per relationem*, por la destinación a residencia de la familia del comodatario. Hasta aquí, los pronunciamientos de la jurisprudencia española e italiana no difieren en demasía(50).

Ahora bien, se ha de partir de que el comodatario es solo uno de los cónyuges, normalmente el hijo al que sus padres –propietarios– ceden la vivienda, pues se entiende que –aunque nada se diga– estos últimos, realmente, se la ceden a su hijo para que viva con su familia –como nosotros hemos defendido en párrafos anteriores–. Pese a ello, en Italia, el fin coincidirá con la extinción de la exigencia habitacional de la familia del comodatario, independientemente de

(47) Art. 1803 CCit.: *"Il comodato è il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta. Il comodato è essenzialmente gratuito"*.

(48) Art. 1809 CCit.: *"Il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto. Se però, durante il termine convenuto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigerne la restituzione immediata"*.

(49) VIRGADAMO, P., "Il comodato di casa familiare: un rapporto precario", en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016, pp. 150 y ss.

(50) Téngase en cuenta, además, que, en caso de duda en la interpretación, el art. 1371 CCit. establece que el contrato gratuito debe ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado –en este caso, el comodante–: *"Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obligato, se e' a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se e' a titolo oneroso"*.

que surja una crisis conyugal(51). Es decir, la Corte de Casación admite, en este sentido, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no comodatario en tanto que sea custodio de los hijos menores o conviva con hijos dependientes económicamente.

Y es aquí donde radica la diferencia con el tratamiento en España. En Italia, pese a la crisis matrimonial, y la atribución del uso al otro cónyuge, el comodante está obligado a consentir la continuación del uso previsto en el comodato; en definitiva, el comodato sigue vigente, por lo que el comodante no dispone de derecho para recuperar la cosa en cualquier momento (art. 1810 CCit.). Este derecho, en cambio, como hemos visto, sí le es reconocido por la jurisprudencia española al comodante una vez acaecida la crisis matrimonial, y atribuido el uso de su vivienda al otro cónyuge, en tanto que se entiende que se produce la conversión de comodato a precario. En virtud de lo referido, en Italia, tras la crisis matrimonial, y cumpliéndose los requisitos referidos, la única posibilidad del comodante de recuperar el inmueble será, pues, alegar una necesidad urgente y sobrevenida del comodante(52), mientras que en España, al considerarse que el comodato ha derivado en precario tras la crisis, podrá pedirse la restitución en cualquier momento.

A la vista de lo anterior, bien es cierto que la solución aplicada por la jurisprudencia italiana favorece y protege a los hijos, que pueden conservar su *hábitat* –su entorno–, fundamento principal de la atribución del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores. Sin embargo, no es menos cierto que se sacrifica de una forma excesiva al comodante, quien asiste a una sustitución del comodatario original por otro –el beneficiario del uso–, pese al carácter personal del contrato(53). De hecho, una opinión doctrinal italiana considera que el respeto al derecho de propiedad del comodante debería determinar, no solo la inoponibilidad de la asignación, sino también su imposibilidad jurídica(54).

(51) *Vid.*: Cass. de 29 de septiembre de 2014, núm. 20448 (comentada por FANELLI, V., “Casa familiare in comodato ed interessi protetti: quando il proprietario ha diritto alla restituzione”, en *Diritto e Giustizia*, 30 de septiembre de 2014); Cass. de 3 de diciembre de 2015, núm. 24618; o Cass. de 29 de enero de 2016, núm. 1666.

(52) *Vid.* FREZZA, G., “Appunti e spunti sull’articolo 337 sexies c.c.”, en *Archivio giuridico Filippo Serafini*, núm. 2, 2014, pp. 163 y ss.

(53) *Vid.* VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, en *RCDI*, núm. 752, 2015, p. 3423.

(54) *Vid.*: GABRIELLI, G., “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, en *Riv.*

V. VIVIENDA PROPIEDAD DE TERCERO Y DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Una característica especial, respecto a los casos anteriores, presentan aquellos otros supuestos en los que uno de los cónyuges es copropietario de la vivienda. Si el resto de copropietarios ha permitido el uso de la vivienda por este y su cónyuge con carácter exclusivo, sin haberse pactado contraprestación a cambio, duración de ese uso ni uso determinado del cual pudiera resultar el plazo, ¿cabe hablar de precario? ¿Es posible el precario entre copropietarios? La cuestión es clave pues, como hemos venido diciendo, el uso atribuido es oponible y defendible en la medida que lo sea el derecho del excónyuge copropietario.

Consideramos que sí es posible el precario entre comuneros, aunque no estemos de acuerdo con la fundamentación recogida en la sentencia STS 861/2009 de 18 de enero, que contempla este supuesto(55). Defiende el Tribunal que, pese a lo dispuesto en el art. 445 Cc, el condominio no conlleva siempre coposesión, tratando, así, de evitar que, a la reclamación de la posesión por uno de los comuneros se le pueda oponer que, al existir indivisión, dicho comunero es poseedor(56); acaba, en fin, reconociendo la existencia de precario, así como la posibilidad del otro comunero de ejercitar la acción de desahucio al ser favorable para la comunidad: *"la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad*

dir. civ., núm. 2, 2003, parte primera, pp. 137 y ss.: "il diritto di proprietà del terzo, qui del comodante, deve essere integralmente rispettato, se preesistente all'assegnazione, come del resto, ad altro proposito, la stessa giurisprudenza ha ripetutamente riconosciuto. Il rispetto del diritto di proprietà del comodante esige, a ben vedere, non già che l'assegnazione gli sia semplicemente inopponibile, ma che essa non venga affatto disposta"; OBERTO, G., *Famiglia e rapporti patrimoniali*, Giuffrè, Milán, 2002, p. 583; o BARBIERA, L., *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 61.

(55) Al precario entre comuneros se refiere también la STS 695/2011 de 10 de octubre.

(56) *Vid.*, al respecto, defendiendo la coposesión, aunque uno solo tuviera la tenencia: MARTÍN PÉREZ, A., "Comentario al artículo 445", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S.), t. VI, EDESA, Madrid, 2005; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Comentario al artículo 394", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S.), t. V, vol. II, EDESA, Madrid, 1985. En sentido contrario: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III: derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010, pp. 70-71.

desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el art. 445 Cc admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla D^a Amparo por haberla cedido a su hermano. (...). El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor (...) 2º La demandante ahora recurrida, D^a Amparo, está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad” (STS 861/2009 de 18 de enero).

No se encuentra, en cambio, en el art. 445 Cc, la clave para resolver este supuesto. El art. 445 Cc se refiere a *“la posesión como hecho”*, mientras que, si nos situamos en sede de precario, lo determinante es que el bien sea ajeno o sea poseído sin título y que quien reclama el desalojo tenga el derecho a poseer(57). Como mantiene el voto particular de la referida sentencia, no hay precario: *“Entendemos que no hay precario. La vivienda era propiedad del esposo y su hermana. Como copropietarios tienen el uso (artículo 394 del Código civil) solidario de la cosa común; cada uno la puede utilizar sin perjudicar al otro o a los otros copropietarios, pudiendo mediar acuerdo entre ellos sobre el uso. Esto es lo que ocurrió en el presente caso: la copropietaria, hermana del esposo, acordó con éste que la vivienda sería utilizada por el matrimonio. Producida la separación conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente. No hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida*

(57) *Vid.:* MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Procedencia o no del desahucio por precario de la esposa beneficiaria, en virtud de sentencia de separación, de la atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente en copropiedad al marido y a un tercero: Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.)*, vol. IV (2010), Dykinson, Madrid, 2011, p. 359; HERNÁNDEZ GIL, A., “La posesión como institución jurídica y social”, en *Obras completas*, t. II, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, p. 405.

con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio" (voto particular de la STS 861/2009 de 18 de enero).

Partiendo del art. 394 Cc, si ese uso solidario no es posible o resulta incómodo, habrá de acudir al art. 398 Cc, debiéndose organizar tal uso a través del acuerdo de la mayoría de los partícipes o, si no se alcanza tal mayoría, por parte del juez.

En el caso de que el comunero posea contra el acuerdo de la mayoría –una vez cumplida la finalidad para la que se prestó– (58), existen distintas posturas sobre si tal comunero está en precario (59).

Nosotros entendemos, con MARTÍN MELÉNDEZ (60), que resultará insuficiente el título del demandado para defender su posesión exclusiva cuando –atendiendo a las cuotas– quienes interpongan la acción representen la mayoría. En el supuesto al que se refiere la sentencia citada, ambos copropietarios tienen la misma cuota, por lo que no puede hablarse de precario a efectos de desahucio.

La STS 279/2016 de 28 de abril, guarda cierta relación con lo que venimos tratando. En ella, el Tribunal mantiene que la relación de precario no se ve modificada por la copropiedad sobrevenida, pues habría comenzado siendo también una relación de precario si el cónyuge hubiera sido cotitular de la vivienda en el momento en que se estableció en la misma el domicilio conyugal. En virtud de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 Cc, la suscripción, por el marido –titular minoritario en la copropiedad–, del convenio en el que se

(58) En el supuesto de la STS 861/2009 de 18 de enero –de la que nos ocupamos–, se considera por el Tribunal que hubo cesión del uso unido a una finalidad concreta (el matrimonio) que se vuelve precario cuando sobreviene la crisis matrimonial.

(59) Autores como MARÍN VELARDE, A., "Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2010", en *RADP*, núm. 25, 2010, p. 293, o BELLO JANEIRO, D., *El precario...*, *op. cit.*, p. 51, entienden que no existe precario. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1980, p. 270, reconoce cierta situación de precariedad desde el momento en que los restantes comuneros manifiestan al usuario su intención de no emplear ellos la cosa hasta nuevo aviso; tampoco descarta el precario MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Comentario al artículo 394", *op. cit.*, o ARANA DE LA FUENTE, I., "Viabilidad del juicio de desahucio por precario entre comuneros (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 31 de diciembre de 1987)", en *Poder Judicial*, núm. 12, 1988, p. 124.

(60) *Vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *op. cit.*, p. 362.

atribuye el uso a la esposa, no puede modificar la situación de precario precedente, pues *"no tenía título dominical bastante"*.

Lo procedente será, entonces, que se acuda al juez, en virtud del art. 398 Cc, para que sea él quien decida sobre la distribución del uso. Tras la resolución del juez, estará en precario quien posea la vivienda en contra de lo establecido en la sentencia. Es la solución que parece acabar proponiéndose en el voto particular de la sentencia que comentamos, cuando, *in fine*, dice: *"no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer entre sí los hermanos copropietarios"*.

De esta forma, si la vivienda es copropiedad de uno o ambos cónyuges y de uno o varios terceros, el derecho reconocido en el proceso matrimonial únicamente tiene eficacia *inter partes*, no afectando a otros titulares de derechos sobre la vivienda familiar, quienes podrán actuar en el sentido que se acaba de referir en el párrafo anterior.

VI. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

En relación con estos supuestos en los que la vivienda, propiedad de tercero, ha sido cedida gratuitamente, se ha pronunciado también, en numerosas ocasiones, la DGRN, denegando la inscripción con base en el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH) (61). El Centro Directivo, partiendo del principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (*cfr.* art. 24 CE), afirma *"la imposibilidad de practicar asientos que comprometan la titularidad inscrita, si no consta que el respectivo titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita tal asiento o haya sido parte en el procedimiento del que dimana"* (*vid.* RDGRN de 25 de junio de 1998) (62).

De no procederse así –mantiene el Centro Directivo–, se estarían quebrantando, entre otros, el principio constitucional de salva-

(61) *Vid.*, con relación al principio de tracto sucesivo con carácter general: RRDGRN de 19 de enero de 1993, 17 de febrero de 1993, 12 de febrero de 1998, 26 de marzo de 1998 o 12 de febrero de 2008.

(62) En este mismo sentido se pronuncian, entre otras: RRDGRN de 25 de junio de 1998, 21 de junio de 2004 (vivienda cuyo usufructo pertenecía a personas distintas de las que suscribieron el Convenio Regulador), 21 de enero de 2008 o 4 de septiembre de 2017. Asimismo, en las RRDGRN de 18 de octubre de 2003, 23 de noviembre de 2012 y 30 de mayo de 2013, se deniega la inscripción por pertenecer la vivienda a una sociedad –aunque uno de los cónyuges fuese su único accionista o administrador–.

guarda jurisdiccional de derechos e intereses legítimos o principios registrales tales como el de salvaguarda jurisdiccional de asientos registrales (*cfr.* arts. 1 y 40 LH), legitimación (*cfr.* art. 38 LH) o tracto sucesivo (*cfr.* art. 20 LH)(63).

Se han de destacar, asimismo, por su particularidad, dos pronunciamientos de la DGRN:

Por una parte, la RDGRN de 28 de mayo de 2005 que, en virtud del principio de tracto sucesivo, admite la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a la esposa, pero solo sobre la cuarta parte indivisa de la vivienda que pertenece a su excónyuge –el resto se encuentra inscrita a nombre de tercero–. Entiende que, si bien la utilización de la cosa podrá tener limitaciones como consecuencia del usufructo existente, tal utilización será perfectamente posible cuando el usufructo inscrito se extinga y se consolide en la nuda propiedad. Además, mediante la referida constancia registral, se impide que la beneficiaria se vea afectada por un acto dispositivo de su excónyuge.

Por otra parte, la RDGRN de 19 de septiembre de 2007, que trae causa de un supuesto en el que, aun siendo la vivienda propiedad de un tercero en el momento de atribuirse el uso, posteriormente, al solicitarse la inscripción del uso atribuido, aquella había pasado a ser titularidad del cónyuge no adjudicatario del derecho (por haberlo heredado tras fallecimiento de aquel tercero propietario). Mantiene el Centro Directivo que, de no haberse producido dicha adquisición, la sentencia no hubiera podido inscribirse, pero *"para cuando el fallo judicial se presenta en el Registro la finca está inscrita a nombre de la esposa, por lo que, conforme a lo antes razonado, nada se opone a la inscripción"*.

También la STS 1199/1994 de 31 de diciembre, se refiere al supuesto en el que, siendo la vivienda familiar propiedad de un tercero, con posterioridad a la atribución de su uso el excónyuge no beneficiario deviene propietario de la misma: *"Después de esta decisión judicial, oponible 'erga omnes', aunque no generadora de un derecho real, el esposo que había poseído la vivienda con la familia, sin que haya acreditado que poseyera en virtud de derecho alguno protegido por el artículo 1320, devino propietario por herencia de su padre y la situación posesoria, que en vida de éste dependía sólo de su voluntad, pasa a depender de la decisión judicial, que protege a*

(63) *Vid.*, entre otras, las RRDGRN de 28 de noviembre de 2002 o 17 de diciembre de 2002.

la familia en virtud de la aprobación del convenio, al amparo de los artículos 90 y 96 del Código Civil”.

Sobre este principio de tracto sucesivo, al que reiteradamente ha recurrido la DGRN, se han de hacer dos observaciones:

La primera, que, no obstante lo referido, cabrá inscribir el uso en aquellos casos en los que, aun habiendo otros propietarios registrales, tenga inscrito a su favor uno de los cónyuges –el no beneficiario– un derecho que comprenda facultades de posesión y uso de la vivienda (v. *gr.* si el derecho que sirve de base es un usufructo: derecho sobre derecho) (64).

La segunda observación, que estos pronunciamientos de la DGRN sobre el tracto sucesivo están realizados partiendo de su consideración del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho familiar, no real, pero eficaz frente a terceros y, por ello, inscribible en el Registro de la Propiedad. En cambio, nosotros le hemos reconocido a ese derecho de uso del art. 96 Cc una naturaleza dinámica, que dependerá del título en virtud del cual se viniese usando la vivienda por los cónyuges. Desde el punto de vista de nuestra posición, en los casos de los que nos venimos ocupando –vivienda propiedad de tercero cedida gratuitamente–, el uso atribuido no accederá al Registro de la Propiedad, pero no porque lo impida el principio de tracto sucesivo, sino porque no le hemos reconocido al derecho naturaleza real ni se trata de un derecho de crédito cuya inscribibilidad prevea la ley, por lo que no puede acceder al Registro de la Propiedad –no es un derecho inscribible–.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M., “Protección del derecho de uso tras la subasta de la vivienda familiar”, en *Proceso civil: cuaderno jurídico*, núm. 115, 2014.
- AGUILAR RUIZ, L., “Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 abril 2009”, en *RADP*, núm. 24, 2010.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil II: derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2008.
- *Derecho civil III: derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010.
- ALONSO SAURA, M. P. y CARRILLO VINADER, F. J., “Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda

(64) BAÑÓN GONZÁLEZ, A. M., “La atribución del uso de la vivienda familiar: aspectos registrales”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2), 2015, p. 131.

- en procesos de familia: especial consideración del desahucio por precario", en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 44, 2010.
- ARANA DE LA FUENTE, I., "Viabilidad del juicio de desahucio por precario entre comuneros (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 31 de diciembre de 1987)", en *Poder Judicial*, núm. 12, 1988.
- BAÑÓN GONZÁLEZ, A. M., "La atribución del uso de la vivienda familiar: aspectos registrales", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2), 2015.
- BARBIERA, L., *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Zanichelli, Bologna, 2001.
- BATALLER RUIZ, E., "Comentario al artículo 1750", en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.])*, vol. IV, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- BELLO JANEIRO, D., "Comentario a la STS de 18 de octubre de 1994", en *CCJC*, núm. 37, 1995.
- *El precario: estudio teórico práctico*, Comares, Granada, 1997.
- BIANCA, C. M., *Diritto civile II: la famiglia; le successioni*, Giuffrè, Milán, 1985.
- BLANDINO GARRIDO, M. A., "Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada: comentario de la STS de 13 de febrero de 2014", en *RADP*, núm. 34, 2014.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Comentario a la STS de 21 de mayo de 1990", en *CCJC*, núm. 23, 1990.
- CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, EDESA, Madrid, 1999.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., recensión a la monografía de RIVERO HERNÁNDEZ "Usufructo, uso y habitación", en *ADC*, núm. 3, 2017.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M., "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura", en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017.
- CREMADES GARCÍA, P., "Comentario a la STS de 13 de abril de 2009", en *CCJC*, núm. 83, 2010.
- CUADRADO PÉREZ, C., "Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia", en *RCDI*, núm. 734, 2012.
- CUENA CASAS, M., "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", en *Revista de Derecho civil*, núm. 2, 2014.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1995.
- FANELLI, V., "Casa familiare in comodato ed interessi protetti: quando il proprietario ha diritto alla restituzione", en *Diritto e Giustizia*, 30 de septiembre de 2014.
- FREZZA, G., "Appunti e spunti sull'articolo 337 sexies c.c.", en *Archivio giuridico Filippo Serafini*, núm. 2, 2014.

- GABRIELLI, G., "I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia", en *Riv. dir. civ.*, núm. 2, 2003.
- GARCÍA MAYO, M., "La atribución del uso de la vivienda familiar y el hijo mayor de edad discapacitado. Comentario a la STS, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, 181/2018 de 4 de abril", en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 46, 2018.
- "Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?", en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.
- *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.
- GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., "Atribución de uso de la vivienda familiar y 'actio communi dividundo'", en *AC*, núm. 5, 1994.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial", en *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 1, 1994.
- HERNÁNDEZ GIL, A., "La posesión como institución jurídica y social", en *Obras completas*, t. II, Espasa-Calpe, Madrid, 1987.
- HORNERO MÉNDEZ, C., "Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica)", en *RADP*, núm. 5, 2000.
- JORDANO BAREA, J. B., *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1980.
- LUQUE TORRES, G., *Crisis matrimoniales: consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002.
- MARÍN LÓPEZ, M., "El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?", en *RDP*, núm. 2, 2008.
- "Comentario a la STS de 2 de octubre de 2008", en *CCJC*, núm. 80, 2009.
- MARÍN PÉREZ, P., "Comentario al artículo 1750", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S.)*, t. XXII, vol. I, EDESA, Madrid.
- MARÍN VELARDE, A., "Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2010", en *RADP*, núm. 25, 2010.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "Procedencia o no del desahucio por precario de la esposa beneficiaria, en virtud de sentencia de separación, de la atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente en copropiedad al marido y a un tercero: Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010", en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y*

- mercantil* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.), vol. IV (2010), Dykinson, Madrid, 2011.
- MARTÍN PÉREZ, A., "Comentario al artículo 445", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S.), t. VI, EDESA, Madrid, 2005.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Comentario al artículo 394", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S.), t. V, vol. II, EDESA, Madrid, 1985.
- MOLL DE ALBA LACUVE, C., "Atribución y distribución del uso de la vivienda familiar en el libro II del Código Civil de Cataluña", en *Persona y Familia: estudios de Derecho civil catalán* (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A. y MARTINELL GISPERT-SAÚCH, J.), Difusión Jurídica, Madrid, 2014.
- "Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar en el Código Civil catalán y reforma del art. 96 Cc", en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017.
- MORENO NAVARRETE, M., "Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011", en CCJC, núm. 89, 2012.
- MORENO VELASCO, V., "La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito", en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales", en AC, núm. 19, 1986.
- OBERTO, G., *Famiglia e rapporti patrimoniali*, Giuffrè, Milán, 2002.
- ORDÁS ALONSO, M., *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- ORTEGA MELIÁN, C., "Los terceros y la asignación del uso de la vivienda en los procesos de separación y divorcio", en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja* (coord. CERVILLA GARZÓN, M. D. y LASARTE ÁLVAREZ, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PARRA LUCÁN, M. A., "Comentario al artículo 1750", en *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar (Comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre)", en *Derecho privado y Constitución*, núm. 18, 2004.
- PRETEL SERRANO, J. J., "Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional", en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017.

- PUENTE ALFARO, F., "La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución", en *Anales VI (2003-2004): Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil* (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A.), Grupo Difusión, Barcelona, 2005.
- RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987
- "Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992", en *CCJC*, núm. 30, 1992.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R., "El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad: causas y remedios", en *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.
- SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, El Cano (Navarra), 2001.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., "Atribución del uso de la vivienda familiar", en *AC*, núm. 3, 2006.
- TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J., "Comentario al artículo 1750" (actualizado por LÓPEZ MAZA, S.), en *Comentarios al Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R., "La atribución del uso de la vivienda familiar en la reciente jurisprudencia", en *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 99, 2012.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", en *RCDI*, núm. 752, 2015.
- VIRGADAMO, P., "Il comodato di casa familiare: un rapporto precario", en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016.
- VIVAS TESÓN, I., *El contrato de comodato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de familia y de la persona*, t. VI, Bosch, Barcelona, 2007.

ALGUNOS PROBLEMAS DE LOS LEGADOS DE ACCIONES O PARTICIPACIONES SOCIALES. COMENTANDO LAS SSTs DE 19 DE JULIO DE 2018 Y DE 3 DE JUNIO DE 2019

Ignacio Martínez-Gil Vich
Notario de Madrid

El presente comentario tiene por objeto dos Sentencias del Tribunal Supremo que recayeron sobre el mismo caso. En síntesis, ***un testador falleció sin legitimarios bajo testamento abierto otorgado en 2006***. Ordena varios legados y luego instituye herederos universales en el remanente de sus bienes a otras personas distintas de los legatarios. Había legados de metálico y luego un ***legado a dos personas, por partes iguales, de las acciones que tenía el testador en una sociedad anónima***, del que el testador era accionista único. En la cláusula QUINTA del testamento se disponía literalmente: *“prohíbe la intervención judicial en su herencia y si alguno la reclamara, quedará privado de cualquier derecho que el testador le haya legado, acrecentando su parte el caudal hereditario citado como remanente”*. En la SEXTA nombraba albacea contador partidor.

Tras el otorgamiento del testamento, el testador fue incapacitado judicialmente y fue nombrado un tutor el día 27 de septiembre de 2007. Este cargo recayó, casualmente, en quien era padre y hermano de los legatarios de las acciones. El tutor, en ejercicio de los derechos políticos de las acciones que el tutelado tenía en la sociedad anónima, celebra dos juntas generales: en la primera, cesa al administrador único y se nombra a sí mismo como administrador; en la segunda, amplía el capital social nada menos que por importe de más de 37 millones de euros, suscribiendo las acciones el tutelado, que aporta prácticamente todo su patrimonio. Consta que el

Juez autorizó la aportación de los bienes con ocasión del aumento en aplicación del artículo 271 del Código Civil.

La consecuencia es que se hizo ilusoria la participación de los herederos del remanente en la herencia porque no existía remanente. La práctica totalidad del patrimonio del causante estaba constituido, al producirse su fallecimiento el día 8 de marzo de 2009, por las acciones de la compañía.

En esta tesitura, los herederos por su parte celebran Juntas Generales de la compañía y lo mismo hacen los legatarios. Ambas partes impugnan las Juntas celebradas por los contrarios alegando su respectiva legitimación: los herederos, porque como no se habían entregado las acciones a los legatarios consideraban que no podían aún ir a la Junta; los legatarios, alegando que como se trataba de un legado de cosa específica propia del testador, eran los dueños desde el momento de la muerte del causante.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de **19 de julio de 2018**, en la que se dilucidaba acerca de la validez del aumento y si era aplicable la cláusula de prohibición judicial, el TS declara la ineficacia de sus legados por aplicación de la cláusula QUINTA del testamento, ya que al parecer habían interpuesto "*varios procedimientos civiles y penales*" en relación con la herencia. Y en la Sentencia de **3 de junio de 2019**, que versaba sobre las impugnaciones de las Juntas, el Alto Tribunal, lógicamente, al haber declarado ineficaz el legado deja también sin efecto las Juntas celebradas por los legatarios (doctrina de cosa juzgada).

Las Sentencias son más interesantes por lo que callan que por lo que deciden. Al aplicar la cláusula QUINTA del testamento y quedar sin efecto los legados, deja sin resolver algunas interesantes cuestiones de fondo que plantea el caso, y que fueron alegados en los pleitos por los interesados: (i) la eficacia del negocio de aportación realizado por el tutor; (ii) cómo afecta a la sucesión, y en especial a la institución de heredero, esa actuación del tutor; (iii) qué calificación procede para el legado de las acciones, su carácter genérico o específico, y cómo calificar el derecho del legatario cuando aún no se ha hecho la entrega de los legados por los herederos o el albacea expresamente facultado para su entrega, lo que influirá en la decisión sobre quién está legitimado para asistir y votar en las Juntas.

Analizaremos brevemente cada uno de estos puntos:

I. LA INEFICACIA DE LEGADO POR HABER INTERPUESTO PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

El Tribunal Supremo aplica en nuestro caso la doctrina que ha venido manteniendo desde su Sentencia de **17 de enero de 2014** con la "**cautela socini**". Llama la atención que el TS entienda que hay una "cautela socini" cuando en el caso enjuiciado no había legitimarios, en contra del origen de la misma, íntimamente relacionado con las legítimas. Se consolida lo que subrayó Luis SÁNCHEZ SOCÍAS en la revista *Notario del Siglo XXI*, NUMERO 59, ENERO-FEBRERO 2015 ("*la cautela socini pasa a ser la forma de designar* todo tipo de sanciones testamentarias por el ejercicio de cualquier acción dirigida a combatir el ámbito dispositivo ordenado por causante, haya o no herederos forzosos*"). La "cautela socini", en su origen, y tal y como la utilizamos en la práctica, consiste en conceder al legitimario más que lo que le corresponde legalmente con algún gravamen, con la opción a aquél de preferir la atribución de su legítima estricta totalmente libre.

A nuestro juicio, en el caso que nos ocupa había simplemente un *legado sometido a condición resolutoria*, consistente en interponer acciones judiciales. El cumplimiento de la condición resolutoria deja sin derecho alguno al afectado, a diferencia de lo que ocurre en la "cautela socini", en que lo que acontece es que hay una reducción cuantitativa de lo percibido. No era necesaria, e introduce alguna confusión, la utilización de una terminología de contenido ya depurado entre nosotros, como es la "cautela socini", tan ampliamente utilizada por los Notarios en el ámbito testamentario para encauzar la voluntad del causante, no solo en relación con el tradicional usufructo universal del cónyuge viudo, sino en otros muchos supuestos, entre los que destacan la imposición de administraciones de terceros o prohibiciones de disponer sobre los bienes de los legitimarios hasta alcanzar ciertas edades, además del que es objeto de la Sentencia, es decir, la prohibición de intervención judicial para los legitimarios.

La Sentencia del TS vuelve a recordar que procede distinguir cuál es el **fundamento del contenido impugnatorio** que determina la intervención judicial para ver si se activa la cláusula, doctrina que comenzó a desarrollar a partir de la STS de **17 de enero de 2014** ("*no todo contenido fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria queda comprendido en la prohibición impuesta en la "cautela socini"*"). En este sentido, la Sentencia vuelve a distinguir: (i) las impugnaciones que combaten el ámbito dispositivo

y distributivo ordenado por el testador; (ii) otras impugnaciones que se limitan a denunciar irregularidades propiamente dichas del proceso de ejecución testamentaria (omisión de bienes hereditarios, adjudicaciones sin previa liquidación de sociedad de gananciales, inclusión de bienes ajenos, etc).

Solamente las primeras son las que se comprenden en la prohibición de impugnar judicialmente. Por esta razón, en el caso que nos ocupa, el TS dice que la activación de la prohibición y subsiguiente ineficacia total del legado no fue motivada por la acción de petición de legado (*"la petición de legado y su ejercicio justificado constituye una facultad inherente a la posición jurídica del legatario que el testador no puede abrogar o limitar ya que, en su caso, articula el derecho del legatario de obtener, conforme a la disposición testamentaria, el pago de su legado"*). En síntesis, porque no se combate el aspecto dispositivo o distributivo, sino que pretende simplemente hacer eficaz la disposición. La activación de la prohibición, y la ineficacia del legado, vino motivada por otros pleitos interpuestos por los legatarios (*"la vulneración de la prohibición impuesta por el testador no se ha producido en el ejercicio de la acción de petición de legados con base al artículo 885 Cc, sino por los numerosos procedimientos judiciales promovidos en los órdenes civil, mercantil, y penal, dirigidos a alterar la ordenación y distribución hereditaria querida por el testador por medio del cuestionamiento del contenido de los legados y de la actuación del albacea contador partidor en defensa, precisamente, de lo ordenado en el testamento"*).

Por la misma razón, en la Sentencia de **15 de junio de 2006** la acción de suplemento de la legítima no provocó la sanción testamentaria porque solo se reclamaba la legítima estricta.

En la Sentencia de **3 de septiembre de 2014** sí que se considera que provoca la sanción testamentaria la acción de remoción del albacea nombrado por el testador, porque es un intento *"injustificado"* de alterar la ejecución testamentaria y querida por el testador. Subrayo la palabra *"injustificado"* porque si la causa de remoción –no reguladas legalmente– fuese grave y justificada, creo que no se podría entender activada la sanción que acompaña a la *"cautela socini"*.

La aplicación de la actual doctrina del TS creo que llevaría a entender que una impugnación del cuaderno particional aprobado por el contador partidor dativo del artículo 1057.2 no llevaría consigo la sanción aparejada a la *"cautela socini"*, siempre que tuviera como fundamento irregularidades en la ejecución de la voluntad del testador, pero sí si lo que se discute por el impugnante es la propia

voluntad de aquél (por ejemplo, normas de valoración de los bienes, instrucciones en relación con la colación, etc).

II. LA IRREGULAR ACTUACIÓN DEL TUTOR DEL TESTADOR

El tutor, provisto de autorización judicial del artículo 271 del Código Civil, realizó un aumento de capital social en la sociedad anónima con aportación de la práctica totalidad del patrimonio del testador. Desconocemos las razones alegadas por el tutor para obtener el "*placet*" judicial, pero de hecho fue conseguido. Cabe sospechar que el juez autorizante no tuvo a la vista el contenido de la última disposición testamentaria del representado. No es por tanto impugnabile por falta de autorización judicial del artículo 271 del Código Civil, pero entendemos que sí hubiese sido posible alegar *ilicitud causal* en un negocio cuya causa era, sencillamente, perjudicar directamente los derechos de los herederos en beneficio de unas personas íntimamente vinculadas con el tutor. Aunque del supuesto de hecho no se pueden sacar conclusiones, es verosímil suponer que el aumento no fue debido a necesidades de la propia sociedad en el desarrollo del objeto social, porque la aportación resultó heterogénea, ya que afectaba a todos los bienes del testador, sin distinción. Lo que es verosímil suponer es una actuación torticera del tutor en aras a favorecer los intereses de su padre y hermano, que eran los destinatarios del legado de las acciones, y los que reclaman la entrega de todas las acciones que existían en el momento del fallecimiento del testador. Un número de acciones extraordinariamente distinto al que existía en el momento de otorgar testamento (se pasa de 2000 acciones a la módica cifra de 1.248.754 acciones).

Por tanto, considero que el negocio de aumento de capital con aportación de bienes, que unilateralmente llevó a cabo el tutor, con autorización judicial, representando al socio aportante, era nulo de pleno derecho por ilicitud de causa en aplicación del artículo 1275 Cc, puesto que la finalidad perseguida, el propósito práctico perseguido por la sociedad y por el aportante (reunidos en la propia persona del socio, actuando a través del tutor), desbordaba la finalidad económico-social del negocio de aumento de capital para acabar siendo un cauce para vaciar el patrimonio restante del aportante con la única finalidad de incrementar los derechos de los legatarios y eliminar los derechos de los herederos. Sin llegar a esta calificación, la Sentencia de instancia y la de la Audiencia entendieron que el tutor, antes del fallecimiento del causante, había tergiversado con fraude la voluntad del testador, al vaciar la herencia. Y por eso de-

negaron la acción de petición de entrega de todas las acciones de los legatarios.

En realidad, lo ocurrido se asimila, en cierto sentido, a la figura del abuso de poder del representante voluntario. Como es sabido, el abuso de poder se produce en casos en que la actuación del representante está dentro de las facultades otorgadas, pero se usa el poder en contradicción evidente con los intereses del poderdante o en contra de sus instrucciones. La actuación con abuso de poder, cuando esta anomalía no puede ser conocida por el tercero que contrata con el representante, no puede provocar la ineficacia del negocio. Sin embargo, el abuso de poder conocido o que debió haberse conocido por el tercero sí que les oponible, con la sanción de la ineficacia total del negocio. Pues bien, en nuestro caso, el representante legal actúa dentro de los márgenes que le atribuye la ley, con la correspondiente autorización judicial, pero con pleno conocimiento por su parte de que la actuación representativa choca abiertamente con las "instrucciones" más claras y contundentes que pueden existir: nada menos que las recogidas en un testamento, cuyo contenido queda totalmente desvirtuado con la actuación representativa. No hay en este caso tercero de buena fe que proteger, ya que la sociedad no puede ser considerada tercero al ser de titularidad total del propio representado. Si hay abuso, y no hay buena fe que proteger, la consecuencia tiene que ser la ineficacia total del negocio abusivo.

Si esta conducta de vaciamiento patrimonial por vía de aportación en aumento de capital hubiese sido observada por el propio testador, sería evidente su voluntad de dejar sin contenido efectivo la institución de heredero. No habiendo legitimarios, puede hacer lo que desee, y sus actos dispositivos en vida no pueden ser impugnados, salvo por los acreedores en ejercicio de la acción pauliana, o por defectos estructurales del propio negocio. En esta conducta no es posible atisbar un efecto revocatorio del legado por transformación de la cosa legada del artículo 869.2 Cc porque no se transforma el objeto del legado, solo se incrementa su valor. Del mismo modo, si el testador lega el saldo que presente una cuenta bancaria a su fallecimiento, y después del testamento la nutre de forma importante, nadie discutirá que el legado subsiste. Son variaciones cuantitativas, no cualitativas, que no afectan a la eficacia del legado.

Ahora bien, esta misma conducta, hecha por el tutor en representación del testador, implica una modificación del contenido del testamento que atenta contra la voluntad del causante, y, además, está hecho con ánimo defraudatorio, lo que obliga a analizar qué hubiese ocurrido si no se hubiese activado la sanción de la cláusula QUINTA

del testamento y el albacea facultado para la entrega de los legados hubiese tenido que hacer la entrega. Dado que no hay legitimarios y no parece que haya acreedores, el albacea debería haber hecho entrega a los legatarios de las acciones correspondientes a la situación del momento del otorgamiento del testamento. La voluntad del testador, ley de la sucesión, es claro que no pretendía favorecer en exclusiva a los legatarios, sino que instituyó herederos a otras personas, destinatarias del grueso de su patrimonio (no olvidemos que la aportación alcanzó una suma cercana a los 37 millones de euros). De forma que las acciones que provenían de la ampliación del capital deberían ser entregadas a los herederos. En el caso en que se hubiese obtenido Sentencia anulando el aumento, entonces la entrega a los herederos hubiese sido de los bienes aportados, no de las acciones, que habrían sido también anuladas.

III. LA CALIFICACIÓN DEL LEGADO DE LAS ACCIONES: LA SITUACIÓN DEL LEGATARIO ANTES DE LA ENTREGA

Se deduce de la Sentencia que el testador había legado de forma conjunta a dos personas, por partes iguales, *todas las participaciones sociales que correspondían al testador* en una determinada sociedad mercantil, que equivalía a todo el capital social, porque la sociedad era unipersonal propiedad del testador.

Como se ha dicho, el TS, que había declarado ineficaz el legado por contravención de la prohibición de intervención judicial de la herencia, alegó la cosa juzgada para indicar que, al no existir ya el legado, la Junta que celebraron los colegatarios era nula porque no eran socios. Además, aunque no se hubiese declarado ineficaz el legado, ya hemos expresado nuestra opinión de que, tras la ampliación de capital, solo podría entenderse legadas las primitivas participaciones, pero no las resultantes de un aumento de capital social nulo e ineficaz.

Pero es interesante analizar, en general, la *legitimación* para concurrir y votar en una Junta en este caso de fallecimiento de alguno de los socios, ya que hay que cohonestar normas de derecho de sociedades con normas sucesorias, y a veces no es fácil el encaje.

En nuestro caso, **las acciones habían sido objeto de legado, pero no había producido la entrega por parte de los herederos**. Este es el caso de la Sentencia, porque celebraron sendas Juntas, por un lado, los herederos, y por otro, los legatarios, y en ambos casos solicitaron la nulidad de las Juntas celebradas por los otros.

Si el legado es de cosa específica propia del testador, el propietario de las acciones o participaciones es el legatario desde la muerte del testador. Lo dice el artículo 881 Cc: *"El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos"*. La adquisición se produce *"ipso iure"*, sin necesidad de aceptación, a diferencia del sistema romano de adquisición de herencia. La eventual aceptación, que puede ser expresa o tácita, lo que supone es la *simple renuncia de la facultad de repudiar*.

La adquisición automática de la cosa legada se considera, sin embargo, una ficción por parte de la doctrina cuando no hay aceptación. En esa misma línea, la DGRN, cuando afecta a inmuebles, sobre la base de que no se pueden adquirir derechos sin consentimiento del interesado, exige para la inscripción del inmueble legado a favor del legatario la aceptación de éste. De hecho, si un contador partidor adjudica un bien legado la inscripción a favor del legatario queda sujeta a la condición suspensiva (RDGRN 19/9/2002). La aceptación puede realizarse por cualquier medio que suponga voluntad de aceptar. Así, la simple solicitud de inscripción de los bienes, el requerimiento al contador partidor para que proceda a la entrega del legado, etc.

Sin embargo, la *eficacia es distinta según sea la clase de legado*:

1º. Legados de eficacia real o inmediata (*"legado per vindicationem"*). Se adquiere a la muerte del causante el derecho legado. Se trata de los legados de cosa específica y propia del testador. La entrega posterior de lo legado **no es tradición, no tiene virtualidad traditoria**. Se entrega porque el propietario es el legatario, no se entrega para hacer propietario al legatario.

2º. Legado de eficacia obligacional o indirecta (*"legado per damnationem"*): en ellos el legatario solo tiene un derecho de crédito que le permitirá obtener lo dispuesto a su favor por el testador. De este tipo son los legados de cosa ajena, de cosa del gravado, los de cosas genéricas, alternativos, de educación, de prestaciones periódicas, etc. El TS considera incluidos en este grupo los *legados de cantidad de dinero* existente en la herencia, aunque pudieran entenderse como legados de cosa propia del testador.

Por su parte, el artículo 882 Cc dice: *"Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere, y hace suyos los frutos"*.

o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y o satisfechas antes de la muerte.

La cosa legada correrá desde ese instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora”.

La automática adquisición de la propiedad *no significa adquisición correlativa de la posesión sobre el bien legado*. El artículo 885 Cc impide al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, debiendo pedir la entrega posesoria al heredero o al albacea. La posesión de los bienes hereditarios se transmite a los herederos por aplicación del 440 Cc (la llamada *posesión civilísima*). Esta unidad en la posesión de toda la herencia obedece a la necesidad práctica de que no se disgreguen los bienes, *ya todos los legados, incluidos los de cosa específica del testador, están subordinados al pago de los acreedores y a la satisfacción de las legítimas*.

Por eso, en estos legados surgen en realidad dos derechos a favor del legatario: (i) la propiedad sobre la cosa legada; (ii) un crédito contra el gravado al objeto de conseguir el traspaso posesorio.

Por tanto, la idea es clara: si el legado es de cosa específica propia del testador, el legatario adquiere lo legado de forma automática, que pasa del causante al legatario, sin que el heredero intervenga a estos efectos y sin perjuicio de su renuncia con efectos retroactivos. Lo que el legatario recibe del heredero, contador partidor o albacea es la posesión –no la propiedad–, lo que hace que sea una *simple entrega posesoria sin ninguna virtualidad traditoria*.

Por esta razón, la STS del 27/6/2000 considera que cuando hay varios colegatarios existe ya una comunidad romana y cabe por lo tanto el retracto de comuneros entre ellos. Esto demuestra, como luego veremos, que cabe transmitir “inter vivos” porque la entrega de los herederos no es traditoria.

Para que se produzcan efectos reales es necesario que la cosa legada sea específica y esté en el patrimonio del causante *en el momento del fallecimiento*.

La adquisición automática del dominio no se ha llevado a sus últimas consecuencias, lo que ha hecho que se hable de *propiedad legataria*, que se convierte en propiedad verdadera con la entrega de la cosa; de adquisición *en suspenso o provisional*. La RDGRN de 19/9/2002 dice que “*es una ficción absoluta que alguien pueda ser propietario de algo sin saber si desea adquirir esa propiedad y si se le podrá entregar la misma sin perjudicar los derechos de acreedores y legitimarios*”. El Tribunal Supremo, por su parte, dice que “*el derecho del legatario está subordinado a la liquidación de la masa*

hereditaria o a la circunstancia de que quepa en la parte de bienes de que el testador puede disponer libremente”.

Sin embargo, hay otras normas que sí demuestran que la atribución de la propiedad al legatario es inmediata: las reglas sobre frutos, riesgos y accesiones de los artículos 882 y 883 Cc y la regla de que si la cosa se pierde tras la muerte del testador sin culpa del heredero extinguirá el legado (869.3 Cc). Y la LH permite al legatario anotar preventivamente su derecho sobre inmuebles concretos del testador aunque el heredero no haya hecho entrega de la posesión. Así dificulta una enajenación a tercero.

Finalmente, al adquirir desde el primer momento la propiedad es lógico que corresponda al legatario el “*periculum*” (riesgos y deterioros) y el “*commodum*” (aumentos y mejoras). En definitiva, “*res perit domino*”. El heredero no responderá de la evicción o de los vicios anteriores a la muerte del causante. Si son menoscabos o perjuicios posteriores a la muerte y son culpa del heredero o de tercero podrán ser reclamados por el legatario. No hay que olvidar el artículo 869.3 Cc: se extingue la propiedad sobre el legado en caso de pérdida del objeto posterior a la muerte si bien el legatario tendrá acción contra el responsable de esa pérdida.

La jurisprudencia del TS ha reiterado que el legatario de cosa específica y determinada tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. Y cuando hay varios colegatarios sobre el mismo bien se constituye una comunidad ordinaria regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil. La entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia “*sine qua non*” para que el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada.

Pasando al análisis del caso enjuiciado por la Sentencia ¿Significa que sin posesión no puede ejercitar sus derechos políticos en una Junta? ¿Quién está legitimado para hacerlo?

En el caso de la Sentencia, el testador había legado las acciones que tenía en una sociedad anónima a dos personas por partes iguales, sin identificar las participaciones que le correspondían a cada uno. Esto hizo que los herederos argumentaran, frente a las alegaciones de los legatarios, que *no se trataba de un legado de cosa específica propia del testador, sino un legado de cosa genérica, por lo que no tenían disponibilidad sobre las acciones hasta que se produjera la entrega por los herederos, que hasta entonces serían los legitimados para celebrar las Juntas.*

Ante esta alegación de los herederos, cabe preguntarse si en nuestro caso se puede hablar de un verdadero legado de cosa específica propia del testador. La jurisprudencia del TS considera que el legado de cosa específica requiere un objeto plenamente identificado e individualizado sin necesidad de operación alguna sobre el que puede reclamarse la posesión por el legatario.

En mi opinión, sería un legado de cosa genérica claro si el testador lega participaciones o acciones de sociedades en que participa el testador y que alcancen un determinado valor contable. Son necesarias posteriores operaciones de especificación para concretar lo que le corresponde al legatario. Sin embargo, en nuestro caso es evidente que los colegatarios son titulares del cien por cien del capital social, y aunque no se sepa qué concretas participaciones representativas del cincuenta por ciento del capital social van a corresponder a cada uno de los legatarios, no hay dudas en cuanto a quienes van a ser los destinatarios del total capital social de la compañía. Por eso, creo que la situación, frente a la sociedad, es análoga a la de la comunidad hereditaria: los colegatarios, aunque no hayan recibido la entrega de la posesión, son los dueños, y deben designar a uno de ellos para que ejercite los derechos frente a la sociedad. Si después se produce una pérdida parcial o total del legado por la concurrencia de derechos de acreedores –en primer término– y legitimarios, en última instancia, no afecta a la validez de los acuerdos adoptados en la Junta por los legatarios propietarios. Del mismo modo que un heredero bajo condición resolutoria estaría legitimado para concurrir y votar en las Juntas, sin perjuicio de los efectos posteriores de la resolución, también debe estarlo el legatario antes de la entrega. El que no está legitimado es el heredero, que no tiene ninguna posibilidad de convertirse en socio (salvo, en Cataluña, por aplicación de la cuarta falcidia).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de septiembre de 2012, que fue la que objeto del recurso de casación, dice literalmente, en este mismo sentido, que *"el objeto del legado no se refiere a una cosa genérica, pues no lo es la totalidad de las acciones, y menos puede constituir una cosa de género limitado, que supone la delimitación pero dentro de un género... en definitiva, se viene a confundir el objeto del legado, y los beneficiarios"*.

Por tanto, si el legado no hubiese sido declarado ineficaz por los tribunales, los legitimados para celebrar la Junta General hubiesen sido los legatarios. En el caso de la Sentencia ya hemos dicho que los herederos habrían obtenido Sentencia victoriosa si hubiesen impugnado la aportación del patrimonio en el aumento de capital,

reconduciendo el legado a las acciones inicialmente legadas, e incluyendo el patrimonio aportado ilícitamente en el caudal relicto. Los herederos, además, podrían haber solicitado la administración judicial de las acciones en tanto en cuanto no se dilucidara el alcance del legado, y en ese caso el administrador estaría legitimado para acudir y votar en la Junta. Pero como dijimos, el TS deja todos estos asuntos sin tratar porque anula los legados iniciales, y *"muerto el perro, se acabó la rabia"*.

EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. COMENTANDO LA STS DE 2 DE JULIO DE 2019

Amanay Rivas Ruiz
Notario de Fuenlabrada

La sentencia de la sala primera del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio, resuelve determinadas cuestiones relacionadas con el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, regulado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal (en adelante LC), y que hasta la fecha no habían sido objeto de interpretación jurisprudencial: qué se entiende por deudor de buena fe a efectos de la exoneración del pasivo insatisfecho, qué autoridad es la competente para aprobar el plan de pagos a que debe someterse el deudor que acude a la vía de la exoneración en un plazo de 5 años (exoneración “diferida”), y qué créditos son objeto de exoneración en esta vía.

El supuesto de hecho que da lugar a la sentencia que ahora analizamos es el siguiente: un deudor en situación de concurso, una vez realizado todo su patrimonio y terminado el procedimiento por insuficiencia de activo, solicita la exoneración del pasivo insatisfecho al amparo del artículo 178 bis LC. En juicio de incidente concursal se opone a dicha solicitud la Agencia Tributaria que es uno de los acreedores, al considerar que el deudor no reúne los requisitos que establece dicho artículo ya que, de una parte, no ha acreditado el pago de los créditos contra la masa ni de los créditos privilegiados, entre cuyos titulares se encuentra la propia agencia tributaria, y de otra parte porque el deudor no ha especificado si se acoge a la exoneración por la vía prevista en el ordinal 4º o en el ordinal 5º del artículo 178 bis.3 de la ley concursal. En la contestación a la demanda el deudor reconoce la existencia de créditos contra la masa y créditos privilegiados no pagados, y reconduce la solicitud

de exoneración del pasivo insatisfecho a la vía prevista en el artículo 178 bis.3.5º LC, es decir sometiéndose a un plan de pagos del pasivo no exonerable. El juzgado de primera instancia acuerda la exoneración del pasivo insatisfecho por esta última vía y aprueba el plan de pagos propuesto por el deudor. Se recurre en apelación esta sentencia por la agencia tributaria y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia, y en concreto respecto al crédito público afirma su inclusión en el plan de pagos que es objeto de aprobación judicial. Se interpone entonces recurso de casación por la Agencia Tributaria, por infracción de varios apartados del artículo 178 bis LC, que el Tribunal Supremo desestima en los siguientes términos a los motivos de casación alegados:

1.- Infracción del artículo 178 bis.3 LC, ya que se considera por la agencia tributaria que el deudor carece de la buena fe que, como requisito indispensable, exige el artículo 178 bis.3 para la concesión de la exoneración del pasivo insatisfecho. No admite el Alto Tribunal este motivo pues considera que en este caso el deudor es de buena fe, y explica: La referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general de buena fe del artículo 7.1 del código civil sino al cumplimiento de los requisitos que enumera el artículo 178 bis.3 de la ley concursal, y que son los siguientes: a) que el concurso no haya sido calificado de culpable; b) que el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales; c) que haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo al concurso; y d) en función de la alternativa que tome, la exoneración inmediata del ordinal 4º o la exoneración en cinco años del ordinal 5º, cumplir las exigencias propias de cada una de esas alternativas. Concurriendo estos requisitos en el deudor debe considerarse cumplido el requisito de la buena fe que exige el art. 178 bis.3 LC.

2.- Infracción del artículo 178 bis.3.4º y .5º LC, ya que considera la Agencia Tributaria que la elección de la vía de exoneración por la que opta deudor, ya sea la del ordinal 4º o la del ordinal 5º, debe ser expresa e inmodificable una vez efectuada. Rechaza igualmente el Tribunal Supremo este motivo y considera que el artículo 178 bis no establece un procedimiento rígido para solicitar y obtener la exoneración del pasivo insatisfecho. Por ello aunque el deudor inicialmente opte por la vía del ordinal 4º, no existe inconveniente en que con posterioridad, de forma sobrevenida, el deudor opte formalmente por la alternativa del ordinal 5º siempre que se cumplan

las garantías legales que permitan la contradicción sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la alternativa del ordinal 5º, es decir siempre que los acreedores puedan defender su crédito en debida forma formulando las alegaciones que correspondan al plan de pagos propuesto por el deudor.

3.- Infracción del artículo 178 bis.6 LC, ya que considera la Agencia Tributaria que no es posible que el plan de pagos que aprueba el juez del concurso pueda establecer aplazamientos o fraccionamientos del crédito público, siendo esta posibilidad únicamente competencia del propio acreedor público, conforme a la literalidad de dicho apartado 6. Es en este punto donde el Tribunal Supremo introduce la interpretación más interesante y más novedosa del artículo 178 bis de la Ley Concursal. Desestima el Tribunal Supremo este motivo y afirma que no es posible dejar la eficacia del plan de pagos aprobado judicialmente a una posterior ratificación de un acreedor público, por los siguientes razonamientos:

La Sala analiza el contenido del artículo 178 bis.6 LC y señala que la norma contiene una contradicción pues, por una parte se prevé un plan para asegurar el pago en cinco años de los créditos excluidos de la exoneración contra la masa y privilegiados, plan que ha de ser aprobado por la autoridad judicial, y por otra se remite a los mecanismos administrativos para la concesión por el acreedor público del fraccionamiento y aplazamiento de pago de sus créditos. Para resolver esta contradicción el Tribunal Supremo concluye que, aprobado judicialmente en plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso un acreedor público. Los mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el artículo 178 bis L.C. (que puede alcanzarse en algún caso la exoneración plena de la deuda), por lo que bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial. El juez, previamente, debe oír a las partes personadas, y por tanto también al acreedor público, sobre las objeciones que presenta el plan de pagos, y atender solo a aquellas razones objetivas que justifiquen la desaprobación del plan.

Estas son las líneas fundamentales de los aspectos más relevantes de la sentencia ahora analizada sobre los que expresamente se pronuncia el Tribunal Supremo. Merece la pena no obstante profundizar ahora con un análisis crítico sobre los motivos primero y

tercero de casación y la respuesta que dan los mismos del Tribunal Supremo.

ANÁLISIS

No es esta la primera sentencia que nuestro tribunal supremo dicta en los últimos tiempos en relación con el régimen de segunda oportunidad introducido en nuestra legislación concursal el año 2015. A lo largo de este año 2019 ha dictado una sentencia, de 13 de febrero de 2019, en la que se analiza la institución del acuerdo extrajudicial de pagos, particularmente sobre cómo afecta a los derechos de alimentos a cargo del deudor, y una segunda sentencia dictada en fecha 13 de marzo de 2019, en el que ha efectuado una interesante aclaración sobre en qué casos debe entenderse que el deudor ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos a efectos de valorar en la buena fe del mismo, presupuesto indispensable para poder llegar a la exoneración del pasivo insatisfecho.

Sin embargo sí que es una sentencia relevante puesto que se refiere dos cuestiones que tienen verdadera relevancia práctica. La primera de ellas es el concepto de deudor de buena fe que se aplica al régimen de la segunda oportunidad. Y la segunda y más importante, cómo afecta la exoneración del pasivo insatisfecho al crédito público.

1.- Nuestro TS aclara el **concepto de deudor de buena fe a los efectos de la exoneración del pasivo insatisfecho**. Para que el deudor puede acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho es indispensable que tenga la consideración de deudor de buena fe, pero esta buena fe en el deudor, como ya hemos comentado, no es la buena fe que contempla el artículo 7.1 de nuestro código civil conforme a la interpretación que de la buena fe ha venido haciéndose por nuestra jurisprudencia, sino que es un **concepto legal, diferente y autónomo del civil**, que define el artículo 178 bis.3 de la ley concursal. Este concepto de deudor de buena fe, no valorativo sino legal, es el resultado de la reunión de una serie de requisitos que fija el propio artículo mencionado, y que son los arriba reseñados al analizar el motivo 1 de casación. Por tanto, en supuestos como el resuelto por la sentencia, en el que el deudor al solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho inicialmente omite la existencia de créditos contra la masa y créditos privilegiados no abonados, y es la oposición del acreedor la que pone de manifiesto la existencia de dichos créditos no abonados que impiden poder acceder a la exone-

ración, que la omisión sea deliberada o involuntaria en nada afecta a que pueda alcanzar la exoneración si cumple con los requisitos que a estos efectos determinan que sea deudor de buena fe, a saber: a) concurso no culpable; b) deudor no condenado por determinados delitos patrimoniales; c) haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previamente al concurso; y d) según la alternativa que tome, cumplir las exigencias propias de la vía de la exoneración inmediata (ordinal 4º) o de la exoneración diferida (ordinal 5º).

2.- En cuanto a cómo afecta la exoneración del pasivo insatisfecho al crédito público, la regulación de esta cuestión es uno de los puntos que más críticas ha recibido de la doctrina ya que, conforme a la literalidad del artículo 178bis LC, el tratamiento es distinto según que el deudor tenga mayor o menor capacidad económica. El artículo 178bis LC establece dos vías posibles para poder alcanzar la exoneración del pasivo insatisfecho para aquellos deudores personas físicas de buena fe que, habiendo tramitado el concurso, éste haya concluido por liquidación de todo el patrimonio o insuficiencia de la masa activa, y quede pasivo pendiente de pagar. Son la vía de la exoneración que podemos llamar "inmediata" que regula el art. 178 bis.3.4º, y la vía de la exoneración "diferida" o en cinco años, que regula el art. 178 bis.3.5º LC.

Para poder acceder a la primera, es decir la exoneración "inmediata", es necesario que el deudor haya pagado la totalidad de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados. Y si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, que hubiera pagado al menos el 25 % de los créditos ordinarios. Esto significa que por esta vía aquellos créditos públicos insatisfechos que no tengan la consideración de créditos contra la masa ni de crédito privilegiado serán objeto de exoneración. Igual ocurre con los créditos con alimentos que no tengan la citada consideración de créditos contra la masa o crédito privilegiado. Nótese que a esta vía solamente tendrán acceso a aquellos deudores con una mayor capacidad económica puesto que son aquellos que a lo largo del concurso han sido capaces de hacer frente al pago de estos créditos contra la masa y créditos privilegiados. Aquellos otros que no tengan esta posibilidad solamente podrán acudir a la segunda vía la de la exoneración en cinco años que pasamos analizar, y que da un tratamiento distinto a los créditos públicos y por alimentos que son exonerables.

La segunda vía, es decir la de la exoneración "diferida" o en cinco años, tiene a su vez unos requisitos propios, que como vamos a ver son más amplios que los establecidos en la vía de la exoneración

inmediata. En ambos casos es necesario que el deudor concursado persona física sea de buena fe (conforme a la definición legal del art. 178 bis.3 LC), pero en la vía de exoneración diferida, ya que el deudor no tiene capacidad económica suficiente como para haber pagado los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, la ley le señala una serie de requisitos adicionales que debe cumplir para poder llegar en un plazo que en principio es de cinco años, a la exoneración de pasivo insatisfecho, que no será todo el que tenga sin pagar, sino solo el que establece el art. 178 bis.5 LC. En esta vía el deudor debe: no haber incumplido las obligaciones de colaboración del artículo 42 L.C.; no haber obtenido el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los 10 años anteriores; en los cuatro años anteriores a la declaración del concurso no debe haber rechazado una oferta de empleo adecuada su capacidad; debe aceptar de forma expresa que la pensión desde beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se haga constar en el registro público concursal; y por último, debe aceptar someterse a un plan de pagos que aprueba el juez y que regula el artículo 178 bis.6 LC, y que necesariamente debe interpretarse en conexión con el apartado quinto del mismo artículo, pues en el art. 178 bis.5 LC se establecen los créditos que quedan afectados por la exoneración del pasivo insatisfecho, y por tanto *a sensu contrario*, qué créditos han de pagarse necesariamente para poder acceder a la exoneración del resto de créditos no satisfechos en cinco años. Es este último requisito, el del plan de pagos del pasivo no exonerable que aprueba el juez, el que da lugar a la interpretación más interesante que hace el Tribunal Supremo en esta sentencia.

En el **plan de pagos que regula el artículo 178 bis.6 LC** se establecen los aplazamientos o fraccionamientos del crédito no exonerable del deudor, es decir recoge el calendario de pagos de aquellos créditos que el deudor debe necesariamente pagar para poder llegar a la exoneración del resto del pasivo no abonado, que será el pasivo insatisfecho que se exonera. Este plan de pagos **debe ser necesariamente aprobado por el juez del concurso**. Lo que ocurre es que dentro de este apartado existe una contradicción, pues como dice el Supremo, por una parte se prevé que el plan para asegurar el pago de aquellos créditos contra la masa y privilegiados en cinco años que no son objeto de exoneración sea aprobado por la autoridad judicial, Y por otra, la misma norma se remite a mecanismos administrativos para la concesión por el acreedor público del fraccionamiento y aplazamiento de pago de sus créditos. El Tribunal Supremo para resolver esta contradicción efectúa una interpretación

teleológica y sistemática de la norma, trae a colación no solo la exposición de motivos del RDL 1/2015 sino también normativa comunitaria en esta materia (en concreto, la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, y la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas), y considera que los mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago del crédito público carecen de sentido en una situación concursal, pues de admitirlos se haría prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad que persigue el artículo 178 bis LC, que no es otra que la de alcanzar por el deudor concursado la exoneración plena de las deudas insatisfechas, y por tanto ha de subsumirse la protección del crédito público en la aprobación judicial del plan de pagos. Es decir, la aprobación del plan de pagos del crédito no exonerable es competencia exclusiva del juez del concurso, quien dentro de la valoración sobre la procedencia de la aprobación o no del plan vela por el cumplimiento de todos los requisitos legales para ello. El acreedor público cuyos créditos queden incluidos en el plan de pagos, y por tanto son objeto de aplazamientos o fraccionamientos en su pago, no tiene que ratificar ni aprobar ese plan de pagos ya aprobado por el juez, y no puede modificarlo ni alterarlo.

Resuelve así el Tribunal Supremo la contradicción que recoge el artículo 178 bis.6 LC, afirmando la **exclusiva competencia judicial de la aprobación del plan de pagos**, de manera que queda claro a partir de ahora que la aprobación del plan de pagos para que el deudor pueda alcanzar la exoneración del pasivo insatisfecho no quedará sometida a una aprobación de la Agencia Tributaria o en su caso de la Seguridad Social posterior a la aprobación que del plan de pagos efectúe el juez del concurso, lo que resulta clarificador y terminará con muchas de las impugnaciones de los planes de pagos por acreedores públicos.

Lo que ocurre es que el Tribunal Supremo para llegar a esta conclusión en el Fundamento de Derecho Cuarto, al analizar las dos vías existentes para la exoneración del pasivo insatisfecho **determina el alcance de la exoneración del pasivo insatisfecho** en unos términos que pueden resultar controvertidos, cuando menos. Considera el Tribunal Supremo que la norma que regula la exoneración "diferida" del pasivo insatisfecho en el ordinal 5º del artículo 178 bis.3 LC debe interpretarse sistemáticamente en cuanto al alcance de la exoneración del pasivo insatisfecho con la regulación que se efectúa en el ordinal 4º del mismo artículo para la exoneración "inmediata" del pasivo insatisfecho, bajo la perspectiva de que la ratio

de la norma es facilitar al máximo la concesión del beneficio del pasivo insatisfecho facilitando en la medida de lo posible la plena exoneración de las deudas. Y concluye que **para el deudor que acude a la vía de la exoneración diferida del ordinal 5º, la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos, plan que como hemos visto afecta únicamente a los créditos contra la masa y los créditos privilegiados**, pues considera que la finalidad que guía la norma es la de facilitar al máximo la plena exoneración de las deudas del deudor concursado. Es decir, considera el Tribunal Supremo que los créditos exonerables son los mismos ya acuda el deudor a la vía de la exoneración inmediata del ordinal 4º o a la vía de la exoneración diferida del ordinal 5º, y se extiende a todos los créditos que no sean créditos contra la masa o créditos privilegiados.

El problema está en que para la vía de la exoneración "diferida" el artículo 178 bis.5 LC, que define el pasivo exonerable para los deudores que hayan acudido a esta opción, literalmente establece otra cosa, ya que señala que exoneración se extenderá a la parte insatisfecha de "1. Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos." Es decir conforme a la literalidad de este apartado no pueden ser objeto de exoneración en la vía "diferida", pues quedan exceptuados de ello, los créditos de derecho público y los créditos por alimentos aunque tengan la consideración de crédito ordinario o de crédito subordinado (como por ejemplo las multas o recargos), y no de crédito contra la masa o crédito privilegiado.

En definitiva, si bien hasta ahora se consideraba de manera pacífica que aquellos deudores que optaban por la vía de la exoneración "diferida" del pasivo insatisfecho regulada en el ordinal quinto del artículo 178 bis.3 no podían ver exonerados los créditos públicos ni los créditos por alimentos que tuvieran pendientes, sobre la base de lo dispuesto en el art. 178 bis.5.1º LC, tras esta sentencia parece que sí podrán lograr la exoneración también de los créditos públicos y de los créditos por alimentos que no tengan la consideración de crédito contra la masa ni crédito privilegiado.

Por aclarar entonces, conforme a esta sentencia de nuestro Tribunal Supremo, qué créditos públicos y por alimentos no pueden ser objeto de exoneración, ya se acuda a la vía inmediata del ordinal 4º o a la diferida del ordinal 5º del art. 178 bis.3 LC, podemos indicar:

- Respecto de los créditos públicos, no son exonerables aquellos que tienen la consideración de crédito contra la masa, que son los devengados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor después de la declaración del concurso, o en su caso desde el inicio de la tramitación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 84.2.5º LC y art. 242.2.3º LC). Tampoco son exonerables los créditos públicos que tienen la consideración de privilegiados, ya sea con privilegio especial (art. 90.1.1º LC) o con privilegio general (los que establece el art. 91.2º LC, y el art. 91.4º LC, conforme al cual tienen tal consideración el 50% del importe de los créditos definidos en dicho artículo, mientras que el resto tendrá por tanto la consideración de crédito ordinario).
- Respecto de los créditos por alimentos, no serán exonerables aquéllos que tengan la consideración de crédito contra la masa (art. 84.2.4º LC en relación con el art. 47.2 LC), e incluyéndose aquí aquéllos devengados con posterioridad al inicio de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos que en su caso se hubiera tramitado y que el deudor no hubiera satisfecho (Sentencia TS 13 de febrero de 2019).

Estos son, por tanto, los únicos créditos que el deudor concursado debe de satisfacer conforme al plan de pagos aprobado por el juez, si opta por la vía de la exoneración “diferida”. El resto de créditos públicos y de créditos por alimentos sí que podrán ser objeto de exoneración y está aquí la principal novedad que se deriva de la sentencia del Tribunal Supremo analizada, junto con la afirmación de que la aprobación del plan de pagos a que debe someterse el deudor que opta por la vía de la exoneración diferida del pasivo insatisfecho es únicamente competencia del juez del concurso, pues solo a él corresponde aprobar ese plan de pagos y ni la administración tributaria ni la Seguridad Social tienen facultad para someter ese plan de pagos a una posterior aprobación por su parte.

LA DONACIÓN DE INMUEBLES EN DOCUMENTO PRIVADO NO ES JUSTO TÍTULO PARA USUCAPIR. COMENTANDO LA STS DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2019

Pedro Fernández Yáñez
Notario de Figueres

Seguiremos como metodología la propia estructura de la sentencia, realizando los pertinentes comentarios a medida que se vayan suscitando las diferentes cuestiones,

ANTECEDENTES DE HECHO

El objeto del litigio es la interposición de una demanda de acción reivindicatoria de una vivienda por parte de Don Gustavo contra su hermana Elisabeth. Alega el demandante un título de donación plasmada en Escritura pública el 2 de marzo de 1971, aunque reconocía no haber vivido nunca en la misma.

Doña Elisabeth por su parte alega la existencia de una donación hecha entre su hermano y ella, pero plasmada en documento privado, además de prescripción adquisitiva. Incluye en la posesión necesaria para la usucapión el tiempo en que vivió en ella junto a sus padres –aunque reconociendo que dicha posesión no fue continuada–, así como su posesión continuada a título de dueña desde la fecha de dicho documento privado, esto es, el 7 de diciembre de 1987.

En la **sentencia de primera instancia** se estima la demanda de don Gustavo y se desestima las pretensiones de doña Elisabeth por razones que son las siguientes:

- 1ª. No hay prescripción ordinaria por falta de justo título.

2ª. Tampoco ha lugar a la prescripción extraordinaria, por no haber transcurrido treinta años de posesión pública, pacífica y no interrumpida.

3ª. Por todo lo anterior, procede la acción reivindicatoria, por ser la finca determinada, presentar la parte actora título de dominio, y ser el título de la demandada insuficiente para transmitir el dominio.

Esta sentencia fue, como es obvio por haber sido objeto de casación, recurrida ante la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5; que **dicta una sorprendente sentencia** en la que se reconoce la prescripción adquisitiva basándose en que, conforme a criterios de buena fe, el hecho de que exista un documento privado de donación transforma la posesión en suficiente para la prescripción ordinaria y que, por consiguiente, ha de admitirse ésta.

Señala además la Audiencia Provincial que, al reconocer don Gustavo que nunca vivió en la casa, no puede prosperar la acción reivindicatoria por no adquirirse el dominio, al faltar la posesión.

Llegados a este punto la estupefacción nos lleva a pensar que, o bien la Audiencia buscó la justicia material en consideración a las circunstancias que pudieran intuirse en sala, o bien no conocen el Derecho patrio, o bien tienen alma de legisladores.

Esta segunda sentencia es objeto de **recurso de casación por vulneración manifiesta de las normas jurídicas aplicables** (artículo 481 de la LEC, en consonancia con el artículo 348 LEC), en concreto, los artículos 609, 633 y 1959 del Código civil, así como de la doctrina del propio Tribunal Supremo desarrollada en sentencias de 22 de diciembre de 1986, 26 de enero de 1998 y 10 de noviembre de 1994.

En concreto, alega la parte recurrente la Sentencia 22 de diciembre de 1986, en la que se declara que: "[...] *En el caso de las donaciones el efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura pública de donación según el artículo 633 en relación con el art. 1462 y con el art. 38 de la Ley Hipotecaria. La forma exigida ad solemnitatem para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del ámbito de los contratos a que alude el art. 609 de tal suerte que en aquella la entrega de la cosa donada al donatario se efectúa por cuanto es ya suya*".

Asimismo, hace hincapié en que el título en que se fundamenta la prescripción no reúne el requisito *ad solemnitatem* de constar en escritura pública, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 633 del Código civil.

Y finaliza negando que la prescripción adquisitiva haya sido correctamente valorada por el tribunal de instancia en consonancia con lo establecido por la propia doctrina del Tribunal Supremo en sentencias como la de 13 de mayo de 1963 o de 9 de julio de 1984, en las que se exige además de título que la posesión sea pacífica, pública y no interrumpida, y en el presente caso, no puede considerarse que la posesión haya sido ininterrumpida pues consta acreditado que la demandada pasaba temporadas en Cataluña, donde residió hasta su jubilación.

CUESTIONES PREVIAS

No son relevantes al objeto que nos ocupa, pero baste decir que las alegaciones de inadmisibilidad argüidas por parte de doña Elisabeth son desestimadas de pleno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Comienza el Tribunal admitiendo el interés casacional en la modalidad admitida en el artículo 477.2, 3º, apartado 3; esto es, la contradicción entre la sentencia de instancia y la Doctrina reiterada del TS.

Continúa recordando que es doctrina reiterada entre otras, en la Sentencia de 22 de diciembre de 1986; que **la Escritura Pública de donación constituye un modo de adquirir el dominio per se, sin necesidad de tradición de la cosa donada**, al ser un negocio jurídico dispositivo que no requiere por parte del donante más que el otorgamiento de la Escritura y por parte del donatario su aceptación (artículo 609 del Código, en relación con el artículo 633).

En consecuencia, entiende el Tribunal Supremo que procede la acción reivindicatoria, por existir título que fundamenta la adquisición del dominio por parte de don Gustavo.

Finaliza su razonamiento jurídico entrando a valorar la excepción de la usucapión. Para ello recuerda lo dicho por el propio Tribunal en Sentencia de 25 de enero de 2007:

“Por último, hay que referirse a una cuestión que se plantea al final del motivo primero y lo relaciona con la posesión en concepto de dueño. Una donación de inmueble sin escritura pública es inexistente jurídicamente por falta de un elemento esencial (artículo 633 del Código civil), por lo que no es justo título, pero sí puede ser base de usucapión extraordinaria, que se produce por mayor tiem-

po, sin necesidad de título (artículo 1959) y aquella donación no es un título, no es nada jurídicamente, pero su ausencia no impide la posesión que da lugar a la usucapión extraordinaria, ni tampoco obsta a que el poseedor sin título (porque la donación no lo es) lo sea a título de dueño”.

De lo dicho deduce el Tribunal, con buen criterio, que el plazo a partir del cual puede entenderse que la posesión es ininterrumpida es el de la fecha del documento privado de donación, esto es 1987; y que, por tanto, no han transcurrido los 30 años que marca el artículo 1959 del Código civil como necesarios para que opere la prescripción extraordinaria, ya que la demanda de acción reivindicatoria se produce en 2014.

Concluye el Tribunal confirmando la Sentencia del Tribunal de primera instancia.

CONCLUSIÓN

A nuestro juicio, el debate de fondo que se suscita a tenor de la presente sentencia es acerca de los límites de la interpretación que la jurisprudencia puede realizar sobre el Derecho positivo. Bien parece que lo que busca el Tribunal de instancia, con independencia de la puya anteriormente escrita, es acomodar el Derecho a la justicia material del caso, cosa que por otra parte no es excepcional en nuestro sistema judicial, siendo empleado incluso por el propio Tribunal Supremo en numerosas sentencias. Es evidente que es francamente complicada la total abstracción de las sensaciones que el contacto directo con las partes en Sala genera en el juzgador; así como el hecho de que la intuición de lo que es justo (que nunca debe perder el jurista), condiciona.

Sin embargo, el precio a pagar por sentencias como la de la Audiencia Provincial es la absoluta falta de seguridad jurídica. España se enmarca en el sistema continental de Derecho civil, esto es: la existencia de Derecho positivo al que hay que atenerse, igual para todos y; aunque interpretable por la jurisprudencia, no fabricable por la misma. En este mismo sentido se enmarca nuestro artículo 1 del Código civil (como ven, tampoco hay que buscar mucho).

Es por ello por lo que la Sentencia del Tribunal Supremo nos parece profundamente acertada y conveniente, pues recuerda su doctrina, corrige la libre interpretación del Derecho que efectúa la Audiencia Provincial, y protege, por todo lo anterior, la seguridad jurídica.

Además, el admitir que una donación en otorgada en documento privado es justo título para la prescripción ordinaria conlleva un camino peligroso, como es el permitir una vía para evitar el otorgamiento en Escritura Pública de donación. El procedimiento sería sencillo: otorgo documento privado de donación, espero diez años en los términos del artículo 1957 del Código civil y adquiero el dominio. Reiteramos que esto nos parece peligroso, y ello lo decimos no por interés profesional, sino por ser la Escritura de donación un instrumento público en el que el Notario debe ser especialmente diligente para proteger al donante.

En la corta experiencia profesional del que esto escribe –no llega a dos años–, he tenido que negarme a autorizar dos escrituras de donación de bienes inmuebles: la primera porque el documento se pretendía otorgar por coacciones del hijo de la donante, la segunda por coacciones de la amante de un entrañable anciano, por supuesto 35 años más joven que él. Intuyo que en los años que me queden de profesión me encontraré otras tantas y con supuestos variados, por lo que entiendo que el juicio de capacidad y la comprobación de la libre prestación del consentimiento por parte del Notario es esencial.

EL REQUISITO DE BUENA FE DEL ART. 1473 CC Y SU NECESARIA INTERCONEXIÓN CON EL ART. 34 LH. COMENTANDO LA STS DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2018

Alfonso Romero y Carrillo de Mendoza
Notario de El Vendrell

A. ANTECEDENTES DE HECHO

Una Empresa Promotora, en adelante "A", realiza la venta sobre plano, con construcción únicamente proyectada, en documento privado a una empresa mercantil, en adelante "B" el 22 de junio de 2002. El 12 de agosto de 2004 "A" realizó la Declaración de Obra Nueva y la Constitución de régimen de propiedad horizontal. El 14 de Julio de 2005, ante la falta de elevación a público de dicho contrato privado, "B" reclama el cumplimiento de lo pactado y consigue que se dicte Auto en las medidas cautelares previas a la demanda 560/2005 por Juzgado de primera instancia nº6 de Santander en el que se acuerda *"anotación registral y consiguiente publicidad al margen... en la que conste la existencia de litigio..."*. Sin explicitar la pretensión ni la naturaleza de las acciones ejercitadas.

El 7 de octubre de 2005 se extiende NOTA AL MARGEN "haciendo constar la existencia de litigio entre la citada titular registral (A) y la demandante (B)". Nota al Margen que el Sr Registrador practica al amparo del artículo 727.6 LEC cuando menciona **"otras anotaciones registrales"**.

El 11 de octubre de 2005 "A" vende en Escritura Pública a una pareja, en adelante "C", la finca objeto de la litis, con idéntica fecha se formaliza Hipoteca para financiar la compraventa. En ambas Escrituras se contiene Nota Simple del Registro en la que no consta referencia alguna a la nota marginal practicada. El 10 de octubre de

2005 queda Inscrita la referida compraventa, así como la Hipoteca en el Registro de la Propiedad.

En la misma fecha y tras la inscripción se expide una Nota simple, a solicitud de la entidad bancaria acreedora hipotecaria, en que se hace constar en el apartado "Cargas" la existencia de una nota al margen de fecha de 7 de octubre de 2005 practicada en virtud de mandamiento judicial para hacer constar "la existencia de un litigio" entre la "A" y "B".

El 9 de mayo de 2007 se condena por la Audiencia Provincial a la parte demandada a elevar a público el contrato privado de Compra-venta, tras diversos avatares procesales el 10 de febrero de 2012 se produce la referida elevación a público.

Presentada la escritura pública al Registro de la propiedad el 22 de marzo de 2012 este es calificado negativamente por el registrador por constar la propiedad inscrita a nombre de terceros distintos del transmitente ("C").

B. INTERPOSICIÓN DE ACCIONES Y ARGUMENTOS DE PARTE

Ante eso se produce demanda por B contra C, así como la Entidad financiera, es sobre esta demanda y su resolución de lo que trata la presente sentencia:

En defensa de su posición jurídica "B" alega como principales argumentos:

Que adquirió con carácter previo, y por tanto al no apreciar buena fe en la parte demandada y sostener que tomaron posesión de la finca (esta pretensión de posesión ya fue descartada en la audiencia y a los efectos de esta Sentencia de Casación la sala da por probado que no se produjo) su adquisición debe prevalecer sobre la de C por no reunir en su adquisición los requisitos de la buena fe.

Alega para ello que publicitaron la situación solicitando esa anotación al margen que permite el art. 727.6 LEC y que por tanto actuó diligentemente y en consecuencia los defectos en la publicidad formal del Registro que no la publicito no deben de perjudicarles a ellos.

Refuerza este argumento en el deber del Notario de informar y advertir a los adquirentes de la prevalencia de lo contenido en los Libros sobre lo contenido en la Nota simple ex 175 RN, y que dicha advertencia ha de servir para evitar que se vean perjudicados.

En realidad, parece que lo que subyace en su posición es que B está también actuando con la máxima diligencia y que actuando

diligentemente no debe e sufrir los riesgos de un error en la publicidad formal del registro, y que puestas en contraposición dos actitudes diligentes en relación al registro ha de estarse al aforismo "*prior tempore potior iure*" y por ende conceder a su adquisición la preferencia.

En definitiva, trata de demostrar una actuación diligente en la defensa de su posición jurídica que no puede perjudicarse por un error en la transmisión de la información realizado por el Registro de la propiedad y que no concurren en los adquirentes la condición de Tercero de Buena fe, al predicarse esta en relación al contenido de los libros del Registro que son los que prevalecen.

Ante dicho posicionamiento los demandados, tanto los Adquirientes como el Acreedor Hipotecario alegan en su defensa que adquirieron sus respectivos derechos, de propiedad y de hipoteca, de buena fe, basada está en la situación fáctica del inmueble, que no se hallaba ocupado ni amueblado, así como en la inexistencia de mención alguna de dicho litigio en la Nota simple obtenida el día de la venta-hipoteca y que por tanto Que su adquisición debe protegerse al amparo del Art. 1473 CC, Así como el Art. 34 LH, por haber llegado al registro en primer lugar y por haberlo hecho de Buena fe.

C. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Elevado el recurso al Alto Tribunal, y admitido por este su interés casacional, exclusión hecha se cuestiones procesales resuelve:

En primer lugar, delimita el supuesto de hecho como una doble venta, continuando con ya una consolidada doctrina jurisprudencial, y al respecto señala "... *El conflicto de quién adquiere la propiedad cuando el mismo vendedor con inicial poder de disposición vende el inmueble a varios compradores es abordado en los párrafos segundo y tercero del art. 1473 Cc... precepto debe interpretarse en el marco de la vigente ley hipotecaria, que presume la exactitud de la titularidad dominical inscrita, pero admite la prueba en contrario. El comprador no inscrito que hubiera adquirido la propiedad por tradición (art. 609 Cc) puede ejercitar la acción declarativa o la reivindicatoria contra quien hubiera inscrito su escritura de compra-venta otorgada por el mismo vendedor, solicitando al mismo tiempo la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente (art. 38 LH). Este adquirente solo mantendrá la condición de dueño que resulta de su inscripción si reúne la buena fe que exige el art. 34 LH, mientras que si le falta la buena fe se mantiene en la propiedad el poseedor que hubiera adquirido antes la finca por tradición...*"

Y antes de entrar en la cuestión realmente interesante para nosotros de apreciar o no buena fe por parte de los compradores el Alto Tribunal resuelve el fondo del asunto estimando que en la primera venta, se ha configurado un título válido para la transmisión del dominio, como es la Compraventa, pero sin consumarse dicha transmisión al faltar *tradición* del objeto de la mismas, recordemos que la alegada toma de posesión del recurrente es rechazada en las instancias previas y por tanto el Alto Tribunal la da por inexistente, y así establece “en el presente caso no se ha producido tradición al primer comprador como si se ha producido al segundo, por lo que por esta vía resuelve ya el recurso planteado y confirma la titularidad dominical de los compradores inscritos en el Registro de la Propiedad”.

Esto no obstante el Alto Tribunal, aunque sin la profundidad deseada, también resuelve acerca de la *buena fe* o no de los compradores, señalando al respecto “*Es evidente que el registrador..., no intervino en el otorgamiento de las escrituras de venta y préstamo hipotecario; el notario que las otorgó, más allá de la información genérica de prevalencia del Registro no pudo informar de algo que él mismo no podía conocer puesto que no aparecía en la nota remitida electrónicamente; ... sobre la eficacia de la nota marginal, ... la falta de idoneidad del asiento practicado para enervar la buena fe exigida por el art. 34 LH, por no ser una anotación preventiva de demanda, que sí produce efectos en relación con la fe pública registral, sino una nota marginal que informaba genéricamente sobre un litigio entre la titular registral y la demandante, pero sin especificar el tipo de litigio, sin concretar si se trataba de una acción personal o real.*

... En atención a todas las circunstancias, esta sala considera que cuando celebraron su contrato, otorgaron las escrituras e inscribieron en el Registro de la Propiedad, los demandados ni conocían ni pudieron conocer que la sociedad demandante hubiera celebrado un contrato privado de compraventa de la misma finca ni que tuviera un conflicto con la vendedora que acabó desembocando en un proceso que finalmente dio lugar a la condena de esta última a otorgar escritura pública”.

Por todas estas razones el Tribunal Supremo desestima el Recurso de B y confirma la Titularidad de los segundos adquirientes, esto es de “C”.

D. CRITICA A LA SENTENCIA

Es a partir de estos pronunciamientos del TS quiero profundizar en la eficacia de la Nota Marginal que se practicó para enervar la Fe Pública y por tanto como afecto a la buena fe subjetiva de los adquirentes.

La Nota Marginal era definida por ROCA SASTRE como *"un asiento en general accesorio, definitivo y positivo, que se extiende al margen de otros asientos, y cuyo objeto es consignar un hecho que modifica un derecho registrado o hacer las veces de una inscripción, anotación preventiva o cancelación, o facilitar la mecánica de la oficina del registro"*. Definición que no casa bien con la Nota Marginal a que la sentencia se refiere, esta únicamente anuncia la posible existencia de un litigio pero no nos añade nada más, no podemos por tanto saber si la misma afecta a un derecho registrado y mucho menos hacer las veces de una Anotación Preventiva de Demanda, esta tiene su propio iter procedimental y es elección de la parte actora haber solicitado esta Nota Marginal como medida cautelar y no la Anotación Preventiva de Demanda, en cualquier caso la falta de una configuración concreta de esta Nota Marginal, que permitiera tener conocimiento exacto de su función ya resulta chocante con el principio de especialidad del Registro de la Propiedad y la hace funcionalmente inhábil para la consecución del fin que con su práctica se persiguió, lo que nos lleva a encuadrar esta Nota Marginal con las que la moderna doctrina denomina "Notas de Publicidad-Noticia" cuyo ejemplo paradigmático podemos encontrarlo en el art. 73 RD 1093/97, de 4 de Julio y que en definitiva únicamente dan noticia sin mayor trascendencia jurídica, de modo análogo a por ejemplo la descripción literal de las fincas en el registro.

Lo que nos lleva a preguntarnos si a pesar de esta falta de concreción en la publicidad que da, altera de alguna manera la Buena Fe de los adquirentes, para ello debemos ponerlo en relación con la evolución jurisprudencial de la Buena fe en el tráfico Inmobiliario, fijada en gran medida por la STS de 19 de Mayo de 2015 (Res 144/2015. Ponente Orduña Moreno.) a la hora de fijar los requisitos de la buena fe, en las que textualmente establece trayendo a colación la sentencia de la Sala Civil, de pleno, de 12 de enero de 2015 (núm. 465/2014), *"... debe precisarse que la calificación de la buena fe como presupuesto de la prescripción ordinaria no puede quedar reconducida, únicamente, a una interpretación literal lista del artículo 1950 del Código Civil en favor de su delimitación como un mero estado psicológico consistente en la "creencia" de que el trans-*

ferente era titular del derecho real y venía legitimado para transferir el dominio. En efecto, conforme a la interpretación sistemática del precepto citado en relación, entre otros, con los artículos 433, 435, 447, 1941, 1952 y 1959 del Código Civil, así como con los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con el reforzamiento del principio de buena fe que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala viene realizando respecto de aquellas instituciones o figuras jurídicas que resulten particularmente informadas por este principio, entre otras, SSTs de 11 de diciembre de 2012 (núm. 728/2012) y 14 de enero de 2014 (núm. 537/2013), debe precisarse que dicha apreciación meramente subjetiva del adquirente no resulta, por sí sola, determinante de la buena fe en el ámbito de la adquisición de los derechos reales, pues se requiere del complemento objetivable de un "estado de conocimiento" del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio; aspecto al que igualmente le es aplicable una carga ética de diligencia "básica" que haga, en su caso, excusable el error que pudiera sufrir el adquirente respecto del conocimiento de la realidad del curso transmissivo operado y, en su caso, de la discordancia con la información ofrecida por el Registro.

Así las cosas, y dada la presunción de buena fe que declara el artículo 34 LH en su desarrollo normativo, la cuestión de la carga ética de diligencia que debe emplear el tercero adquirente se centra, primordialmente, en el sentido negativo que presenta la extensión conceptual de la buena fe, es decir, en la medida o grado de diligencia exigible que hubiera permitido salir del error o desconocimiento de la situación y conocer la discordancia existente entre la información registral y la realidad dominical de que se trate".

Vemos por tanto que la Doctrina jurisprudencial descansa en un concepto de *diligencia activa*, para actuar de Buena fe no basta con no conocer un hecho contrario a la misma, por ejemplo la existencia de una demanda basada en una acción reivindicatoria frente a su vendedor, es no conocerlo a pesar de actuar diligentemente en la búsqueda del conocimiento lo que nos lleva a determinar, teniendo en cuenta todos los factores implicados en la litis resuelta por el Supremo, si se da o no ese requisito en la adquisición de C.

Si analizamos la colisión de posiciones jurídicas y la reconducimos al binomio de descuido/diligencia veremos que no han obrado las mismas con el mismo estándar. Cuando B hizo constar la publicidad del litigio por Nota Marginal en lugar de como Anotación preventiva de Demanda uso conscientemente un medio de constancia registral más leve, lo que llevo a la Audiencia Provincial a declarar "... la me-

didca cautelar practicada no es una anotación preventiva de demanda porque cuando se solicitó la demandante no había interpuesto demanda alguna; iv) en la nota marginal que se practicó sólo se informaba de la existencia de un litigio entre el propietario de la finca y un tercero, pero no del objeto del mismo, ni de qué forma podría afectar, si es que afectaba, a un derecho real sobre el bien inmueble y no todo asiento se refiere a modificaciones en la titularidad de los derechos reales; v) la demandante pretende que la nota marginal extendida tenga los efectos de una anotación preventiva de demanda, pero no es ese tipo de asiento y, por lo tanto, no puede evitar que se aplique el art. 1473 Cc ". Posición esta que corrobora el TS en la sentencia analizada FJ5º "... la falta de idoneidad del asiento practicado para enervar la buena fe exigida por el art. 34 LH, por no ser una anotación preventiva de demanda, que sí produce efectos en relación con la fe pública registral, sino una nota marginal que informaba genéricamente sobre un litigio entre la titular registral y la demandante, pero sin especificar el tipo de litigio, sin concretar si se trataba de una acción personal o real".

Subyace en estos razonamientos que la Nota Marginal no transmitía la información necesaria para enervar la Buena Fe, ya que aun cuando esta hubiese constado en la Nota Simple, la falta de información acerca de la naturaleza de la acción ejercitada y como afectaba la misma a la posición jurídica del vendedor hubiese sido insuficiente para enervar su buena fe, sería excesivo (una actuación pluscuamperfecta podríamos añadir) que los adquirientes tuvieran que iniciar una labor de investigación para conocer dichos extremos, recordemos que la buena fe no deja de ser un estándar que busca como hubiera actuado una buena persona en la misma situación.

Por su parte C, al acudir a Notaria obraba ya de entrada con un plus de diligencia ya que el Notario, cumpliendo los deberes impuestos por la legislación Notarial, solicitó la información registral pertinente, que obtuvo como Nota Simple, de cuyo contenido informo a C el día del otorgamiento, al no constar aquella Nota Marginal (y aunque hubiera constado).

No se alteró el estado subjetivo de conocimiento de C y por tanto se mantiene la presunción de buena fe en su actuación.

Y en este caso en que juega el Artículo 1473Cc y por tanto la preferencia vendrá dada por la buena fe subjetiva al celebrar el contrato, y aunque podríamos discutir si es necesario que se mantenga al presentarse en el Registro la Escritura Pública en que se autorizó dicho contrato, dejaremos ese tema para otra ocasión en que se dé en el supuesto de hecho, lo que es claro es que en nada afecta una

información adquirida con posterioridad no solo al otorgamiento, a la presentación sino también a la propia extensión de la inscripción como es el presente caso, a pesar de la constancia registral en los libros del pleito planteado.

Es más, en el presente caso, en mi opinión, también podría haber resuelto el Alto Tribunal sobre la base de la tradición instrumental, regulada en el Artículo 1462.2Cc, ya que *desechada la toma de posesión por B*, ya no estaríamos en el supuesto del 1473Cc,C, en realidad la preferencia de C no se produjo por la inscripción en el registro sino por la consumación del iter transmisivo que se dio en la Escritura Publica con carácter previo a la presentación en el registro, ya que aquella Nota Marginal en modo alguno gana preferencia registral ni hubiera podido entenderse con ella el requisito establecido en el 1473Cc de que *"la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro"* y por tanto C adquirió y consolidó su adquisición el 11 de octubre de 2005, pero por efecto de la Escritura Pública de Compraventa y no por la inscripción posterior en el registro. Siendo este supuesto distinto a aquel en que el primer comprador si hubiese tomado posesión de la cosa vendida en cuyo supuesto si adquiriría C por los efectos del 1473Cc y 34 LH.

E. CONCLUSIÓN

Acertada Sentencia del Tribunal Supremo en el fondo, acierta el Alto Tribunal al entender que la Nota Marginal practicada en el Registro de la Propiedad no es por si sola suficiente para enervar la buena fe de los adquirentes Subyace en la sentencia la consideración de que la buena fe se forma naturalmente fuera del Registro, pero que cuando el mismo se consulta no todo asiento es susceptible de alterar la Buena Fe subjetiva, sino únicamente aquellos que tienen reconocido ese efecto, y que por la manera en que se extienden informan a los adquirentes de circunstancias o hechos como las Inscripciones contradictorias o Anotaciones preventivas demanda. Yerra sin embargo en mi opinión al hacer descansar la adquisición en la inscripción registral cuando en realidad se consuma y perfecciona previamente, sirviendo dicha inscripción para la consolidación definitiva de la misma.

LA INFLUENCIA DE LA REPUDIACIÓN EN LA COMPUTACIÓN Y REDUCCIÓN DE DONACIONES. COMENTANDO LA STS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Carlos Pérez Ramos
Notario de Madrid

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre 2019 me parece interesante por dos motivos, entre los que curiosamente no se encuentra su argumentación jurídica: en primer lugar, porque resume y sistematiza con claridad la doctrina del TS sobre nuestro sistema de legítimas(1), su cálculo(2), en especial las operaciones

(1) Como ilustrativamente nos recuerda la STS 17 septiembre 2019 *"las legítimas constituyen una limitación de las facultades dispositivas del causante en beneficio de su cónyuge y parientes más próximos, es decir operan a favor de los legitimarios. Funcionan como un freno a la libertad de testar; puesto que, como establece el art. 763.II CC, el que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo, es decir la reguladora de las legítimas (...) en definitiva, como dicen las SSTs 28 septiembre 2005 y 21 de noviembre 2011, las legítimas constituyen un sistema de reglamentación negativo, dado que la ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de respetarlas, confiriendo al legitimario (art. 763.2 CC), para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de las mismas, con la reclamación del complemento (art. 815 CC), la reducción de legados excesivos (arts. 817 y 820 CC y STS 24 julio 1986) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas (arts. 634, 651,819 y 820 CC), incluso aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos (STS 14 noviembre 1986)".*

(2) La STS 17 de septiembre de 2019 citando la SSTs 24 enero 2008 y 29 noviembre 2012 declara que *"el cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al*

de imputación(3) y computación de donaciones(4) y sus diferencias con la colación(5); y en segundo lugar, por el supuesto de hecho que dio lugar al litigio.

patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum; así lo dicen expresamente las SSTs de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997 (art. 818 CC).

La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación (arts. 815 y 819 CC). La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31(sic) de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005 (Art. 819 CC), que se refiere a la imputación de las donaciones”.

(3) La figura de la imputación, tiene dos sentidos que se recogen en la didáctica STS 17 de septiembre de 2010: La imputación puede contemplarse desde el punto de vista de cómo el legitimario recibe su legítima, y así la STS 29 noviembre de 2012 (expresamente reproducida por la STS 17-9-19) concibe la imputación como “colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario”. Y desde el punto de vista de la protección de las legítimas, como un mecanismo para impedir que se pueda perjudicar la legítima individual de cualquier legitimario como consecuencia de atribuciones que gratuitamente han recibido del causante otros sucesores o beneficiarios. Este es el sentido que habitualmente se atribuye a la institución de la imputación y que como dice la STS 17 septiembre de 2019 supone “encuadrar cada una de las disposiciones efectuadas a título gratuito por el causante dentro de las distintas porciones en que se divide la herencia (tercios de legítima estricta o corta, mejora y libre disposición) para averiguar, en definitiva, si lo donado o legado debe ser reducido por exceder de la parte a la que el donatario o legatario tiene derecho”.

(4) “Mediante la computación se agrega al caudal relicto del causante todas las donaciones realizadas por el mismo en vida; pues, de no llevarse a efecto tal operación, se podría atentar contra el principio de la intangibilidad de las legítimas, que se vería lesionado si el causante dispusiera inter vivos, por actos gratuitos, de la totalidad de sus bienes, de manera tal que nada restase para repartir entre sus herederos forzosos, o lo hiciera de forma tal que les quedara a sus legitimarios una participación inferior a la que legalmente les corresponde según su grado parentesco con el causante”.

(5) Nos aclara la STS 17 de septiembre de 2019 que “la colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una operación o norma de reparto, característica de las operaciones participacionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concurra con otros herederos de tal condición. En este sentido, las diferencias entre computación y colación son evidentes. La computación ha de llevarse a cabo aun cuando exista un único legitimario, puesto que su legítima puede verse perjudicada por las donaciones

Vamos a detenernos en este último. El caso en concreto era el de un padre viudo que había otorgado testamento instituyendo herederos por partes iguales a sus siete hijos. Treinta años después dona en escritura pública un establecimiento de farmacia a uno de sus siete hijos sin que en la donación se haga costar a qué tercio será imputable y ni siquiera, si es o no colacionable –¿olvido u omisión intencionada?–. Un mes después el padre-donante fallece.

El problema se presenta porque el negocio de farmacia representa el 70% del valor del total caudal relicto formado por la suma del *relictum* y el *donatum*.

Ante esta situación el donatario renuncia a la herencia, ¿por qué lo haría? Por supuesto la Sentencia no lo dice, pero tampoco expresa que la herencia tuviera deudas sino al contrario que el causante dejó un *relictum* de 591.574,13 euros, por lo que podemos sospechar que el hijo-donatario al renunciar podía buscar conseguir: o bien evitar la colación del exceso, o bien erróneamente confundió colación con computación y pensó que renunciando a la herencia evitaba tener que colacionar y computar, por lo que se mantendría la donación sin tener que reducirla por inoficiosa.

Aparte de que la colación del exceso es algo muy discutido porque el art. 1047 CC únicamente ordena al donatario “*tomar de menos*”, está claro que la renuncia a una herencia, aunque impida la colación –porque el donatario ya no será ni heredero ni legitimario– no va evitar que opere la computación, puesto que son computables todas las donaciones, sean o no colacionables, y por ello, tanto las hechas a los legitimarios como a no legitimarios o extraños.

efectuadas por el causante a terceras personas, mientras que la colación del art.1035 CC, sólo tiene lugar cuando concurren a la herencia herederos forzosos. En la computación hay que agregar al caudal hereditario todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros, dado que, a través de unas como de otras, se puede lesionar la legítima; mientras que, en el caso de l, la igualdad entre los mismos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia (...) Igualmente insiste en dicha distinción la STS 142/2001, de 15 de febrero (RJ 2001, 1484), cuando razona: 'Estrictamente la colación es una operación particional, cuya finalidad no es la protección de las legítimas, sino de determinar lo que ha de recibir el heredero forzoso por su participación en la herencia, que puede ser mayor que la que le corresponde por su legítima, si el causante le ha dejado más. En suma, la colación se refiere a la cuenta de participación de heredero forzoso en la herencia'. O la STS 19 de julio 1982, al establecer que: '[...] la colocación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia en tanto el causante no dispone de ella'.

A lo mejor la confusión tuvo su origen en la desacertada redacción del art. 818 CC cuando declara que *"al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables"*, y el hijo donatario supuso que si renunciaba a la herencia evitaba que la donación fuera colacionable y por tanto computable y ya no sería necesario reducirla por inoficiosa, desconociendo como dice la STS 17 septiembre de 2019 recogiendo jurisprudencia anterior, *"que la palabra 'colacionables' referida a las donaciones, tiene aquí un sentido impropio, que no se corresponde con el puramente técnico del art. 1035 CC, y que más bien significa 'computables'"* (6).

De todas formas, el que el hijo-donatario haya renunciado a la herencia trae consigo dos consecuencias: De un lado, el que perderá la condición de legitimario y su participación en la legítima (en nuestro caso, la larga) se atribuirá por derecho propio (985.2 CC) a los seis hermanos restantes, sin que adquieran la condición de legitimarios sus hijos por derecho de representación, tal y como resulta de aplicar por analogía el art. 929 CC(7) y de que nuestro Código Civil no contemple para la renuncia un derecho de representación en favor de los descendientes que sí prevé en caso de premoriencia (art. 814.3 CC), desheredación (art. 857 CC), indignidad o incapacidad (arts. 761 y 766), tal y como además lo ha declarado la DGRN en Resoluciones de 26 de septiembre 2014 y 23 de octubre 2017 cuando dice que *"no debe ofrecer duda que los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima, pues han perdido la expectativa de ser legitimarios por razón de la renuncia de su padre"* (8); y del otro, que el hijo renunciante será

(6) Como dice la misma Sentencia "en este sentido, la colación que contempla el artículo 818 del Código Civil, en su párrafo segundo: *'Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará al de las donaciones colacionables'*, fiel a su antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del *'valor que tenían todas las donaciones del mismo testador'* viene referida a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas. En este marco, su empleo en la formulación del citado artículo 818 del Código Civil no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la porción libre que recoge el 818 del Código Civil".

(7) Que para la sucesión intestada dispone que "no se podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad".

(8) La repudiación de la herencia y el destino que recibirá la parte repudiada cuando ésta es la legítima es uno de los temas más interesante del

tratado como extraño y, por tanto: que la donación que se hizo a su

ya por sí muy apasionante derecho de sucesiones. Al respecto propongo distinguir varios escenarios:

1) *Repudiación de uno de los legitimarios cuando hay más*; es el caso de la Sentencia de 17 de septiembre 2019 que estamos comentando. En este supuesto la parte repudiada se expande a los demás legitimarios por su derecho propio y no por el derecho de acrecer (art.985.2 CC).

Sin embargo, cuando repudiara uno de los legitimarios y el testador instituyó sustitución vulgar se enfrenta el derecho propio con la propia sustitución. De este modo, se pueden adoptar dos posturas:

- Dar preferencia a la sustitución vulgar (RDGRN 10 octubre de 2002) con los argumentos siguientes:

- mayor conformidad con la voluntad del testador, además si el testador hubiese querido otro resultado, hubiese previsto expresamente el acrecimiento, o no habría establecido la sustitución;

- si hay sustitución vulgar no puede haber derecho de acrecer.

- Dar preferencia al derecho propio (STS 10 de julio de 2003) por los siguientes argumentos:

- es cierto que la sustitución vulgar prevalece sobre el derecho de acrecer, pero en caso de legítima no hablamos de derecho de acrecer sino de derecho propio, es decir, la legítima colectiva correspondía a todos los posibles legitimarios y al ser uno menos toca a más entre los que quedan;

- no hay sustitución en la legítima en caso de repudiación porque así resulta de aplicar el art. 929 CC por analogía y porque no hay precepto similar en caso de repudiación a los casos de preterición, indignidad y desheredación.

Sin embargo, la DGRN observa la problemática desde otro enfoque (RDGRN 23 de octubre de 2017): parte de la base de que hay respetar la voluntad del testador y este quiso que si alguno de sus hijos repudiaba la herencia, su parte fuera a sus descendientes por partes iguales. Pero siendo cierto lo anterior, también lo es la doctrina del Tribunal Supremo (STS 10 julio 2003). Para conciliar ambas posturas, la DGRN parte de que el tercio de legítima estricta necesariamente debe ir a los demás legitimarios que no renunciaron, no entrando en dicho tercio los hijos del repudiante (sustitutos vulgares), pero la parte que como sustitutos les corresponde debe imputarse de nuevo, ya no puede ser como en el caso de su padre sustituido con cargo en parte a la legítima estricta (porque los sustitutos no son legitimarios) pero sí puede ser con cargo al tercio de mejora o al tercio libre.

Otro enfoque de la problemática parte de la base que hay respetar la *voluntad del testador*. Para ello, el tercio de legítima estricta necesariamente debe ir a los demás legitimarios que no renunciaron, no entrando en dicho tercio los hijos del repudiante (sustitutos vulgares), pero la parte que como sustitutos les corresponde debe imputarse de nuevo, ya no puede ser sustituido con cargo en parte a la legítima estricta (porque los sustitutos no son legitimarios) pero sí puede ser con cargo al tercio de mejora o al tercio libre (RDGRN 23 de octubre de 2017).

2) *Repudiación de todos los legitimarios o del único de ellos o desheredación o indignidad de todos los descendientes.*

- Para una parte, de la misma doctrina, aplicando por analogía las normas de la

favor no pueda ser imputada a la legítima del hijo donatario puesto que éste al renunciar a la herencia ya no es legitimario, y tampoco al tercio de mejora.

En fin, la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina defienden sin fisuras que la donación hecha a un legitimario-heredero que repudia a la herencia no se puede imputar a su legítima, puesto que desde el momento en que repudiante renuncia a la herencia está repudiando además a su condición de legitimario. Sin embargo, DOMÍNGUEZ LUELMO desde una postura minoritaria, pero interesante, sostiene que la donación será imputable a la legítima del donatario y en lo que exceda al tercio libre, basando su posición en dos argumentos: Primero, que no se encuentra en el Código Civil ningún precepto que avale la solución de que la donación únicamente debe ser imputable al tercio libre y no al de legítima; y segundo, que el art. 815 CC permite recibir la legítima por cualquier título.

Por mi parte, creo que DOMÍNGUEZ LUELMO tiene el gran mérito de poner el foco sobre una cuestión que parece más fácil de lo que en realidad es; y parece más sencillo porque el que el donatario que repudia pierde la condición de legitimario es algo no se suele ni discutir, hasta el punto que la STS 17 de septiembre de 2019 que estamos comentando lo da por hecho, y ni siquiera lo discute ni lo plantea, al igual que la SAP Sevilla cuyo recurso fue resuelto por la mencionada Sentencia del Supremo.

Sin embargo, si profundizamos en el problema nos damos cuenta que no es tan sencillo ni su solución tan evidente. De un lado, a favor de que sea imputable a la legítima, y por tanto que el repudiante mantenga la condición de legitimario se encuentra el art. 815 Cc que permite dejar la legítima por cualquier título, y el art. 818.1 Cc que ordena imputar primero la donación a la legítima. Pero en contra se puede aducir que nuestro sistema es un sistema de libertad de testar con legítima como freno, en el que el legislador parte de que el causante debe atribuir la legítima por algún título sucesorio (legado o institución de heredero). Asimismo, el art. 818.1 CC ordena que la donación sea imputable a la legítima, lo que combinado con el art. 815 Cc nos está demostrando que se puede dejar la legítima, que el causante puede cumplir los deberes legitimarios a los que está

sucesión intestada, se llama a los legitimarios por derecho propio y no por derecho de representación, es decir a los ascendientes (art.923 CC);

- Para otra parte de la doctrina, como en la legítima a diferencia de la sucesión intestada no se trata de que los bienes del difunto no queden vacantes, sino que el causante cumpla con su deber legitimario, queda libre de legítima.

sujeto a través de una donación; pero siendo cierto lo anterior, la verdad es que no es lo que presupone el Código Civil, puesto que el art. 818.1 CC imputa la donación a la legítima, pero siempre que no sea imputable a la mejora, es decir, primero a la mejora y si no es imputable a la mejora irá a la legítima, lo que indica que el legislador no atribuye sin más la condición de pago de legítima a lo que el legitimario reciba por donación.

En mi opinión la clave está en el diseño general de la sucesión forzosa, y de que la legítima es un freno a la libertad de testar que, sobre todo, supone que como resulta del art. 806 Cc la legítima es una porción de bienes que el testador no puede disponer libremente sino a favor de sus legitimarios. Visto así, no niego que la legítima puede dejarse por donación, pero creo que no podemos obviar que la legítima nace tras el fallecimiento del causante y es una obligación que se le impone tras su muerte por lo que indudablemente está vinculada al fenómeno sucesorio y los medios para atribuir la legítima en un negocio sucesorio serán el legado y la institución de heredero. Por esa razón cuando el causante ha instituido herederos a sus legitimarios (lo que es presupuesto para que juegue la colación) lo que ha hecho es dejarles la legítima embebida en su institución de heredero, salvo que expresamente dijera que se ha satisfecho a través de una donación; es decir cuando el testador llama a sus hijos por partes iguales a una herencia lo que está haciendo es atribuirles su participación vía institución de heredero en los tres tercios, y si quiere desigualar a través de una donación lo puede hacer pero para ello tendrá que dispensar la colación. Además, creo que cuando el art. 1036 Cc dispone que no habrá colación si el legitimario repudia a la herencia está partiendo de la premisa que al renunciar a la herencia también está renunciando a su condición de legitimario puesto que lo que realmente importa para el legislador en la colación es que el heredero sea también legitimario como lo demuestra en que no prevé esta figura cuando solo concurren herederos voluntarios por carecer el causante de legitimarios.

Con relación al *tercio de mejora* es donde se suscita el debate jurídico que resuelve la Sentencia de 17 de septiembre 2019, la verdad sin mucha originalidad, porque se limita aplicar la jurisprudencia consolidada en la materia. El recurrente pretende que la donación sea imputable al tercio libre y en lo que exceda al de mejora, de forma que su valor agote ambos tercios y no se vea afectado por la renuncia de la herencia. Y es que, si se entiende que el causante no dispuso del tercio de mejora, ni expresa ni tácitamente, éste en-

grosará la legítima –que pasará a ser legítima larga–, sometiéndose a su régimen jurídico.

La STS 17 de septiembre de 2019 rechaza la reclamación del recurrente y confirma la sentencia recurrida, por lo que como consecuencia de que no acepte que existía una mejora tácita por el hecho de que el valor de lo donado excedía de la parte libre, la donación del establecimiento de farmacia únicamente será imputable al tercio libre, y el valor que excede de éste, en cuanto que perjudica la legítima de los seis hermanos del renunciante (que estará formada para cada uno por la suma de una sexta parte del tercio de mejora y una sexta parte del tercio de legítima estricta), se considerará inoficioso y deberá reducirse.

En definitiva, la Sentencia parte de dos premisas:

La primera, que para que una donación sea imputable al tercio de mejora es necesario que el testador haya declarado expresamente su voluntad de mejorar o esa intención resulte inequívocamente de su voluntad, como por ejemplo cuando la donación se realiza con dispensa de colación.

En esta línea la STS 17 de junio de 2019 hace suyas las palabras de la STS sentencia del Pleno de la Sala 1ª, de 29 de julio 2013 cuando declara *“que la calificación como mejora de una donación no puede quedar prejuzgada con base a una mera interpretación literalista del art. 825 CC; esto es, referida a si expresamente se atribuyó en su otorgamiento con el empleo del verbo ‘mejorar’ o el sustantivo de ‘mejora’ (...) la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad que debe ser entendido conforme a los siguientes criterios:*

A) En primer lugar, la interpretación debe venir presidida por la regla o principio de la preponderancia de la voluntad del testador (STS 30 de octubre de 2012). Criterio que comporta que, en determinados casos, el fenómeno interpretativo no deba circunscribirse sólo a la cuestión interpretativa del negocio inter vivos de la donación, sino que alcance a los hechos determinantes que configuraron la sucesión testamentaria del donante (por todas, STS de 6 de marzo de 2013). (...)

B) En segundo lugar, en el contexto interpretativo de la declaración de voluntad que comporta el artículo 825 del Código Civil, claramente contrario a la admisión de la mejora ‘meramente presunta’, debe señalarse que ‘la declaración de una manera expresa de la voluntad de mejorar’, entendida como una declaración inequívoca, queda complementada en la donación con expresa dispensa de co-

lación al quedar patente que se pretende un beneficio exclusivo para ese legitimario, que resulta mejorado".

En definitiva, para que la donación sea imputable a la mejora se requiere que así se ordene expresamente en el testamento o en la escritura de donación o inequívocamente resulte de la voluntad del donante, lo que no resulta en el caso de la STS 17 de septiembre de 2019, como la misma reconoce al decir que *"no existe ninguna disposición o acto jurídico del que resulte la intención del causante de mejorar al demandado, al que se limita a donarle la farmacia, sin dispensa de colación, y a instituirle en su testamento heredero, a partes iguales, con sus otros hijos, renunciando a la herencia de su padre"*.

La segunda, que a diferencia de lo que ocurre con los legados en que del art. 828 CC resulta que si su valor excede de la parte disponible debe ser imputado al tercio de mejora, en materia de donaciones el que el bien donado tenga un valor que exceda de la cuota que libremente podía el testador-donante disponer a favor del donatario no justifica que sea imputable al tercio de mejora. Como dice la STS 17 de septiembre de 2019 recogiendo a su vez la doctrina de la STS 27 junio de 2019 *"la mejora mediante donación (como dice el art. 825 CC, a diferencia de lo que sucede con los legados que no caben en la parte libre, conforme al art. 828 CC) siempre debe ser expresa"*.

De manera que la Sentencia no admite la imputación al tercio de mejora y únicamente será imputable la donación al tercio libre, resultando esto último del último párrafo del art. 819 CC cuando ordena que *"las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad"*; y es que recordemos que al repudiar la herencia el hijo-donatario pierde la condición de legitimario y adquiere la de extraño.

Lo que supone, tal y como dice la Sentencia 17 septiembre 2019, que el donatario deberá abonar a cada uno de sus hermanos la suma de 129.619,82 euros, por tanto, al ser seis los hermanos que tendrían derecho a la reducción, la suma total a abonar será la cantidad de 777.718,92 euros.

¿Qué hubiera pasado si no hubiera repudiado a la herencia?

1º Que la donación, al igual que si renuncia, sería computable, de manera que tendríamos que calcular el *quantum* de la legítima

global, para lo que sumaríamos al *relictum* el donatum; por consiguiente, si el *relictum* ascendía a 591.574,13 euros, y el negocio de farmacia donado tenía según la Sentencia un valor de 1.462.365,48 euros; el valor total del caudal relicto del causante asciende a 2.053.939,61 euros, de forma que cada tercio (legítima estricta/mejora/libre) asciende a 684.646,537 euros.

2º Dado que, no ha renunciado a la herencia, el repudiante hace número, por lo que la legítima individual (que será la larga, esto es la suma de estricta y mejora) será para cada uno de 195.613,29 euros. Hablamos de legítima larga y no de legítima estricta porque el causante no dispuso ni expresa ni tácitamente ni de todo ni de parte del tercio de mejora; y recordemos que hay que distinguir entre tercio de mejora y mejora efectiva, el tercio de mejora existirá siempre que el causante dejara hijos o descendientes, mientras que la mejora efectiva puede o no existir, solo existirá cuando lo totalidad o parte del tercio de mejora se emplee efectivamente en mejorar, sea a través de una mejora expresa o tácita, entendida esta última como deducida inequívocamente de la voluntad del causante aunque no se emplee específicamente la palabra '*mejora*' o el verbo '*mejorar*'. La diferencia entre *tercio de mejora* y *mejora efectiva* (9),

(9) Lo explica de una manera muy didáctica RIVAS MARTÍNEZ (Derecho de Sucesiones Común y Foral tomo II. Editorial Dyckinson. Madrid 2.009, pp. 1559 a 1561) cuando escribe que deferida la sucesión, el contenido del tercio de mejora:

- o es *legítima*, en lo que no se haya dispuesto para mejorar, pues lo no dispuesto se incorpora a la legítima,

- o es *mejora*, en lo que efectivamente se haya dispuesto o empleado de ese tercio para mejorar, es decir, en tanto sea objeto de mejora efectiva. (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ considera que el tercio de mejora sólo es mejora cuando deja de ser legítima, o lo que es lo mismo, cuando es utilizado en mejorar.)

Para profundizar más en las ideas expuestas es conveniente distinguir entre '*mejora*' y '*tercio de mejora*'.

a) *Tercio de mejora* es la porción de bienes de que los padres o ascendientes 'pueden disponer' a favor de sus hijos o descendientes, es decir, el tercio de mejora es *para poder mejorar*, en el todo de dicho tercio o sólo en parte de él, dependiendo esto de la voluntad del testador. La parte no dispuesta del tercio de mejora seguirá siendo legítima. Con otras palabras se ha dicho en la doctrina que 'lo que correspondiendo al tercio de mejora haya quedado sin disponer, no constituye mejora, sino que se suma al tercio de legítima corta y pro-cede que sea repartido por igual entre todos los legitimarios. Como dice la Sentencia de 27 de diciembre de 1935, sólo hay mejora cuando se dispone efectivamente de algo del tercio de mejora; lo no dispuesto, queda como legítima.

b) *Mejora* es el beneficio económico que los padres o ascendientes 'dis-

es importante y no meramente conceptual, puesto que la parte del tercio de mejora empleado en mejorar se sujetará a las normas propias de la mejora, mientras que la que no se utilizó en mejorar se refundirá con la legítima y se someterá a su régimen jurídico, que es lo que pasa en nuestro caso, y por ello: la reducción de la donación por inoficiosa tendrá lugar en la medida que perjudique la legítima larga, y no solo la legítima estricta y si hay renuncia no juega el derecho de acrecer sino el derecho propio del art. 985.2 CC.

3º El donatario tendría derecho, en cuanto heredero, a una séptima parte de la legítima larga, por lo que la donación sería imputable al tercio libre, y a la parte que en la legítima larga correspondría al donatario.

Llegados a este punto las opciones serían dos, dependiendo el seguir una u otra de la respuesta que se dé a la pregunta de si en la colación ¿el donatario debe colacionar el exceso?

Puede defenderse que si el valor de la cuota hereditaria que corresponde al legitimario-donatario es inferior al valor de la donación no tendrá éste que traer a colación el exceso.

ponen' en favor de los hijos o descendientes, con cargo al tercio de mejora.

De estos conceptos resulta que 'tercio de mejora' es la *potencia* (la posibilidad de disponer) mientras que 'mejora' es el *acto* (la disposición efectiva). El 'tercio de mejora' existirá siempre, la 'mejora' puede o no puede existir; en este último caso engrosará la legítima. Como dice GARCÍA GRANERO: El tercio de mejora es, a lo más una 'legítima condicional', pues sólo comprenderá la legítima si el causante no ha dispuesto de él. En esta misma línea, LACRUZ opina que el valor del tercio destinado a mejora cuando no se atribuya a un hijo o descendiente quedará como legítima, sujeto totalmente al régimen del tercio de distribución igual forzosa.

Con gran claridad (GARCÍA GRANERO), refiriéndose al tercio de mejora, nos dice que:

a. En vida del causante, el tercio de mejora no puede ser confundido con la legítima; y fallecido el causante o abierta la sucesión o se ha convertido en mejora, y se ha dispuesto de él, o se incorpora a la legítima en caso contrario.

b. En vida del causante es una especie de reserva formal o global como una cuota sucesoria colectiva, en virtud de la cual el derecho que sobre el tercio de mejora tienen los posibles mejorados es simplemente negativo, pues se reduce a impedir que los bienes que integran el expresado tercio salgan del círculo o esfera familiar de los hijos o descendientes para pasar a extraños.

De lo expuesto se podría indicar en resumen, que el tercio de mejora actúa como legítima frente a extraños (*erga alteros*), pero es de libre disposición entre hijos y frente al testador (*intra alteros*).

Esta tesis ha sido apoyada por un sector amplio de la doctrina (ROCA SASTRE, LACRUZ, DE LOS MOZOS, PUIG BRUTAU, ALBALADEJO, Díez-PICAZO y GULLÓN; y más recientemente ESPEJO LERDO DE TEJADA) que fundan su conclusión en los antecedentes legislativos (toda vez que en el Proyecto de Código Civil de 1851 se recogía expresamente la colación del exceso y finalmente no pasó a nuestro Código Civil), el propio funcionamiento de la colación que consiste en una operación contable o ideal y no implica el desplazamiento de bienes; y, sobre todo, el tenor literal del artículo 1047 CC que ordena al colacionante *tomar de menos*.

La consecuencia de aplicar esta posición es que el donatario-legitimario no debería entregar cantidad alguna a sus hermanos en concepto de colación, y solo debería entregarla en la medida que proceda la reducción de la donación por ser inoficiosa, entendiendo por tal en nuestro caso cuando la donación impide a los colegitimarios recibir su participación en la legítima larga por no alcanzar el valor del *relictum* para satisfacer la misma.

Pues bien, como hemos adelantado la legítima individual de cada uno de los siete hermanos ascendía a 195.613,29 euros, y dicha participación sólo se puede satisfacer con cargo al *relictum* parcialmente, en concreto el legitimario-donatario nada recibirá del *relictum* porque ya recibió su parte en la legítima larga a través de la donación, y los seis legitimarios restantes solo podrán percibir con cargo al *relictum* 98.595,68 euros, por lo que falta para completar su participación en la legítima larga el importe de 97.017,61 euros que deben recibir en virtud de la reducción parcial de la donación del negocio de farmacia puesto que el legitimario-donatario podrá mantener una parte del valor de la de la misma mediante su imputación a la totalidad del tercio libre, y a su participación en la legítima larga, y por ello, mantendrá el valor de 880.259,82 euros (legítima larga de 195.613,29 + 1/3 libre de 684,646,537); siendo inoficioso el reto del valor de la donación, esto es, 582.105,66 (el valor total de lo donado de 1.462.365,48-880.259,82 que es la parte del valor de la donación que puede retener en virtud de la aplicación de las reglas de la imputación); y por consiguiente, correspondiendo a cada uno de los restantes colegitimarios la cantidad de 97.017,61 euros que es el resultado de dividir los 582.105,66 euros entre los seis colegitimarios a los que su participación en el *relictum* no alcanza para que se satisfaga su parte en la herencia.

También puede defenderse que el donatario debe traer a colación el exceso. Así, es postulado por un sector de la doctrina (MORELL, VALLET, RIVAS MARTÍNEZ y GARCÍA-RIPOLL) que aducen que el donatario-le-

gitimario debe colacionar el exceso de lo recibido por donación, alegando los precedentes históricos remontándose, al derecho romano, las Leyes de Toro y el Proyecto Isabelino del Código Civil, también aducen el Derecho comparado y, sobre todo el artículo 1036 CC cuando proclama que no habrá lugar a la colación si el donatario repudiare la herencia, y sólo puede interesarle la repudiación si tiene que colacionar el exceso.

Finalmente, aunque sigue siendo una materia discutida, el TS recientemente parece haberse inclinado por la obligatoriedad de la colación del exceso en las SSTs 2 de julio 2007 y sobre todo la de 19 de febrero de 2015 que declara que *'la falta de previsión de los artículos 1047 y 1048 CC al respecto, esto es, cuando el valor de lo donado excede de la cuota que le corresponde al coheredero beneficiado, sin que exista patrimonio hereditario con el que poder igualar al resto de los coherederos, no es obstáculo, conforme a la anterior doctrina jurisprudencial expuesta, para que se cumpla el sentido o la finalidad perseguida por la norma en estos casos en orden a la salvaguarda de las cuotas hereditarias referidas de la sucesión'*.

De admitir la colación del exceso, nos encontramos que las cantidades que debería entregar a sus hermanos serían superiores a las que resultaría de aplicar las reglas de reducción de disposiciones inoficiosas.

El problema en este caso es que como instituyó a los herederos por partes iguales, aunque el donatario conservará la propiedad del negocio de farmacia donado deberá entregar a cada uno de los seis colegitimarios restantes el valor resultante de dividir la suma del *relictum* y el *donantum* entre los siete herederos. Es decir, al ser llamados todos los herederos por partes iguales, al valor del *relictum* se le sumará el valor del bien donado (art. 1045 CC)(10)

(10) En la colación hay un doble movimiento: 1º Desde el patrimonio del donatario a la masa partible: en esta fase el desplazamiento producido por la colación es puramente contable y se limita a sumar el valor de lo donado al total caudal hereditario que ha de distribuirse entre los herederos que sean legitimarios; sin que se ocasione ningún desplazamiento económico-jurídico. Es decir, la colación no produce la resolución de la donación, aunque indirectamente el no donatario ve incrementada su participación en la masa hereditaria.

2º De la masa partible al haber de cada coheredero-legitimario: en este movimiento es donde se produce el efecto igualatorio fundamental que la colación produce (art.1047 y 1048 CC).

De los modos de colacionar que nos ofrece la historia y el Derecho comparado (aportación in natura o por imputación o toma de menos), nuestro Código Civil sigue el criterio de la imputación pues no han de traerse a co-

y se dividirá entre los siete herederos, lo que nos arrojará un valor de 293.419,94 euros para cada heredero, por lo que el donatario-legitimario y dado que los legitimarios no donatarios han recibido por el *relictum* 98.595,68 euros, tendrán derecho a recibir por la colación del exceso del donatario la cantidad cada uno de 194.824,26 euros.

Como se observa la colación del exceso lleva a dejar sin efecto la imputación a la totalidad del tercio libre, porque al final dará igual esta imputación puesto que el valor tanto del caudal relicto como de la donación de la farmacia deberá dividirse entre los siete hermanos herederos. En fin, qué más le da al donatario que por las reglas de la imputación y de la reducción de disposiciones inoficiosas pueda mantener una parte de la donación si luego por la colación del exceso debe devolver una parte muy importante del valor de la donación.

Recapitulando, el donatario gozaba de tres posibles opciones: Que el donatario renuncie a la herencia y la donación se impute al tercio libre y a su parte en la legítima larga (que es lo que concluye la STS 17 de septiembre 2019), que acepte la herencia y se mantenga la donación imputable a su parte en la legítima larga y a la totalidad del tercio libre y que no colacione, o lo mismo y que colacione el exceso. A la vista de las cantidades que tendría que entregar el donatario-legitimario a sus hermanos está claro que la opción más beneficiosa para el donatario es la segunda, puesto que con la primera (si renuncia a la herencia) deberá satisfacer a cada uno de sus hermanos 129.619,82 euros, y en cambio con la tercera (si colaciona el exceso) la cantidad a abonar a cada uno es 194.824,26 euros, mientras que con la segunda (acepta y no colaciona exceso) debería satisfacer a cada uno 97.017,61 euros.

A la vista de estas tres opciones se comprende mejor porque el donatario-legitimario renunció a la herencia, de esta forma evitó colacionar y se ahorró la cantidad de 391.226,64 euros que era la diferencia entre seguir uno u otro camino. De manera que su decisión desde su punto de vista no fue mal tomada.

Por último, el caso de esta Sentencia me inspira una reflexión final: Es un supuesto de hecho extraño, porque es extraño que un padre haga un testamento en el que se limite a dejar el usufructo universal a su cónyuge e instituir herederos a sus siete hijos por partes iguales –el testamento más habitual entre cónyuges, el co-

lación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (art.1045 CC).

nocido vulgarmente como *testamento del uno para el otro*– y luego treinta años después, sintiendo cercana su muerte –no tenemos ese dato pero sí el que falleció un mes después de hacer la donación– done a uno de sus hijos el bien que con diferencia tiene más valor en la herencia; ante estos hechos ¿de verdad se puede defender que realmente lo que quería es dar un trato por igual a todos sus hijos? puesto si esto es lo que quería ¿por qué no donó la farmacia a todos sus hijos y solo la donó a uno? ¿de verdad es razonable que se preocupe de donar la farmacia a uno solo de sus hijos y de satisfacer los impuestos correspondientes si luego lo que quería es que el valor de este negocio se repartiera por igual entre sus siete hijos?

Frente a estas preguntas se me contestará que si así lo hubiera querido, simplemente hubiera hecho constar en la escritura de donación que la misma es no colacionable y expresamente imputable al tercio de mejora. Pero siendo cierto lo anterior no lo es menos que la ley está presumiendo una voluntad en el donante cuando muchas veces lo más conforme a su auténtica voluntad es lo contrario. Es decir, creo que debemos reflexionar si es correcto presumir que si en una donación no consta expresamente que la misma no es colacionable la verdadera intención del testador era que fuera colacionable.

Soy consciente que esto último es lo que resulta, sin ninguna duda, de nuestro Código Civil (arts. 1035 y 1036 CC) pero dónde quiero poner el acento es que a lo mejor el criterio que por defecto adopta el Código Civil –que la donación sea colacionable– no es el más ajustado a la verdadera voluntad del donante. Y es que uno de los aspectos que más me ha llamado la atención en mi ejercicio profesional cuando autorizo escrituras de donación es el divorcio que existe entre lo que predica el Código Civil y lo que en realidad quieren los donantes, ya que en la inmensa mayoría de los casos los donantes quieren que se haga constar en la escritura de donación que la misma es no colacionable, y cuando se les explica que supone desigualar a los hijos prácticamente siempre te contestan que son conscientes pero que su propósito es igualar a los demás hijos con una donación similar o que así ya lo hicieron. Es decir, el propósito más habitual en la práctica no es que los padres quieran tratar desigualmente a los hijos, sino que quieren darles un mismo trato, pero durante su vida, y no ya fallecidos en su sucesión.

Esta idea –presumir el carácter no colacionable no es extraña en nuestros Derechos Civiles y así en el Código Civil de Cataluña su art. 464-17 exige para que haya colación que la atribución gratuita “se haya hecho en concepto de legítima o sea imputable a la misma,

o que el causante haya establecido expresamente, en el momento de otorgar el acto, que la atribución sea colacionable"; o en el Código Civil de Aragón cuyo art. 362.1 declara que "la colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, mas puede ordenarse en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o testamento.

Y es que, si el fundamento de la colación es que se presume la voluntad del causante de dar un tratamiento igualitario a sus hijos en qué medida es correcto deducir esta presunción del mero hecho de la existencia de una donación, más aún cuando la misma es posterior al otorgamiento del testamento en el que se recogió la igualdad entre los herederos.

En conclusión creo que se ha de ser muy cuidadoso con las donaciones e indagar cuál es la verdadera voluntad del donante; las consecuencias de que no se refleje adecuadamente son muy peligrosas, por lo que, a mi juicio, los Notarios en nuestras escrituras de donación debemos hacer constar siempre, previa consulta e información de sus consecuencias al donante, si la misma debe ser o no colacionable, y si es no colacionable hacer constar expresamente que es imputable al tercio de mejora.

CUATRO RESOLUCIONES, RECIENTES Y APARENTEMENTE CONTRADICTORIAS, DE LA DGRN

Tomás Giménez Duart
Notario honorario de Barcelona

Las citaremos alterando un poco, para mejor exposición, su orden cronológico:

- 1. El notario no puede. Resolución 2 de agosto de 2018:** el notario no puede apreciar la preterición no intencional de un hijo y, tras ella, proceder a autorizar un acta de declaración de herederos abintestato; la declaración de nulidad de la institución por dicha causa requiere resolución judicial o conformidad de todos los interesados.
- 2. El notario sí puede. La Resolución de 6 de marzo de 2019:** el notario puede autorizar la escritura de adjudicación sin la concurrencia del desheredado, ya que, en caso de desheredación, los instituidos pueden otorgar la escritura de partición por sí solos.
- 3. El notario no puede. Resolución de 14 de febrero de 2019:** el legitimario (de derecho común) ha de comparecer, aunque el testador nada le deje por manifestar en el testamento que ya recibió aquél bienes suficientes. Por lo tanto, el notario no debe autorizar la escritura (porque no se inscribirá) sin la intervención de dicho heredero forzoso, aunque sea para nada recibir.
- 4. El notario no puede. Resolución de 27 de febrero de 2019:** pese a que el Tribunal Supremo (STS 28 de febrero de 2018) declaró que el divorcio hace decaer el llamamiento testamentario anterior, ello no permite que el notario prescinda de la institución, sino que se requiere pronunciamiento judicial al efecto. Por ello el notario no puede autorizar la escritura prescindiendo del ex cónyuge.

Analicemos ahora cada una de estas cuatro resoluciones por separado.

I. LA RESOLUCIÓN DE 2 DE AGOSTO DE 2018 (BOE 19-SEP-18)

Un gallego, casado en segundas nupcias y con dos hijas de anterior matrimonio, en testamento otorgado en 1999 legó a su esposa el usufructo universal de viudedad y realizó la siguiente disposición: "instituye herederas: de una sexta parte de la herencia a su hija S.; de cinco sextas partes de la herencia a su hija M. J., ambas con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes". – Posteriormente, en el año 2003, junto con su esposa, adoptó un hijo, y no modificó el testamento de 1999. – Fallece el testador en el año 2007. – A instancia de la viuda, el 28 de diciembre de 2007, se abrió acta de declaración de herederos abintestato a la vista de la preterición, que se calificó por la notaria como no intencional, y se declaró a los tres hijos como herederos por partes iguales, respetando el usufructo universal de la viuda de conformidad con la Ley de derecho civil de Galicia.

El siguiente paso fue que un contador partididor dativo "a la gallega", procedió a hacer la partición y a adjudicar los bienes a los tres hijos por lotes iguales.

La DGRN resolvió que el notario no es quién para apreciar si ha habido o no preterición y menos para anular el testamento y proceder a la apertura del abintestato. Que ello es una competencia exclusivamente judicial, previa la correspondiente impugnación por el preterido.

Comentario: Hay que estar de acuerdo con la doctrina que emana de esta resolución aunque, en principio, parezca lógica la postura de *la notaria autorizante* (y no "la notario", que dice la DG, pues desde siempre la Virgen María, en latín y en castellano, ha sido y es "abogada nuestra" y la calificante no es "la registrador", sino "la registradora"), ya que en el caso es evidente que hubo una preterición.

Pero, que medie la clarísima omisión de un legitimario (el hijo adoptado post testamentum) no empecé a que el testamento es plenamente válido, en tanto el legitimario preterido no lo impugne, y esa impugnación –aunque su resultado sea evidente– ha de ser tramitada ante los tribunales. Impugnación, que de no producirse dentro del plazo de prescripción (cuatro años para algunos –Vallet y O'Callghan– dada su naturaleza rescisoria; quince años –hoy cinco– para algunas sentencias del Tribunal Supremo, por su carácter de

acción personal; cuatro años para la preterición intencional y cinco para la errónea, según Bolás) hará que el testamento devenga inatacable.

Ítem más. Incluso apreciada una evidente preterición, habrá de dilucidarse si la misma fue querida o no, si fue intencional o no intencional. Y eso, evidentemente no pude apreciarlo el notario, salvo, claro está, que comparezcan ante él todos los posibles interesados y reconozcan su existencia y calificación como intencional o no.

El artículo 814 del Cc, y lo mismo todos sus equivalentes autonómicos que regulan la figura, remiten tácitamente la existencia y calificación de la figura a la decisión de los tribunales, sin que el del mero hecho de la superveniencia de un hijo pueda deducirse, sin más, error en la omisión no corregida mediante un posterior testamento.

Ahora bien, tomando al pie de la letra de doctrina de la DGRN (el testamento es un título sucesorio válido en tanto no se impugne), ¿podría autorizarse una escritura de aceptación y adjudicación de herencia prescindiendo de una evidente preterición? Supuesto que se autorizara, ¿sería inscribible? A mi entender ambas respuestas son claramente negativas por las razones que expondré en el comentario a la resolución siguiente.

Lógica, pues, la doctrina del Centro Directivo en este caso.

II. LA RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 2019 (BOE 28-MRZ-19)

No hubo aquí ninguna escritura, sino una instancia privada de heredero único, la esposa del testador; cuyo causante en su testamento desheredó a sus tres nietos (hijos de una hija única premuerta) "*y a sus respectivos hijos mayores de edad, por las causas previstas en el artículo 853, 2ª Cc y especialmente por haberse despreocupado del testador, no teniendo contacto desde hace muchos años ...*".

El registrador denegó la inscripción de la instancia y la DGRN confirmó la nota, por las razones que se expondrán más adelante.

No se trae aquí esta resolución por su novedad, pues son ya muchas las citadas en los vistos de la presente que repiten la misma doctrina:

- a)** la desheredación surte pleno efecto en tanto el legitimario apartado no impugne su causa,
- b)** pero teniendo en cuenta que sólo el legitimario imputable es susceptible de desheredación; por ello, desheredados los

hijos, como sus hijos (nietos del testador) ocupan su lugar (art. 857 Cc), la causa habrá de concurrir también en ellos, de modo que, si fueren menores de edad al tiempo de la apertura de la sucesión, no cabría respecto de ellos predicar “la culpa”, por lo que no podrían ser desheredados.

Es decir, dado el juego del derecho de representación, no cabe la “desheredación a la estirpe”, lo que en la práctica se traduce en que un anciano abandonado por sus hijos, nietos y quizá biznietos, a los que ni conocerá, no puede disponer libremente, en favor de quien efectivamente se ha ocupado de él, de su, quizá, escasa herencia –salvo del tercio libre, evidentemente–.

Cierto que, con el artículo 857 Cc en la mano, no es fácil defender otra tesis, pero la solución no puede ser más injusta, lo que éticamente demanda: o proponer una reforma del Código civil en esta materia; o preceder a una reinterpretación del artículo 857 ajustada a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (art. 3.1 Cc). Y, evidentemente, argüir hoy, ante una realidad familiar mucho más nuclear que del siglo XIX, la imposibilidad de desheredar a la estirpe no deja de ser un despropósito. Poco costaría desligar la desheredación de la idea de culpa (con el consiguiente requerimiento de imputabilidad) y trasladarla a la idea de afección familiar. Si esa *afectio* falta, el mantenimiento de la obligación legitimaria carece hoy de sentido alguno.

Cierto que una interpretación como la que se propone para el derecho común no sería predicable de otras legislaciones, la catalana, por ejemplo, cuyo artículo 451-17.1.e) CCC expresamente habla de “*ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario*”. Pero a ello cabe oponer que la catalana no deja de ser una legislación *diferente* y, sobre todo, que la incidencia de la legítima en Cataluña es mucho menos gravosa que en el derecho común, tanto en el *quantum* como en el *quale*.

Pero, como no es ése el motivo de este comentario, volvamos a lo que el notario puede y no puede cuando se enfrenta a un testamento con desheredado.

En el supuesto de hecho que motivó esta resolución al escrito de interposición del recurso se acompañó un acta notarial de manifestaciones hechas por la viuda heredera, en la que ésta expuso que *ni su esposo ni ella han tenido constancia alguna de que sus citados nietos hayan tenido descendencia, y por lo tanto que hayan tenido*

bisnietos. Tampoco han tenido noticia ni directa ni indirectamente por terceros por lo que conscientemente entiende que no existen dichos bisnietos.

Pues bien, ante estos hechos la DGRN resuelve que, *como ha afirmado este Centro Directivo –Resoluciones en los “Vistos”– “siempre es necesario que resulte de la escritura atributiva de bienes hereditarios (aunque en este caso concreto se trató de un instancia de heredero único) cuáles son los sujetos interesados en la herencia, y que –sin llegar a una prueba diabólica– se justifique o se refiera la inexistencia de otras personas que por llamamiento legal o testamento pudieran tener algún derecho en la sucesión, de modo que se infiera la legitimación de los otorgantes, per se, para la adjudicación de los bienes relictos (...).”* Por tanto, *resultando del testamento del causante que se ha desheredado a los nietos identificados y a los hijos mayores de edad de esos nietos sin nominarlos, no puede más que exigirse su identificación, y, en el caso de que fueran menores – existentes al tiempo del otorgamiento del testamento y vivos a la apertura de la sucesión–, y otros descendientes de los nietos –posteriormente nacidos pero existentes a la apertura de la sucesión–, sería necesaria su intervención. En caso de no existir ninguno de estos, se hace necesaria la manifestación de su inexistencia.*

En el caso, esa concreción que exige la DGRN se hizo constar en una segunda acta notarial presentada en momento posterior al de la calificación impugnada, por lo que no pudo ser tenida en cuenta a efectos de recurso, lo que motivó la inadmisión del mismo y la confirmación de la nota de calificación.

Pero lo que interesa destacar en este comentario es la diferencia entre preterición y desheredación. Ante la preterición, el notario, valga la simplicidad de la expresión “no puede actuar”: no puede apreciarla, porque eso incumbe al juez previa impugnación del testamento por el preterido, y no puede prescindir de ella –entiendo yo, porque eso no lo dice el CD–, porque no tiene sentido autorizar una escritura con base a un testamento aquejado de tan grave omisión.

Dice, por ejemplo, la reciente Resolución de 24 de julio de 2019 (BOE 25-sep), con cita de las resoluciones de 26 de junio y 8 de julio de 2015, que *“no debe perderse de vista que al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución patente susceptible de impugnación (cfr. artículos 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Cc). Sólo así puede garantizarse la seguridad jurídica preventiva*

que en nuestro sistema jurídico tiene su apoyo fundamental en el instrumento público y en el Registro de la Propiedad”.

Mas resulta que esa misma doctrina no la traslada la DG al supuesto de desheredación: es decir, mientras el notario no puede apreciar la preterición, ni autorizar (entendemos) prescindiendo de ella, sí puede apreciar la desheredación (supuesto que reúna todos los requisitos antes vistos) y autorizar la escritura sin el concurso del desheredado.

¿Cuál puede ser el porqué de esta diferencia? Sobre todo si se tiene en cuenta que entre una preterición intencional y una desheredación sin causa las diferencias son mínimas. Cabe deducir que la desigualdad de trato estriba en el párrafo antes subrayado de la doctrina de la propia D.G. A saber: en caso de preterición el testamento revela *una causa de nulidad o resolución patente susceptible de impugnación*, puesto que, de apreciarse (por el juez, no por el notario) error o no intencionalidad, la institución deviene o puede devenir nula (salvo el caso de institución en favor del cónyuge).

En cambio, en el caso de desheredación –y lo mismo sería de concurrir intencionalidad en la preterición– la institución no decae, pues el desheredado injustamente, al igual que el preterido intencionalmente, sólo tiene una acción para reclamar su legítima. Acción ésta que ya no es de nulidad y, por lo tanto, de alcance real, sino meramente obligacional. El desheredado nunca anulará la institución o el legado, sino que los “reducirá”, en su caso.

En conclusión, la diferencia de trato que la DGRN establece entre preterición y desheredación creemos que está justificada. Lo que nos lleva al análisis de la tercera de las resoluciones objeto de este comentario.

III. LA RESOLUCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019 (BOE 12-MRZ-2019)

Resumiendo mucho el supuesto: un testador, con cónyuge y tres hijas, hizo determinados legados en favor de la viuda y dos de las hijas, a las que, además, instituyó herederas, manifestando causalizadamente que la tercera de las hijas ya había percibido en vida su legítima estricta, por lo que no hacía atribución alguna a la misma.

La escritura de partición y adjudicación de herencia fue otorgada únicamente por la viuda y las dos hijas instituidas herederas, quienes manifestaban que, conforme a lo dispuesto por su padre en su testamento, a su hermana no compareciente le había sido satisfe-

cha su legítima en vida y lo recibido por ella excedía de su legítima estricta.

Cuando este comentarista comenzó a leer esta resolución lo primero que pensó es iqué avanzada había sido la notaria autorizante y recurrente, seguro que pierde el recurso! Y así fue. La Dirección general va a lo fácil: la legítima es *pars bonorum*, ergo la hija no instituida es cotitular, ha de dar su conformidad al inventario y a las valoraciones de las que resultará su *quantum legitimario* ... En definitiva, la DG conforma la nota de calificación en el sentido de que la intervención de la legitimaria no llamada es inexcusable. Como digo, es la solución "fácil", sobre todo si nos movemos con esquemas no ya del siglo XX, sino del XIX.

Los notarios no es que seamos unos avanzados jurídicamente, pero lo que no se nos puede negar es que vivimos la realidad más candente: familias desestructuradas, hermanos de anteriores nupcias a los que casi no se conoce, esposas anteriores del padre con las que no se mantiene relación alguna, nietos que ni se sabe si existirán o no ...

Y, ante esas situaciones, ¿qué hemos de hacer? ¿Decirle al viejo (como yo lo soy, puedo permitirme la expresión) que no puede desheredar al hijo al que no ve desde hace veinte años, porque quizá ese hijo tenga hijos (nietos del testador) o quizá nietos (biznietos) y probablemente alguno será menor de edad? ¿Asesorar a las hijas que, pese a que su hermana díscola ya recibió más de lo que por ley le correspondía, han de contar con ella para la partición? ¿Aconsejar al testador, en el caso de esta resolución, que, aunque no sea su intención desheredar (lo que no deja de ser un baldón), mejor que así lo haga –alegando cualquier causa o “excusa”– porque así el resto de sus hijos podrán “arreglar la herencia” sin el concurso de la otra hija que, seguro, les hará la vida imposible?

Con ello quiero decir que esta resolución será jurídicamente impecable ... si se analiza a solas. Pero, si se anuda a las muchas resoluciones que tratan de la desheredación, el resultado no puede ser más absurdo. ¿Qué acción tiene el desheredado? La de desheredación injusta y, tras ella, la de reclamación de su legítima. ¿Qué acción tiene el no llamado por haber recibido ya su legítima en vida? La de reclamación, si la alegada atribución no fuera cierta, o la de complemento de legítima, si lo fuere. Ambas con la misma naturaleza. ¿Por qué, pues, la diferencia de trato?

Los operadores jurídicos –y la DGRN, cuando revoca o confirma, es un operador, porque actúa en el tráfico– hemos de intentar hacer la vida lo más placentera posible al ciudadano y no amargarle la

vida con requisitos que podrán tener toda la justificación del mundo en sede teórica, pero que carecen de sentido desde una perspectiva práctica.

Ya que el Parlamento español parece no estar por la labor (¿cuándo se modificará el insoportable peso de la legítima en el derecho común español?), por lo menos intentemos interpretar la norma de una forma razonable y adecuada a nuestro tiempo. Y, desde esta perspectiva, argumentar que el desheredado no ha intervenir en la herencia del progenitor, mientras que el "apartado con causa" sí ha de hacerlo, no tiene sentido. O han de intervenir los dos, o ninguno.

Claro que, para Resolución alejada del siglo XXI, la que ahora viene.

IV. LA RESOLUCIÓN DE 27 DE FEBRERO DE 2019 (BOE 26-MRZ-19)

Un buen hombre, que otorgó testamento en 1995 instituyendo heredera a "su esposa", muere en 2018 en estado de divorciado de la misma desde varios años antes.

La notaria, autorizante y recurrente, procede a apreciar de oficio la ineficacia del llamamiento a "la esposa", pese al silencio del CC al respecto, con arreglo a la doctrina que emana de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018. Tras lo cual procede a la apertura del abintestato y a autorizar la correspondiente acta de las que resultan ser llamados los tres hermanos del causante.

El registrador deniega la inscripción, basándose en las resoluciones de 26 de noviembre de 1998 y 26 de febrero de 2013 (no cita la STS de 28 de septiembre de 2018, publicada días antes de la nota) y apoyándose en lo que es obvio: como el divorcio posterior al testamento no se contempla en el CC como causa de revocación del llamamiento, esa ineficacia sólo puede derivar de error en la causa/motivo ex artículo 767 CC, cuya ineficacia únicamente procede si es declarada por los tribunales.

La DGRN confirma la nota.

De nuevo se observa una preferencia absoluta del derecho formal sobre el derecho material. Si se lee la STS de 2018, no se aprecia en ella el más mínimo atisbo de singularidad. El TS dice claramente que, si un testador (cualquiera) instituye "a su esposa", aunque luego la cite nominalmente, si esa esposa deja después de serlo por causa de divorcio, el llamamiento deviene ineficaz por aplicación del artículo 767 CCE, pues es razonable suponer que el testador no ha-

bría hecho tal institución o legado si hubiese conocido que la esposa dejaría de serlo por causa del posterior divorcio.

Repárese que la solución “probablemente” sería otra en Cataluña, donde el artículo 422-13.1 CCC establece que: *La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o legalmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación.* E incluso llega bastante más allá cuando el apartado 4 de este mismo artículo concluye: *El presente artículo también se aplica a los parientes que solo lo sean del cónyuge o conviviente, en línea directa o en línea colateral dentro del cuarto grado, tanto por consanguinidad como por afinidad.*

Y he destacado el adverbio *probablemente* en el párrafo anterior, porque técnicamente el CC no dice que los llamamientos queden *revocados* por causa del divorcio, sino que *devienen ineficaces*, lo que, puestos a ser puritanos, exigiría también un pronunciamiento judicial. Es curioso constatar que el artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña (antecedente del actual Libro IV del CC) decía que la institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador *se presumirán revocadas en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento.* Ello dio lugar a que se planteasen ciertas dudas respecto de si también quedaban revocadas las sustituciones del llamado previstas por el testador, puesto que, llegó a decirse, la revocación del llamamiento supone la revocación de la cláusula entera. Ése y sólo ése fue el motivo por el cual el CC sustituyó *revocación* por *ineficacia*, porque así ya no había duda de que, siendo ineficaz el llamamiento, entraba en juego la sustitución.

Pues bien, en Cataluña, sin problema alguno hasta ahora, los notarios vienen apreciando de oficio la *ineficacia* del llamamiento, es decir, interpretando el artículo 422.13 CCC como un caso de *revocatio ex lege*. En cambio, los notarios de derecho común no pueden hacer lo mismo, porque no tienen norma en la que apoyarse. Ello obliga a los parientes del difunto, que olvido cambiar su testamento (hijos de un posterior enlace, por ejemplo, y que además estarán probablemente preteridos) a iniciar un pleito contra un/a desconocido/a con todos los gastos y demoras que ello conlleva.

¿No podría el Notariado, con la colaboración de Poder judicial, hacer algo en estos casos y en otros similares que claman al cielo?

Lo más sencillo sería, por supuesto, impulsar una reforma del Cc pero, en tanto llega ésta, tampoco estaría de más proceder a una interpretación valiente de las normas.

Veamos: los notarios catalanes disponen del artículo 422.13 CCC; los notarios de derecho común es cierto que carecen de una norma similar en el Código civil, pero disponen de la jurisprudencia que, si bien no es fuente primaria, sí es fuente secundaria de derecho y *complementa el ordenamiento jurídico* con las decisiones que emanan del Tribunal Supremo. Ciertamente hasta el momento sólo existe la citada Sentencia de 28 de septiembre de 2018 (o yo, al menos, no he sabido encontrar ninguna otra). Y cierto que no será fácil que se produzca una reiterada jurisprudencia al respecto, porque las demandas al falso/a viudo/a se resolverán en primera instancia y no serán recurridas. Pero, en cuanto dispongamos de un par de sentencias que se expresen en términos de generalidad, como hace la de septiembre de 2018, no digamos que no hay “norma” que permita al notario apreciar la ineficacia. No habrá ley, pero habrá norma, que quizá tarde en llegar, pero llegará.

Derecho Civil autonómico



ESTUDIOS DOCTRINALES
PRÁCTICA JURÍDICA

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN Y LA AUTOTUTELA EN LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA(1)

Ramón P. Rodríguez Montero

Profesor Titular de derecho romano de la Universidade da Coruña
Académico correspondiente de la Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación Española y de la Academia de
Jurisprudencia y Legislación Gallega

Resumen: A partir de la doctrinalmente discutida fundamentación jurídica seguida por el Tribunal Constitucional en su STC 133/2017, de 16 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto a los arts. 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, se pretenden analizar algunas cuestiones relativas a la forma y al fondo argumentativo de la interpretación realizada sobre diversos aspectos conectados con el posible desarrollo institucional del Derecho civil de Galicia.

Palabras clave: arts. 27-45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; recurso de inconstitucionalidad; desarrollo institucional del Derecho civil de Galicia; fundamentación jurídica del TC; STC 133/2017, de 16 de noviembre; adopción; autotutela.

(1) El presente estudio toma como base, con la introducción de notas y bibliografía, la Comunicación presentada por quien suscribe al XXI CONGRESO INTERNACIONAL Y XXIV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO, celebrado los días 10, 11 y 12 de abril de 2019, en la Universidad de Oviedo. Dicho escrito también aparecerá publicado en las Actas del mencionado Congreso.

Abstract: Based on the doctrinally discussed legal grounds followed by the Constitutional Court in its CCJ 133/2017, of 16 November, resolving the unconstitutionality appeal filed by the President of the Government with respect to articles 27 to 45 of the Law of the Parliament of Galicia 2/2006, of 14 June, on Galician Civil Law, the aim is to analyse some questions related to the form and argumentative content of the interpretation made on various matters connected with the possible institutional development of Galician Civil Law.

Key words: articles 27-45 of the Law of the Parliament of Galicia 2/2006, of 14 June, on Galician Civil Law; unconstitutionality appeal; institutional development of Galician Civil Law; legal grounds of the Constitutional Court; CCJ 133/2017, of 16 November; adoption; and self-guardianship.

SUMARIO

- I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO
- II. OPINIONES CRÍTICAS FORMULADAS EN RELACIÓN A LA STC 133/2017
- III. EL ART. 149.1.8 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO EJEMPLO DE *IUS CONTROVERSUM*. BREVE REFERENCIA A LAS DISTINTAS POSTURAS DOCTRINALES Y A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN TORNO A SU INTERPRETACIÓN
- IV. CUESTIONES DE FORMA Y FONDO, RELATIVAS A LA ARGUMENTACIÓN EMPLEADA POR EL TC EN SU STC 133/2017 EN RELACIÓN A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 27 A 41 DE LA LDCG 2/2006, DE 14 DE JUNIO
 1. Determinación por el TC del encuadre competencial de los preceptos impugnados y referencia a la doctrina jurisprudencial aplicable para resolver la cuestión planteada
 2. Concreción de los requisitos establecidos por el TC para poder considerar válidas las normas relativas a la regulación de la adopción que la Comunidad Autónoma gallega pretendía introducir en su ordenamiento jurídico civil
 3. La negación de existencia de peculiaridades gallegas relativas a la adopción o instituciones similares
 4. El rechazo al posible fundamento de la autotutela en la situación de ausencia no declarada y a su conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia
- V. CONCLUSIONES

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Desde hace tiempo y todavía hoy, hemos venido manifestando nuestro interés por el estudio de cuestiones relativas a la interpretación jurisprudencial recogidas en los textos dentro del ámbito del Derecho romano y más específicamente, por lo que se refiere a determinados supuestos en los que se pueden apreciar controversias entre los juristas en cuanto a las posibles soluciones proporcionadas por estos a las cuestiones planteadas en torno a los mismos.

Ese interés, relativo a la, en términos romanos, denominada *interpretatio prudentium* y el correspondiente *ius controversum* procedemos a trasladarlo, nuevamente, a otro ámbito. En esta ocasión al de un derecho positivo específico, que, por considerarlo especialmente atractivo tanto desde un punto de vista histórico como jurídico, también ha venido siendo objeto de nuestra atención a lo largo de estos años: el relativo al Derecho civil de Galicia.

En este escrito concretaremos nuestra atención en diversas cuestiones muy controvertidas desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial que se han planteado en relación al posible desarrollo de algunas instituciones –en concreto la adopción y la autotutela– del Derecho civil de Galicia, fundamentalmente al hilo del análisis de los criterios argumentativos utilizados por el Tribunal Constitucional (TC) en su Sentencia (STC) 133/2017, de 16 de noviembre(2), para resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto a los artículos 27 a 45 de la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (LDCG), relativos a la adopción y la autotutela.

II. OPINIONES CRÍTICAS FORMULADAS EN RELACIÓN A LA STC 133/2017

Resulta evidente que la Sentencia del TC 133/2017 no ha pasado inadvertida, y no para bien, puesto que la misma ha suscitado en la doctrina más autorizada, a consecuencia de los planteamientos que en la misma se contienen, muy duras críticas.

En este sentido, la acreditada Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela y Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, María Paz García Rubio, en un reciente trabajo(3), ha dedicado los siguientes calificativos a

(2) Recogida en el BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017.

(3) Titulado "La competencia del legislador gallego sobre Derecho civil

dicha resolución y su contenido: "interpretación del art. 149.1.8ª CE que es, sin lugar a dudas, la más restrictiva de todas las que hasta ahora ha dictado 'el TC' respecto a las posibilidades de desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas "allí donde exista" Derecho civil propio"; "la profunda desorientación que particularmente en los últimos años viene produciendo el TC en los destinos del mandato contenido en el art. 149.1.8ª CE, alcanza en esta STC 133/2017 de 16 de noviembre su cota más alta, hasta el punto de convertirse en auténtica estupefacción y desconcierto"; "decisión que parece condenar al Derecho civil de Galicia al ostracismo que en cierta medida ya vivió durante la vigencia de la Compilación de 1963"; "supone la interpretación más restrictiva del precepto constitucional 'art. 149.1.8ª CE' y de la jurisprudencia emanada del propio Tribunal que éste invoca"; "nos hallamos ante la Sentencia más centralista o, si se prefiere, menos autonomista, de todas las dictadas hasta ahora en aclaración del abstruso precepto constitucional 'art. 149.1.8ª CE'"; "con la STC 133/2017, relativa al Derecho gallego, el TC da otra vuelta de tuerca en la comprensión menos autonomista del precepto 'art. 149.1.8ª CE'"; "se da una evidente vuelta de tuerca en el proceso de minimización de "algunos" Derechos civiles autonómicos añadiendo al gallego al ya esquilmado Derecho civil valenciano, a la vez que se traza otra línea diferente, cuando menos para los casos catalán, navarro y aragonés"; "realiza una interpretación... llamada a dejar el mínimo margen posible de actuación a la Comunidad Autónoma de Galicia en lo que atañe a la modernización de su Derecho civil propio"; "recorta hasta el límite de lo posible la viabilidad del Derecho civil gallego"(4).

A todos estos reparos añade García Rubio el relativo al efecto producido por la Sentencia en el ámbito jurídico gallego, que concreta en "la extendida convicción entre los juristas que trabajan con el Derecho civil gallego de que la interpretación mantenida en esta Sentencia sobre el significado y alcance del art. 149.1.8ª CE es mucho más restrictiva que la que el TC sustenta cuando el mismo precepto constitucional se proyecta sobre la labor legislativa de otras Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. En definitiva, lo que se siente y se denuncia es que Galicia ha sufrido con esta decisión un trato discriminatorio en relación con su competencia legis-

tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre ¿interpretación del artículo 149.1.8ª CE asimétrica o sencillamente discriminatoria?", publicado en *Foro Galego (Revista Xurídica Xeral de Galicia)*, VIII Época, núm. 205, julio-diciembre 2018, pp. 9 ss.

(4) GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, *passim*.

lativa en materia civil... En otros trabajos anteriores de mi autoría creo haber puesto de relieve el desigual tratamiento que han recibido las Comunidades Autónomas destinatarias del artículo 149.1.8ª CE en lo que se refiere al escrutinio por parte del Tribunal Constitucional de diversas leyes dictadas con fundamento en sus respectivas competencias civiles; sin embargo, creo que pocas veces antes ese desigual tratamiento ha sido tan evidente como ahora" (5).

En términos críticos semejantes a los indicados ya se pronunciaron en su momento, en sendos Votos Particulares formulados a la Sentencia, los Magistrados discrepantes con la resolución, Juan Antonio Xiol Ríos, por una parte; y Cándido Conde-Pumpido Tourón (al del que se adhirieron también los Magistrados Fernando Valdés dal Ré y María Luisa Balaguer Callejón), por otra.

En opinión de Xiol Ríos, "la respuesta dada por el Tribunal al problema constitucional planteado en este recurso de inconstitucionalidad adolece de una actitud formalista poco acorde con la interpretación evolutiva del texto constitucional y, particularmente amenaza con interrumpir un proceso enraizado en la tradición y evolución del Derecho privado en España". "El Tribunal Constitucional, al llevar a cabo el control del ajuste constitucional de la actualización de las normas civiles gallegas objeto de este recurso de inconstitucionalidad ha optado de nuevo por una respuesta formalista... esta postura se compadece mal con una norma constitucional competencial cuya finalidad es la promoción e impulso de un ejercicio dinámico a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio de la competencia legislativa civil reconocida en el artículo 149.1.8 CE" (6). A todo ello añade que "la Sentencia contribuye a la falta de uniformidad de la jurisprudencia constitucional en materia de legislación civil, pues ha modificado la inteligencia del precepto constitucional contenido en el artículo 149.1.8 CE, dificultando la coexistencia de los distintos derechos civiles existentes en el territorio español" (7), para concluir afirmando que "considero de gran importancia –y, sinceramente, de efectos perturbadores– la orientación restrictiva de los derechos civiles autonómicos adoptada por el Tribunal Constitucional en esta Sentencia" (8).

Por su parte, Conde-Pumpido (9) afirma literalmente que "la Sentencia de la que discrepo puede, por tanto, generar la impresión de

(5) GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p. 31 s.

(6) Punto 1 de su Voto Particular.

(7) Punto 4 de su Voto Particular.

(8) Punto 8 de su Voto Particular.

(9) Cuya discrepancia con la Sentencia, como indica en el Punto 2 de su

que este Tribunal aplica distintas varas de medir cuando examina las conexiones de las legislaciones autonómicas en materia civil con las instituciones consuetudinarias de los territorios con Derecho civil foral o especial”(10).

III. EL ART. 149.1.8 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO EJEMPLO DE *IUS CONTROVERSUM*. BREVE REFERENCIA A LAS DISTINTAS POSTURAS DOCTRINALES Y A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN TORNO A SU INTERPRETACIÓN

La resolución de la cuestión planteada en la tan criticada Sentencia que nos ocupa se asienta, entre otras, fundamentalmente en la interpretación de tres normas: el art. 149.1.8 de la CE, y los artículos 27.4 y 38.3 del Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG)(11).

Respecto al art. 149.1.8 CE se ha dicho que “plantea un mar de dudas interpretativas”, que “es uno de los artículos de redacción más compleja en la vigente Constitución”, que “la doctrina española siempre ha mostrado perplejidad ante dicho artículo”, y que “con él se crean una serie de problemas muy interesantes”. Entre esos diversos “problemas que se plantean por primera vez en la vigente Constitución” se citan: “(i) el alcance de la competencia en el ámbito de la legislación civil; (ii) los titulares de dicha competencia en el ámbito de la legislación civil, y (iii) el contenido del concepto de legislación civil”(12).

En cuanto a las corrientes doctrinales que han formulado interpretaciones sobre dicho artículo, se viene indicando que “no hay una doctrina común ni mucho menos unánime sobre el significa-

Voto Particular, se centra en la forma en que en los fundamentos jurídicos 6 y 7 se aplica el canon de constitucionalidad a las normas impugnadas –que se define en el fundamento jurídico 5 de la Sentencia–, concreta en tres los aspectos de la fundamentación de la resolución que dice no compartir: a) La lectura que se realiza del preámbulo de la Ley impugnada; b) El tratamiento del requisito de la acreditación del derecho consuetudinario que realiza la Sentencia; y, c) La desviación de la Sentencia de los precedentes sentados por el Tribunal Constitucional en otras Sentencias relativas a la materia.

(10) Punto 2 apartado c) de su Voto Particular

(11) Dicho Estatuto apareció publicado en el BOE núm. 101 de 28 de abril de 1981.

(12) Son afirmaciones de la Catedrática de Derecho civil y Magistrada del TC. M. E. ROCA TRÍAS, recogidas en su comunicación titulada “La Codificación moderna”, contenida en AA.VV., *Estudios*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2016, (pero edición en 2017), p. 177 s.

do de la competencia atribuida al Estado en materia de legislación civil”(13).

Por lo que respecta a dichas corrientes, García Rubio(14) señaló en su momento que, en cuanto a las posibles interpretaciones de los términos “conservación, modificación y desarrollo” utilizados por la Constitución y a los que se refiere el citado art. 149.1.8 de la misma, cabe apreciar cuatro posibles posiciones, identificables con la extensión de las competencias civiles de las Comunidades Autónomas que las hubiesen asumido en sus correspondientes Estatutos de Autonomía. A su modo de ver, serían las siguientes:

1. La que estima que la competencia civil de las Comunidades Autónomas está limitada por las competencias exclusivas del Estado, por un lado, y por el contenido de las Compilaciones en el momento de promulgarse la Constitución, por otro. Así, el desarrollo del Derecho civil foral respectivo queda circunscrito a las instituciones que en estos cuerpos legales son objeto de algún tipo de regulación.

2. La que entiende que el único límite a las competencias civiles de las Comunidades Autónomas con Derecho foral está en las materias reservadas “*en todo caso*” por la Constitución a la competencia exclusiva del Estado, de modo que la legislación autonómica puede extenderse a instituciones civiles que en las Compilaciones respectivas se hallen carentes de regulación.

3. La que considera que si bien los términos “conservar, modificar y desarrollar” impiden una ruptura radical con la situación preconstitucional y reclaman una relación de continuidad con el pasado, no es menos cierto que no se trata de desarrollar instituciones aisladas y fosilizadas en las correspondientes Compilaciones, sino verdaderos sistemas jurídicos autónomos. Así entendido, la competencia de las Comunidades Autónomas ha de llegar hasta donde alcance la fuerza expansiva de los principios informadores de cada Derecho o las necesidades de actualización del sistema jurídico representado por esos cuerpos legales, contando siempre con el límite de las competencias exclusivas del Estado.

4. La que sostiene que la condición de atribución de competencias en materia civil no ha de pasar necesariamente por la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, puesto que la competencia exclusiva del Estado en materia civil se circunscribiría a la expresada en el elenco del segundo párrafo del art. 149.1.8ª y, fuera

(13) ROCA TRÍAS, M. E., *op cit.*, p. 178.

(14) GARCÍA RUBIO, M. P., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, Cálamo Producciones Editoriales, S.L., s.f (pero, 2002), p. 50 ss.

de tales materias, cualquier Comunidad Autónoma podría asumir en sus respectivos Estatutos competencias sobre materias que siendo inicialmente propias del Derecho civil no atentasen, sin embargo, contra la reserva final(15).

Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial sentada por el TC, se ha destacado que el Alto Órgano jurisdiccional “no ha contribuido en absoluto a aclarar el alcance del art. 149.1.8 CE”(16).

Tradicionalmente se ha venido utilizando como referente básico para resolver los problemas interpretativos planteados respecto a la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de “conservación”, “modificación” y “desarrollo” de su Derecho civil propio a que se alude en el mencionado artículo de la CE, la STC 88/1993, de 12 de marzo(17), mediante la que se resolvió el recurso promovido en su momento por el Gobierno de la Nación contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1998, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos. En ella, el problema constitucional planteado se centraba en determinar si la Comunidad de Aragón tenía competencias civiles para equiparar los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza, teniendo en cuenta que la Compilación del Derecho civil de Aragón, de 1967, no contenía regla alguna sobre la adopción ni sobre el *status familiae* de los hijos adoptivos(18).

Por lo que aquí interesa, en relación al concepto de “conservación”(19), en el fundamento jurídico (FJ) 2 de dicha STC

(15) Cfr. asimismo, en relación a las diversas corrientes que se podrían establecer, lo indicado en sus más recientes trabajos, por ROCA TRÍAS, M. E., *op. cit.*, p. 178, que diferencia al respecto tres posibles tendencias, que denomina, respectivamente: “maximalistas”, “restrictivas” y “foralistas”, y PABLO CONTRERAS, P. DE, en AA.VV. (coord., de Pablo Contreras), *Curso de Derecho civil (I,I), Derecho Privado y Derechos subjetivos*, Madrid, Reimp. de la 5ª ed. 2015, Edisofer, S.L., 2016, p. 85, que también habla de tres corrientes que califica, respectivamente, como “tesis más restrictivas”, “opiniones intermedias” y “tesis más amplias”, señalando en cada caso los defensores más significados de las mismas.

(16) ROCA TRÍAS, M. E., *op. cit.*, p. 178.

(17) Recogida en el BOE núm. 90. De 15 de abril de 1993 (Suplemento), p. 62 ss.

(18) Respecto a la interpretación de dicha Sentencia por la doctrina civilista en relación a su posible encuadre dentro de las diversas corrientes anteriormente señaladas, cfr., por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M. P., *cit.*, p. 51 ss; ROCA TRÍAS, M. E., *op. cit.*, p. 178 s.; PABLO CONTRERAS, P. DE, *op. cit.*, p. 85 s.

(19) Por lo que se refiere al criterio de “modificación”, el TS, también en el FJ 2 de la Sentencia, excluye su aplicación en el caso planteado, expresando en cuanto a su significado: “tampoco la Ley impugnada puede con-

88/1998 se precisa que: "El concepto constitucional de "conservación... de los derechos civiles, forales o especiales" permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1º)... Lo que la Constitución permite es la "conservación", esto es, el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE".

En cuanto al "desarrollo", en el FJ 3 de la Sentencia se señala lo siguiente:

"El concepto constitucional... y estatutario... de 'desarrollo' del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece –según indicamos en el fundamento jurídico 1º– aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de "conservación" y "modificación", sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término 'allí donde existan' a que se refiere el art. 149.1.8 CE., al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de en-

siderarse como "modificadora" del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos, y ello pese a que la propia Ley se presente, en su título como norma que "modifica el art. 19.1 de la Compilación", precepto éste, sin embargo, vacío de contenido hasta la adopción del presente texto legal".

tenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

Sin duda que la noción constitucional de 'desarrollo' permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de 'modificación'. El 'desarrollo' de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar".

El criterio central al que se recurre en la STC 88/1993 en las cuestiones relativas al "desarrollo" del Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma de que se trate, es, por tanto, el denominado de "conexión".

Precisamente en relación a dicho criterio, sobre el que volveremos más adelante, GARCÍA RUBIO se ha mostrado particularmente crítica, al considerarlo como "especialmente maleable" –"la ductilidad del criterio de la conexión permite la adaptación a cada situación particular", dice– por tratarse de "una herramienta que se maneja "a la carta" en función de que se esté analizando la legislación civil de una u otra Comunidad Autónoma", como, en su opinión, demuestra su diferente modo de utilización –más o menos laxo "en función de criterios que no se terminan de explicar"– en las cuatro últimas Sentencias en que se recurre al citado criterio: STC 25/2017; STC 133/2017; STC 40/2018; y STC 41/2018(20).

Según GARCÍA RUBIO, "se debería superar la idea de la 'conexión suficiente'. En su opinión, "la idea de 'conexión' no es necesaria porque no está en la Constitución, resulta ambigua e insegura, y

(20) GARCÍA RUBIO, M. P., "La competencia del legislador gallego...", cit., p. 34 y 36 s.

debe ser superada por una interpretación igualmente respetuosa con la norma fundamental, pero más acorde con la realidad legislativa actual, y, sobre todo, más respetuosa de la seguridad jurídica". Considera también que el de la "conexión" es, además, "un recurso que, o bien se ha mostrado inoperante, o bien se ha utilizado como un instrumento más político que jurídico", y que, por todo ello, "no me parece que el criterio de la 'conexión suficiente' sea la mejor salida interpretativa al intrincado artículo 149.1.8ª CE; pero 'que' si se esgrime como tal, ha de utilizarse de modo uniforme y neutral y, por tanto, empleando la misma vara de medir (más o menos flexible) para todos los legisladores autonómicos competentes en materia civil" (21).

Además de la STC 88/1993, también se citan como de interés para la cuestión que nos ocupa, entre otras: la STC 156/1993, de 6 de mayo, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad sobre determinados artículos de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, que eliminaban la intervención de los testigos en el testamento notarial; la STC 182/1992, de 16 de noviembre, sobre arrendamientos históricos de Galicia; la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña; la STC 95/2017, de 6 de julio, referida a la regulación contenida en el Código civil de Cataluña sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida; o, en el específico ámbito valenciano: la STC 121/1992, de 28 de septiembre, la STC 82/2016, de 28 de abril, la STC 110/2016, de 9 de junio, y la STC 192/2016, de 16 de noviembre; y, con posterioridad a la STC 133/2017, las SSTC 40/2018 y 41/2018, ambas de 26 de abril, que resuelven, respectivamente, la primera, el recurso presentado contra dos artículos de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Parlamento de Navarra, relativos al destino de inmuebles vacantes situados en su territorio y a los saldos abandonados en entidades financieras sitas en dicha Comunidad Foral; y la segunda, el recurso interpuesto en relación a la Disposición Adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón, y la Disposición Adicional sexta del Texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, relativos al destino de las fincas procedentes de procesos de concentración parcelaria que carezcan de dueño.

En diversos razonamientos contenidos en algunas de esas Sentencias se apoya el TC, como veremos a continuación, para resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada en la STC 133/2017.

(21) GARCÍA RUBIO, M. P., *ibid.*, p. 34 y 37.

IV. CUESTIONES DE FORMA Y FONDO, RELATIVAS A LA ARGUMENTACIÓN EMPLEADA POR EL TC EN SU STC 133/2017 EN RELACIÓN A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 27 A 41 DE LA LDCG 2/2006

1. Determinación por el TC del encuadre competencial de los preceptos impugnados y referencia a la doctrina jurisprudencial aplicable para resolver la cuestión planteada

En el FJ 4 de la Sentencia, el TC, tras concretar el objeto de análisis del recurso –relativo a la determinación de si la legislación en materia de adopción y autotutela corresponde o no a la Comunidad gallega en virtud de las competencias constitucionales de que dispone– y el ámbito material en el que deben incardinarse los preceptos impugnados –relativo al derecho civil–, determinando de manera pacífica y sin controversia entre las partes implicadas el problema planteado –competencia de la Comunidad Autónoma gallega en materia de legislación civil–, procede a citar diversas Sentencias relativas a la que indica como “consolidada doctrina de este Tribunal sobre la competencia en materia de legislación civil”.

Todas las Sentencias citadas en el FJ 4, salvo la trascendental STC 88/1993, de 12 de marzo (relativa a la Comunidad de Aragón), tienen que ver con cuestiones relativas a la distribución de competencias en el ámbito de la legislación civil entre el Estado (art. 149.1.8 CE) y la concreta Comunidad Autónoma gallega (art.27.4 EAG).

En la STC 182/1992, de 16 de noviembre –de la que, según indica el TC en su razonamiento, “hemos de partir”– se analizaba la introducción *ex novo* de la regulación de la prórroga de arrendamientos rústicos, no existiendo en la por aquel entonces vigente Compilación de Derecho civil de Galicia regla alguna directa y expresa sobre el arrendamiento rústico. Asimismo, en la STC 133/2017 se plantea “y así parece confirmarse” –según indicará el TC más adelante, en el FJ 6 de dicha Sentencia– la introducción *ex novo*, en el caso analizado, de la adopción y se da a entender –en el FJ 7– que también para la autotutela.

Aun cuando en ambas SSTC se estaban introduciendo instituciones hasta entonces no reguladas en la normativa civil autonómica gallega, nos parece conveniente matizar la circunstancia de que, mientras que en la STC 182/1992 se estaba planteando, clara y exclusivamente, una cuestión relativa a la “conservación” del Derecho

civil gallego –“recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico”–, la cuestión planteada en la STC 133/2017, según parece poder deducirse del *iter* interpretativo seguido por el TC en la misma, se encontraba referida, tanto a cuestiones relativas a “conservación” como a “desarrollo”. Y ello, supuestamente, porque el TC procedía en ella a intentar dar respuesta, según expresa en su FJ 5, a las alegaciones formuladas, respectivamente, por el Letrado del Parlamento y de la Xunta de Galicia, en el sentido de determinar la existencia –en el caso de la adopción– como costumbre arraigada en el territorio gallego –cuestión ésta relativa a “conservación”– y a la posible conexión existente entre las instituciones impugnadas –en este caso, la adopción y la autotutela– con otras tradicionales y arraigadas instituciones gallegas ya existentes –cuestión ésta relativa al “desarrollo”–, que es la que efectivamente se plantea, según reconoce el TC en el FJ de su Sentencia.

Esto quiere decir que la doctrina jurisprudencial sentada en la STC 182/1992 propiamente podría ser utilizada en todos aquellos casos en los que se estuviesen planteando cuestiones relativas a la “conservación”, pero no al “desarrollo”.

Consideramos que dicha precisión es importante, puesto que los conceptos de “conservación” y “desarrollo” son distintos y por ello implican para su resolución exigencias y presupuestos interpretativos diferentes, como se puede apreciar claramente por lo expresado en relación a los mismos en los FJ 2 y 3 de la reiterada STC 88/1993 que hemos transcrito *supra*.

Por lo que se refiere a la STC 127/1999, en la misma parece estarse descartando la existencia en el caso de que se trata en el recurso de una regulación *ex novo* de la institución que en aquél supuesto se pretendía regular por la Comunidad Autónoma gallega –como, por el contrario ocurría en las SSTC 182/1992 y 133/2017–, en concreto, los “montes vecinales en mano común”, admitiendo la misma por considerarla como una “institución propia del Derecho civil de Galicia, dada su presencia en distintas compilaciones del Derecho civil de Galicia y en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia”, es decir, en definitiva, como “desarrollo” de una institución, pero ya regulada, es decir, existente, lo que no sucedía en el caso de la STC 133/2017, en la que la regulación que se pretendía, también era de “desarrollo”, pero, como ya hemos dicho, lo era *ex novo*.

En cuanto a la STC 47/2004, en la misma se trataban aspectos relativos no ya al denominado derecho sustantivo, como en todas

las anteriormente indicadas, sino a determinadas especialidades referidas al derecho procesal.

Es precisamente la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 88/1993, también citada en la STC 133/2017 en apoyo de su razonamiento, junto con las antes referidas, relativa no ya a una cuestión planteada en el ámbito de la Comunidad Autónoma gallega, sino a la de Aragón, la que consideramos que va a poder presentarse como básica para llevar a cabo la resolución del problema jurídico de que se ocupa la STC 133/2017.

La cuestión planteada en la STC 88/1993 presenta una evidente –aunque no total– similitud en cuanto a la materia objeto de regulación –en este caso, la adopción– con la que se trata en la STC 133/2017: en esta última resolución se cuestiona la pretensión por parte del legislador gallego de introducir un régimen jurídico completo en su ordenamiento civil relativo a la adopción, mientras que en la primera se planteaba la posibilidad más restringida de establecer en el ordenamiento jurídico civil aragonés la equiparación de los hijos adoptivos a los naturales.

Por otra parte, ambas Comunidades –gallega y aragonesa–, como es sabido, disponían de competencias constitucionales, establecidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, para poder “conservar, modificar y desarrollar” sus Derechos civiles propios, en virtud de lo señalado en el art. 149.8 CE.

De la importancia de la doctrina jurisprudencial sentada por la STC 88/1993 para resolver la cuestión discutida se hace eco el TC en su STC 133/2017 acogiendo diversos razonamientos formulados en aquella, pero, en algún caso, por así decir, con una interpretación de los mismos un tanto particular, y omitiendo otros que quizá también podrían –por no decir, deberían– haber sido tomados en consideración (22).

Resulta también llamativo otro dato que el TC está resaltando –no sabemos si consciente o inconscientemente– en el FJ 4 de su STC 133/2017, respecto a las SSTC relativas a la Comunidad Autónoma gallega que en aquella se citan –respectivamente: STC 182/199; STC 127/1999; y, especialmente, STC 47/2004–, que da la impresión de –si se nos permite utilizar esta expresión– “condicionar” –tampoco sabemos si de forma consciente o inconsciente– la funda-

(22) Esta es, en esencia, la opinión sustentada con fundadas razones por GARCÍA RUBIO en “La competencia del legislador gallego...”, cit., *passim*., que compartimos.

mentación seguida por el TC en la resolución del recurso, como se dirá más adelante.

Nos referimos, en concreto, por una parte, al, en palabras del propio TC, "carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral 'de Galicia, que' constituye una de sus peculiaridades más relevantes e informa tal ordenamiento civil"; y, por otra, a la circunstancia de que "las instituciones reguladas en esa Ley 'Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, entonces vigente' 'se integran por relaciones jurídicas muy vinculadas al ámbito rural de Galicia y, por ello, a su economía esencialmente agraria, sobre la base de una propiedad esencialmente minifundista". En definitiva, y de forma simplificada, lo que el TC parece estar resaltando es que el Derecho civil de Galicia es esencialmente un derecho consuetudinario y agrario, cuyas instituciones tienen que ver con el ámbito económico rural caracterizado por un sistema de propiedad esencialmente minifundista, destacando de esta forma el carácter patrimonial de dichas instituciones.

Si bien es cierta la afirmación transcrita y válida para los orígenes(23), cabe recordar que, en la actualidad, además de un derecho consuetudinario gallego(24), existe también un Derecho civil gallego legislado, en el que en la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, muchas de las instituciones consuetudinarias y usos efectivamente vigentes se han ido formalizando legislativamente, se han ido normativizando, y perdiendo, por ello, su condición de costumbres. Es más, la ley se ha situado en materia de fuentes –rompiendo el criterio establecido en la precedente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, para el que la costumbre asumía, dentro de una apariencia de equilibrio, una posición real de privilegio respecto a la propia ley, salvo que esta fuese

(23) Por lo que se refiere a la formación, contenido y proceso de desarrollo del Derecho civil de Galicia, vid., con bibliografía, RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado. Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido*, Santiago de Compostela, Andavira Editora S.L., 2012.

(24) Sobre la costumbre y el derecho consuetudinario gallego, vid., con bibliografía, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., "La costumbre y el Derecho consuetudinario gallego", en *Galicia fai dous mil anos. O feito diferencial galego*, (coord. por Sanjiao Otero y Ferreira Fernández) Tomo V (Dereito), vol. I, Santiago de Compostela, 2004, pp. 101 ss.; ID. (en castellano), *Revista Jurídica del Notariado* 54, Madrid, 2005, pp. 187 ss. Cfr., también, recientemente, SEOANE IGLESIAS, J., "El evolutivo Derecho civil de Galicia y su carga histórica (Título Preliminar de la Ley 2/2006, de 14 de junio)", *Anales. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación*, Octubre de 2010 a noviembre de 2015, A Coruña, 2015, pp. 101 ss.

imperativa– como primera en el orden de prelación establecido(25). Por tanto, carácter marcadamente consuetudinario del Derecho civil de Galicia, pero no exclusivamente consuetudinario.

Asimismo, también cabe recordar que las antiguas instituciones consuetudinarias gallegas no tienen un carácter exclusivamente patrimonial, sino que, en las mismas también se puede apreciar un fuerte contenido de tipo personal y familiar.

2. Concreción de los requisitos establecidos por el TC para poder considerar válidas las normas relativas a la regulación de la adopción que la Comunidad Autónoma gallega pretendía introducir en su ordenamiento jurídico civil

Tras optar por realizar un análisis separado de las diversas razones aducidas por parte de los representantes de la Comunidad Autónoma gallega para justificar la regulación de la adopción –a la que se dedica el FJ 5 y el 6 en la STC 133/2017– y la autotutela –a la que se refiere en el FJ 7–, el TC concreta la cuestión planteada en el recurso en determinar si las “instituciones jurídicas que pretende convertir ‘dicha Comunidad Autónoma’ en objeto de norma legal, es decir, en Derecho escrito legislado pertenecen o no a su Derecho consuetudinario”(26), matizando además –en aplicación, según dice, de la doctrina sentada en las SSTC, citadas en el FJ 4 y ya referidas *supra*, a las que añade otras más recientes, relativas al Derecho civil valenciano (SSTC 82/2016; 110/2016 y 192/2016)– que “resulta que la validez de las normas objeto de este recurso depende de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la ley, o bien otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero “conexa” con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un ‘desarrollo’ de su Derecho civil foral o especial”. A todo ello añade como conclusión –con apoyo en el FJ 4 de la STC 192/2016– que “la validez de la ley civil autonómica “depende de que la Comunidad Autónoma acredite la pervivencia de reglas con-

(25) Vid., por todos, LORENZO MERINO, F., “Prólogo” a la *Ley de Derecho civil de Galicia*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 29.

(26) Dando, sin embargo, la impresión de estarlo haciendo con carácter general, es decir, no solo en relación a la adopción –de la que, como ya se ha indicado, avanza que va a tratar específicamente en este FJ 5 y en el 6–, sino también a la autotutela, que pretende analizar en el FJ 7.

suetudinarias... que estuvieran en vigor al aprobarse la Constitución Española de 1978". Por tanto, de no poder hacerlo así en este caso la Comunidad Autónoma de Galicia, la norma civil gallega deberá reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia".

El TC señala en su razonamiento, por tanto, dos posibilidades a los efectos de la validez de las normas civiles introducidas por la Comunidad Autónoma en su ordenamiento:

— Por una parte, que se pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la ley.

— Por otra, que cuando no se pueda identificar esa costumbre con las características expresadas anteriormente, sin embargo, sí se pueda identificar otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero "conexa" con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un "desarrollo" de su Derecho civil foral o especial.

En la primera de las posibilidades parece claro que nos encontraríamos ante un supuesto de "conservación": acreditación de una costumbre identificable con la institución que se pretende convertir en norma legal, que ya existiese en su territorio en el momento de la entrada en vigor de la Constitución y que se encontrase subsistente en el momento de aprobación de la ley. Es decir, que por lo que a la cuestión que nos ocupa se refiere, el TC solicita que se acredite alguna costumbre identificable con la adopción, no en cualquier momento temporal, sino ya existente en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

En la segunda, como indica claramente el TC, sin embargo, nos encontraríamos propiamente ante un supuesto de "desarrollo": la institución que se pretende introducir no existe, y entonces se solicita que se identifique con otra institución diferente de la regulada —ya fuese consuetudinaria (27) o no—, pero con la que se pueda establecer una conexión; institución ésta que también se exige que se encuentre asentada en su Derecho civil ya en 1978 y subsista en el momento de aprobación de la Ley (28). Lo que el TC pide en nuestro

(27) Que, como es de suponer, primero tendría que ser lógicamente probada y por ello reconocida, para posteriormente también probar su conexión con la institución que se pretende introducir.

(28) Así se indica expresamente en el FJ 6 de la STC 133/2017, pero haciendo referencia solamente "al tiempo de la entrada en vigor de la Cons-

caso concreto es que se acredite la existencia de otra institución –consuetudinaria o no–, dentro de las coordenadas temporales expuestas anteriormente, que se pueda conectar con la adopción. El tipo de “conexión” que está exigiéndose en este supuesto por el TC, como se puede comprobar es el de la denominada “conexión institucional” –de institución con institución–, cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

3. La negación existencia de peculiaridades gallegas relativas a la adopción o instituciones similares

Tras referirse a la “necesidad de acreditar la persistencia de reglas consuetudinarias... que estuvieran en vigor al aprobarse la Constitución española de 1978...y que’ de no poder hacerlo así en este caso la Comunidad Autónoma de Galicia, la norma civil gallega deberá reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia” (FJ 5 de la STC 133/2017), así como que “establecido lo anterior, habrá de comprobarse si existen –como aducen los representantes de la Xunta de Galicia y del Parlamento gallego– elementos indicadores que permitan a este Tribunal constatar que, históricamente, la práctica de la adopción ha poseído sus propias peculiaridades en el territorio gallego” (FJ 6 de la STC 133/2017), el TC alude al Preámbulo de la LDCG de 2006, concluyendo de su análisis que “parece confirmarse... que... estamos ante una codificación *ex novo* de la adopción, que, no sólo no se regulaba en la Ley gallega de 1995, sino que tampoco se contemplaba en la Compilación de Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963, ni en la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, que integró la Compilación en el Derecho gallego”.

El TC, por lo indicado, supuestamente parece estar excluyendo –en base a lo señalado en el Preámbulo de la LDCG– en el FJ 6 de su STC 133/2017 la primera de las dos posibilidades indicadas en dicha Sentencia para poder consolidar la validez de las normas civiles que se pretenden introducir en el Derecho civil propio de que se trata, a las que ya hemos hecho referencia anteriormente, en concreto, la relativa a “que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la Ley”, concretando dicha exigencia en la segunda de las posibilidades indicadas, relativa a la necesidad de identificar “otra institución,

titución”, sin indicar nada respecto a que también “subsista en el momento de aprobación de la Ley”.

consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero “conexa” con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil oral o especial”.

Tras manifestar que “parece confirmarse, pues, que... estamos ante una codificación *ex novo* de la adopción (29)” –descartando por ello lo relativo a la “conservación”–, el TC matiza a continuación –y esta sería una cuestión relativa al “desarrollo”– que “correspondería a los representantes autonómicos, alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de la aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexa con la adopción, a fin de apreciar un “desarrollo” del Derecho civil foral o especial de Galicia”.

Como se puede comprobar, el TC establece al respecto un criterio muy restringido: la conexión se tiene que realizar con otra institución (“conexión institucional”); esa institución tiene que ser consuetudinaria (recordemos al respecto que el TC permitía establecer la conexión también con instituciones no consuetudinarias); y la misma debía estar vigente al tiempo de la aprobación de la Constitución.

Por tratarse en este caso no ya de formalizar legislativamente una costumbre identificable con la adopción en el Derecho civil de Galicia –cuestión ésta, como venimos indicando, relativa a la “conservación”–, sino de la introducción *ex novo* de la adopción –cuestión relativa al “desarrollo”–, que es la que subraya el TC en este FJ 6 de su STC 133/2017, así como por la condición de Galicia como Comunidad Autónoma dotada de Compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución –como en el caso de Navarra, Vizcaya y Álava, Cataluña, Baleares y Aragón– parece lógico suponer que la doctrina jurisprudencial que deberá tenerse propiamente en cuenta para poder resolver la cuestión planteada será la contenida en las SSTC relativa a esas Comunidades, expresada no ya en referencia a cuestiones planteadas relativas a “conservación” de su Derecho civil propio, sino, más bien, al “desarrollo” del mismo, que es de lo que se está tratando, según el TC, en la STC 133/2017.

(29) En relación a la Propuesta de regulación de la adopción, formulada en su momento en el Texto de la Propuesta de reforma de la LDCG por la denominada Comisión Superior para el estudio del desarrollo del Derecho civil gallego, vid., con carácter informativo, RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., “Panorama del Derecho de personas y familia en el Derecho civil de Galicia”, en AA.VV. (López-Rosa, del Pino-Toscano Eds.), *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Huelva, Ed. Universidad de Huelva, 2004, p. 658 s.

De entre esas diversas STC cuya doctrina jurisprudencial toma como supuesta referencia el TC en el FJ 5 de su STC 133/2017, a las que ya nos hemos referido *supra*, la que resulta fundamental para poder resolver la cuestión planteada, es la STC 88/1993.

En la misma, como ya se indicó *supra*, también se plantea una cuestión relativa a la adopción en materia de “desarrollo” del Derecho civil propio de Aragón, Comunidad Autónoma ésta que también disponía –al igual que Galicia– de una Compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución.

Acabamos de indicar que el TC toma en consideración la doctrina jurisprudencial contenida en ella, pero sólo en algunas de sus apreciaciones y, también, en algunos aspectos, a nuestro juicio, de una forma muy particular.

En este sentido, se ha criticado –a nuestro juicio, con razón–, por ejemplo, que el TC aluda a dicha STC 88/1993 para fundamentar en dos aspectos la indicada necesidad de identificar “otra institución consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero ‘conexa’ con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un ‘desarrollo’ de su Derecho civil foral o especial”: por una parte, la exigencia de que la “conexión” se deba de establecer entre “instituciones” (“institución” concreta que se pretende regular, con otra “institución”, también concreta, ya regulada); por otra, que la institución con la que se pretenda conectar la que se va a introducir (*ex novo*) ya se encontrase efectivamente vigente al tiempo de la Constitución.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos, el TC opta de una forma muy restringida por la que se ha dado en llamar “conexión institucional”, y para justificarla recurre, realizando una lectura selectiva, a determinados párrafos de la STC 88/1983, pero silencia otros en los que lo que, realmente, parece que lo que se está exigiendo es, más bien, una “conexión orgánica”, es decir, una conexión de la institución que se pretende introducir *ex novo* –en nuestro caso, la adopción– considerada en relación con el contenido del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma de que se trata, considerada no ya en relación a una institución particular específica concreta, sino, más bien, en su conjunto(30).

Así, resulta particularmente llamativo que en su argumentación el TC recurra en el FJ 4 de su STC 133/2017 a acoger –acertadamente en nuestra opinión– la doctrina sentada en el FJ 3 de la STC 88/1993, en los siguientes términos: “la noción constitucional de

(30) Vid. ROCA TRÍAS, M. E., “La Codificación moderna” cit., p. 179 s.; GARCÍA RUBIO, M. P., “La competencia del legislador gallego...”, cit., p. 12.

“desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisble identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores del Derecho foral”. A lo que añade la siguiente matización: “Lo que, no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial garantizar”.

Sin embargo, a pesar de lo indicado, el TC silencia en la STC 133/2017 otro párrafo de la STC 88/1993 (FJ 3), posterior al anteriormente transcrito, que, a nuestro juicio, podría resultar fundamental para la resolución de la cuestión que estamos tratando. En el mismo, a la luz del criterio previamente indicado, el TC procede a realizar la que califica como “valoración de conjunto... de la Ley 3/1998 de las Cortes de Aragón” –Ley ésta contra la que se promovió el recurso de inconstitucionalidad–, indicando al respecto –tras reiterar que dicha Ley “no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse sólo por ello de inconstitucional”– que “existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión. Así ocurre, significadamente, con la regulación tanto de las “relaciones entre ascendientes y descendientes” (Título II del Libro Primero), como “de las relaciones parentales y tutelares” (título III del mismo libro) y lo mismo cabe predicar de la disciplina

del “Derecho de sucesión por causa de muerte” (Libro II), regulaciones, unas y otras, en las que la Compilación se refiere, expresa o tácitamente, a la posición jurídica (derechos y obligaciones) de los “hijos y descendientes”, normativa ésta, por lo tanto, que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que hoy enjuiciamos, Ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene así a innovar parcialmente”.

Asimismo, en el FJ 4 de la STC 88/1993 –que también silencia la STC 133/2017– se indica en relación a uno de los preceptos de la Ley allí impugnada –en concreto, a la primera de las dos determinaciones establecidas por la Ley impugnada, contenida en el art.1, que daba nueva redacción al Capítulo II del Título III del Libro I de la Compilación del Derecho civil de Aragón, que se pretendía introducir en su art. 19 (vacío hasta entonces de contenido)– que “este último precepto (art. 19.1) puede entenderse naturalmente y sin esfuerzo de un modo acorde con la Constitución y el Estatuto. La norma equiparadora que contiene no merece tacha alguna de inconstitucionalidad pues la igualación “en Aragón” de los derechos y obligaciones de los hijos adoptivos e hijos por naturaleza se entiende ceñida a las relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil aragonés propio”.

Por último, en el FJ 5 de la reiterada STC 88/1993 –y esta es también otra cuestión que también se silencia en la STC 133/2017–, el TC asimismo indica que “acabamos de razonar, en efecto, que el Legislador aragonés puede, en conexión con el contenido de su Derecho civil propio, ordenar determinados aspectos del *status* de los hijos adoptivos”.

Como se puede comprobar de la lectura de los párrafos transcritos de la STC 88/1993, lo que el TC está exigiendo, no es precisamente una “conexión institucional”, es decir, una conexión entre la institución nueva que se pretende regular, con otra institución singular ya regulada, como se señala en la STC 133/2017, sino, más bien, por el contrario, una “conexión orgánica”, es decir, una conexión de la institución que se pretende regular (en nuestro caso *ex novo*), no ya con otra institución concreta y singular, sino con el contenido del conjunto normativo del Derecho civil propio de la Comunidad de que se trate, en definitiva, con las “relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil propio”, en palabras del TC.

Y todo ello “según los principios informadores del Derecho foral ‘de que se trate’”, como se expresa en el FJ 3 de la STC 88/1993, que, como ya se ha indicado, acertadamente transcribe el TC en el

FJ 4 de su STC 133/2017, pero que no parece tener en cuenta en la resolución del recurso allí analizado(31).

De esta interpretación se deduce que la competencia que para realizar el “desarrollo” de su Derecho propio se atribuye a las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial queda limitada no por las instituciones contenidas en cada una de las Compilaciones vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución (“allí donde existan”), sino por los principios informadores de cada Derecho foral. La conexión con las materias contenidas en las antiguas Compilaciones no debe buscarse en las concretas instituciones, sino en el conjunto del ordenamiento a comparar: “conexión orgánica”. Así, la expresión “desarrollo” debe ser interpretada como el que el TC denomina “desarrollo orgánico” del sistema jurídico de que se trate(32).

Esta doctrina que se acoge en la STC 88/1993, referida al conjunto del ordenamiento, incluidos sus principios informadores –“conexión orgánica”–, es mucho más amplia que la que se asume en la STC 133/2017, que exige, como acabamos de ver, la conexión entre dos instituciones concretas, sin que se considere bastante una ligazón más genérica(33).

Por lo demás, dicha doctrina, sentada en la STC 88/1993, aparece confirmada, tanto en la STC 156/1993, de 6 de mayo y en la STC 95/2017, así como también, más recientemente, en la STC 41/2018, y, en menor medida, en la STC 40/2018(34).

En la STC 15/1993, de 6 de mayo, en la que se trataba de analizar si eran o no conformes con el art. 149.1.8 CE unas normas sobre la intervención de testigos –más en concreto, sobre su eliminación– en los testamentos notariales, sin que a la entrada en vigor de la Constitución existiese especialidad balear en la materia, se señalaba que “según quedó expuesto en el fundamento 1º de esta sentencia, las competencias autonómicas para “desarrollar”, en lo que aquí in-

(31) En opinión de GARCÍA RUBIO, M. P., “La competencia del legislador gallego...”, cit., p. 29 la omisión de cualquier mención al significado posible de sus principios jurídicos propios en el supuesto gallego “es algo que los magistrados que firman la STC 133/2017 hubieran debido, tal vez, explicar”, en comparación con el caso catalán, con cita del FJ 5 de la STC 95/2017.

(32) Vid. Roca Trías, M. E., “La Codificación moderna” cit., p. 178 ss.; GARCÍA RUBIO, M. P., “La competencia del legislador gallego...”, cit., pp. 12, 16 ss. y 28 ss.

(33) GARCÍA RUBIO, M. P., *op.*, cit., p. 18.

(34) Así lo resalta GARCÍA RUBIO, M. P., *op.*, cit., *loc. cit.* En relación a la STC 156/1993, vid. también, recientemente, las apreciaciones de Roca Trías, M. E., *op.*, cit., p. 179.

teresa, el Derecho civil propio pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de éste y, en concreto a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquella o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil”, por lo que, al ser el Derecho de sucesiones una parte importante del de Baleares, existe “una evidente conexión orgánica con aquellas regulaciones originarias y basta con reconocerlo así para concluir en que, al adoptar tal precepto, los órganos de la Comunidad Autónoma no han venido a ordenar un ámbito ajeno al hasta entonces regulado por el Derecho civil propio de las Islas ni han incurrido, por ello, en un desbordamiento competencial que permitiera calificar de inconstitucional a esta norma legal” (35).

En definitiva, como muy claramente explica ROCA TRÍAS, el planteamiento seguido por el TC en dicha Sentencia, que “desde un punto de vista lógico” califica como “impecable”, sería: “no hay regulación de los testamentos, pero sí del derecho sucesorio; el testamento es una parte del derecho de sucesiones, ergo la regulación de la presencia de los testigos en los testamentos entra dentro de la competencia de ‘desarrollo’” (36).

También en la STC 95/2017, que consideró acorde con la Constitución la Ley de la Generalidad de Cataluña 19/2015, de 29 de junio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al Libro quinto del Código Civil de Cataluña, se reitera lo indicado en cuanto a la denominada “conexión orgánica”.

Así, en su FJ 4 se señala que “la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan”, añadiendo en su FJ 5 que “la conexión necesaria para que esta regulación de la “propiedad temporal” se tenga por “desarrollo” del Derecho civil especial catalán preexistente al promulgarse la Constitución de 1978 puede extraer-

(35) ROCA TRÍAS, M. E., *op cit.*, p. 179; GARCÍA RUBIO, M. P., *op cit.*, pp. 24 y 28.

(36) ROCA TRÍAS, M. E., *op cit.*, *loc. cit.*

se del conjunto de este ordenamiento, incluidos pos principios que lo informan”(37).

Lo mismo puede decirse en el caso de las dos SSTC 40/2018 y 41/2018, referidas, respectivamente, a sendas Leyes de Navarra y de Aragón, que fueron dictadas con posterioridad a la STC 133/2017 de que nos ocupamos. En ellas se puede apreciar el que, en palabras de García Rubio califica como “nuevo viraje interpretativo sobre el art. 149.1.8ª CE, tomando otra vez el rumbo “generoso” con la competencias civiles de las Comunidades Autónomas, al justificarlas con base en el conjunto de su ordenamiento y, en consecuencia de éste”(38), utilizando en ambos casos una concepción más amplia que la establecida en la STC 133/2017(39).

Precisamente en el FJ 4 de la STC 41/2018 se señalaba que “las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial no ostentan competencia legislativa ilimitada sobre las materias civiles distintas de aquellas que se reservan “en todo caso” al Estado por el segundo inciso del artículo 149.1.8. Podrán regular estas materias que no están siempre reservadas al Estado, incluso innovando el Derecho civil existente al tiempo de promulgarse la Constitución, esto es disciplinando ámbitos no normados en él, pero será imprescindible que esa regulación innovadora presente una conexión con dicho derecho civil especial, pues es la garantía de ese ordenamiento jurídico y no otra cosa la ratio de la singularidad civil que se introduce en el primer inciso del artículo 149.1.8”, apelándose por ello a la pervivencia del Derecho civil en el momento de promulgarse la Constitución en referencia a su conjunto y no al de una institución concreta con la que haya de conectarse la nueva regulación(40).

En dicha STC 41/2018, el TC opta por combinar las referencias a instituciones concretas (“conexión institucional”) con otras relativas al conjunto del ordenamiento (“conexión orgánica”), como se puede comprobar mediante la lectura de lo que se señala en su FJ 5 *in fine*: “en suma, las competencias autonómicas para “desarrollar” en lo que aquí interesa el propio Derecho civil pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de éste y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guarden una relación de conexión suficiente con insti-

(37) Vid. al respecto GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, pp. 12 s., 29 y 33, así como la referencia que a la misma realiza en su Voto Particular emitido en la STC 133/2017 el Magistrado discrepante Conde-Pumpido.

(38) GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p. 30.

(39) GARCÍA RUBIO, M. P., *ibid.*, pp. 34 ss.

(40) GARCÍA RUBIO, M. P., *ibid.*, p. 30.

tutos ya disciplinados en aquélla o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil”(41).

En cuanto a la STC 40/2018, relativa a la Ley navarra, se ha dicho que en la misma se hacen varias observaciones que parecen apelar más bien a la “conexión institucional”, aunque tampoco son inexistentes las menciones a la “conexión orgánica”, citándose en su FJ 5 precedentes textuales extraídos de las SSTC 88/1993 y 95/2017(42).

Por lo que se refiere al segundo de los aspectos indicados *supra*, relativo a la coordenada temporal a la que el TC se remite en la STC 133/2017 para poder considerar acreditada la previa existencia de normas civiles con las que pueda darse una “conexión suficiente” –relativa, como se indica en el FJ 6 de la Sentencia, a “la existencia de una institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexas con la adopción, a fin de apreciar un “desarrollo” del Derecho civil foral o especial de Galicia”–, también ha resultado criticado por considerar que dicha exigencia se encontraría fuera del contexto en que fue formulada en su momento en algunas de las Sentencias que lo citan.

En este sentido, por lo que al aspecto concreto que ahora nos ocupa se refiere, se ha indicado que la exigencia recogida en la STC 88/1993, relativa “a la entrada en vigor de la Constitución” cabe entenderla como referida a los Derechos forales civiles o especiales en su conjunto y no a las instituciones en sí. Lo que el TC está expresando en la citada Sentencia no es, por tanto, que una institución en concreto debería estar vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución –institución ya existente, por tanto–, sino que lo que habrían de estarlo eran los Derechos civiles especiales o forales en su conjunto; lo que ha de existir en el momento de entrada en vigor de la Constitución es el Derecho foral en su conjunto y no las instituciones forales concretas, de suerte que a través del “desarrollo” de ese Derecho existente pueden regularse instituciones civiles concretas, a las que en ningún momento se pide que ya estén reguladas y vigentes a la entrada en vigor del texto constitucional(43). A ello se añade lo señalado en otro párrafo contenido en el FJ 3 de la citada STC 88/1993 en los siguientes términos, que volvemos a reproducir en lo que aquí interesa: “Esta Ley (...) no disciplina la

(41) GARCÍA RUBIO, M. P., *ibid.*, p. 35

(42) En este sentido, GARCÍA RUBIO, M. P., *ibid.*, p. 35 y nt. 63.

(43) GARCÍA RUBIO, M. P., *ibid.*, pp. 26 ss.

constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse, sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión”.

De lo indicado se deducen, por tanto, dos ideas: por una parte, que la nueva disciplina puede proyectarse sobre un instituto hasta entonces ajeno al Derecho civil autonómico en cuestión y la nueva institución no resultará inconstitucional si se incardina en un conjunto tan amplio como el llamado Derecho familiar y sucesorio propio del territorio en cuestión; por otra, que la indiscutible conexión que reconoce la STC 88/1993 lo es con “la actual Compilación”, es decir, con la norma que estaba vigente a la fecha de la Sentencia, y no la que existía en el momento de entrada en vigor de la Constitución (1978), como por el contrario sí se exige para la adopción en el FJ 6 de la STC 133/2017 (recordemos que en éste se pedía: “alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de la aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexas con la adopción, a fin de apreciar un “desarrollo” del Derecho civil foral o especial de Galicia”) (44).

Lo ahora señalado en relación a la STC 88/1993 también coincide con lo expresado en el FJ 6 de la STC 156/1993, ya citada, en la que se analizaba la conformidad o no de unas normas sobre la intervención de testigos en los testamentos, no existiendo especialidad balear alguna en la materia a la entrada en vigor de la Cons-

(44) GARCÍA RUBIO, M. P., *ibid.*, p. 17. Esta autora, *op. cit.*, p. 18 destaca al respecto en cuanto a la segunda de las ideas que, sin embargo, en el FJ 7 de la STC 133/2017, “de manera sorprendente y rectificando lo que había expresado en relación a la adopción, el tribunal está juzgando aquí la conexión entre la autotutela y algunas instituciones, no ya de la LDCG de 1995, sino de las coetáneas de la LDCG 2006 (al menos las referencias de artículos concretos lo son a esta ley), entrando así en contradicción con lo que previamente había indicado respecto al momento temporal que habría de ser tomado en cuenta para juzgar la conexión suficiente y que, al menos mientras se refería a la adopción, era el de entrada en vigor de la Constitución”. Cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

titución. El TC indicaba en el mismo: “La competencia autonómica para el ‘desarrollo’ del Derecho civil, especial o foral, ampara, como al inicio de esta Sentencia quedó dicho, regulaciones de este género que, partiendo de institutos ya integrados en el propio ordenamiento civil, disciplinen aspectos en conexión con ellos aunque ausentes, hasta entonces, del texto de la Compilación”, lo que, como señala García Rubio (45), “significa que los nuevos institutos han de guardar conexión con los que forman parte de su Derecho civil (integrados en su estructura orgánica), pero que pueden ser distintos de los hasta entonces regulados en ley autonómica, pues no cabe entender de otro modo la referencia a que estén ausentes del texto de la Compilación”.

Ciertamente, la pretensión establecida en la STC 133/2017 de que ya no sólo el Derecho civil foral o especial, sino también la institución concreta que es objeto de regulación estuviesen vigentes a la entrada en vigor de la Constitución –en definitiva, vigencia escrita o consuetudinaria de la concreta institución que se pretende desarrollar, o de otra con una conexión suficiente con esta última– también se exige en las SSTC 82/2016, 110/2016 y 192/2016 (46), todas ellas relativas –volvemos a recordar– a la Comunidad Autónoma valenciana, cuya doctrina jurisprudencial sentada en las mismas fue utilizada en la STC 133/2017. Una Comunidad Autónoma valenciana que no contaba con Compilación en el momento de la aprobación de la Constitución española de 1978 –como, por el contrario, sí ocurría en el caso de la gallega–, y en la que, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita –no como en Galicia, que sí la tenía, aunque, eso sí, con un componente importante de Derecho consuetudinario–, “la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad en orden a la ‘conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano’ ‘en el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana’ no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma” (FJ 1 de la STC 121/1992). Es decir, como apunta García Rubio (47), en una Comunidad Autónoma en la que la pervivencia postconstitucional de normas de naturaleza consuetudinaria en la materia es lo que justifica que sea una de las destinatarias del art. 149.1.8 CE (“derechos civiles forales o especiales, allí donde existan”), y que en la

(45) GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p. 28 s.

(46) Así lo pone de manifiesto GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p. 29.

(47) GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p. 27.

interpretación más rigurosa significa que de no existir esas normas, cuya existencia se tiene que probar, la Comunidad Autónoma valenciana no podría desarrollar su Derecho civil, sencillamente porque no lo tendría (aunque lo hubiera tenido).

En nuestra opinión, si bien podría tener una cierta justificación la exigencia de que cuando se trate de “conservar” –en definitiva, de “formalizar legislativamente”– costumbres, se exija –según se indica en el FJ 2 de la STC 88/1993– que las mismas se encuentren “efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial” –no sólo ya en el momento de entrada en vigor de la Constitución, sino también con posterioridad a la misma–, sin embargo, no la tiene la de que para el “desarrollo” del Derecho civil especial o foral propio del territorio de que se trate –sobre todo, cuando en el mismo existe un Derecho civil foral o especial, como ocurre en Galicia, ya vigente en 1978–, la institución con la que se pretende conectar la nueva que se intenta introducir, también tuviese que estar vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución. Y todo ello pensando no ya en la exigencia de una “conexión institucional” –sin que la misma resulte descartable– sino, más bien, “orgánica”, que sería la que, por todo lo señalado, entendemos aplicable propiamente en el caso de todos aquellos Derechos civiles especiales o forales que, como el gallego, ya contasen con una Compilación en 1978, es decir, con un “ordenamiento” de referencia.

No obstante lo indicado, el TC en el FJ 6 de su STC 133/2017, descartando que nos encontremos ante una cuestión relativa a “conservación” –de “identificación de una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la Ley”– exige, como se ha señalado, la necesidad de “alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria subsistente al tiempo de aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexa con la adopción, a fin de apreciar un “desarrollo” del derecho civil foral o especial de Galicia”. Exigencia, por tanto, de conexión, no ya “orgánica”, sino “institucional” y, además, en relación a una “alguna institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de aprobación de la Constitución” que se pueda conectar con la adopción. Todo ello, según dice el TC, en atención a determinadas instituciones a las que “los Letrados autonómicos... apelan... destacando su incidencia sobre las relaciones familiares”.

El análisis y las consideraciones que realiza el TC en el FJ 6 de la STC 133/2017 respecto de algunas “instituciones que históricamente conforman el Derecho propio gallego”, que fueron alegadas

en su contestación al recurso por los Letrados autonómicos resultan ciertamente sorprendentes, tanto desde un punto de vista antropológico como histórico y jurídico(48).

En este sentido, señalar que la “casa” y la “compañía familiar gallega”(49) “poseen un carácter marcadamente patrimonial” –y por ello: “alejado, pues, de los fines y fundamentos de la adopción”–, manifiesta un desconocimiento notorio –dicho sea con todos los respetos– de ambas instituciones. Tal afirmación, por lo demás, resulta ciertamente llamativa, porque el propio TC, antes de realizarla, indica textualmente en su citado FJ 6, que “se observa que la casa y la compañía familiar han sido, en todo momento, considerados los dos pilares básicos, dirigidos al mantenimiento de la explotación agrícola y a su supervivencia, donde, con esta finalidad, confluyen elementos personales y patrimoniales”, además de que “la ‘casa patrucial’ o ‘casa petrucial’ se presenta en el antiguo derecho foral gallego como la figura central en torno a la que giran y se entroncan toda una serie de instituciones familiares y sucesorias gallegas, típicas y fundamentales, que, desde tiempos remotos, han aparecido como peculiaridades jurídicas de naturaleza esencialmente consuetudinaria, y que han encontrado en aquélla su razón de ser como institución que garantiza la conservación de los patrimonios agrícolas y de los valores familiares a lo largo del tiempo, además de proporcionarles una estructura orgánica y coherente”, resaltando también que la “compañía familiar gallega”, fue una institución jurídica “dirigida a conservar la conservación tradicional de la familia y la unidad de la casa, siendo una forma derivada de la primitiva copropiedad familiar, que se conservó por la costumbre de los familiares más allegados, “los de la casa”, “a mesa y mantel”, de vivir y trabajar juntos en un lugar”, destacando, en consecuencia, además de los caracteres patrimoniales de ambas instituciones, también los personales y familiares de las mismas, lo que permitiría, a partir de

(48) Como lo ponen cumplidamente de manifiesto en sus Votos Particulares –a nuestro juicio, con fundados argumentos– los Magistrados discrepantes, respectivamente Xiol Ríos (punto 5) y Conde-Pumpido (punto 2 b).

(49) Cabe recordar que son dos instituciones consuetudinarias que aparecen recogidas expresamente en la Compilación gallega de 1963 y que fueron objeto de regulación posterior en las dos Leyes de Derecho civil de Galicia de 1995 y 2006. En relación a las características de dichas instituciones, con amplias referencias bibliográficas, vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado* cit., especialmente, pp. 223 ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *La compañía familiar gallega. Una historia*, Santiago de Compostela, Andavira S.L., 2017.

las exigencias planteadas por el TC, utilizando el criterio de la denominada "conexión orgánica" y de los principios informadores del Derecho civil o foral propio, establecer una posible conexión de las mismas con la regulación de la adopción que se pretendía introducir.

Tras las consideraciones realizadas en torno a la "casa" y la "compañía familiar gallega", el TC procede a analizar la pervivencia de otras instituciones también alegadas por los Letrados autonómicos, en concreto, las relativas al "prohijamiento (afillamento)" o "perfilación (perfilatio)" y las "casas de acogida", figuras éstas, en este caso, ajenas al texto legal, como, sin embargo, ocurría en el caso de las anteriormente referidas.

En cuanto a las denominadas "casas de acogida", la consideración por parte del TC de las mismas como instituciones pertenecientes al ámbito del derecho público en base a su incardinación desde el punto de vista competencial en "materia de asistencia social" y promoción del desarrollo comunitario, incidiendo en las "funciones atribuidas a las "entidades públicas" mencionadas en la Ley orgánica 1/1996, de protección del menor", descartando por ello que su antigua normativa acredite "la existencia de costumbres relativas a la adopción" –que es lo que, en el fondo, restrictivamente, está solicitando el TC: "acreditación de costumbres relativas a la adopción" y no meramente de otras conexas con ella(50)–, tampoco parece ser un argumento suficientemente consistente para defender el razonamiento sostenido, dado que, como indica García Rubio(51) la protección de los menores no es una cuestión exclusiva ni del Derecho público, ni del Derecho privado, ni lo ha sido nunca, como demuestran los antecedentes históricos de la figura de la adopción en el Derecho español(52). Es más, actualmente nadie duda de que la adopción

(50) Así lo entiende GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p.22, cuya opinión compartimos.

(51) GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p. 21 s.

(52) Sobre la adopción y diversos aspectos histórico-jurídicos de la misma, calificada por CASTÁN, J.M., como "una vieja institución de Derecho civil hoy imbuida de sentido social", cuyos fines "a través de su larga evolución histórica se han ido modificando considerablemente" (cfr. s/v "adopción", en *Gran Enciclopedia Rialp*, Barcelona, Edit. Rialp, 1991), cfr., entre otros, con bibliografía, los siguientes trabajos de RODRÍGUEZ ENNES, L.: *Bases jurídico culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, Edit. Universidad de Santiago de Compostela, 1978; "La intervención judicial en materia de adopción a partir de la Ley de 1987", en AA.VV. (López-Rosa, del Pino Toscano eds.), *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, Huelva, Edit. Universidad de Huelva (*Collectanea* 80), 2004, pp. 629 ss.; "La adopción

de los menores de edad es también una institución destinada a ese fin protector, aunque el TC, en su STC 133/2017, parece ubicarla, esta sí, de modo instintivo y con cierta contradicción interna, en el Derecho privado.

También desde un punto de vista histórico, llama la atención la rotunda afirmación que el TC realiza en la STC 133/2017 respecto del “prohijamiento de expósitos (afillamento)” o “perfiliación (perfilatio)”, de la que, indudablemente también existe plena constancia en el ámbito antropológico gallego.

Indicar que “los usos históricamente practicados en el territorio gallego en torno al mismo, conectados a las instituciones agrícolas y familiares precitadas ‘la “casa” y la “compañía familiar gallega”’, dirigidas nuevamente al mantenimiento y continuidad de las pequeñas explotaciones agrícolas, no revelan conexión con la institución de la adopción”, sino que, “antes bien apuntan a una solución convencional, más próxima a las relaciones de trabajo o sociedad”, resulta una afirmación además de errónea, realmente sorprendente por lo que se refiere a la aproximación del “prohijamiento” más a las “relaciones de trabajo o sociedad” que a la adopción.

Una vez analizadas las instituciones expuestas anteriormente, el TC prosigue su razonamiento en el FJ 6 de su STC 133/2017, ocupándose de rebatir las alegaciones formuladas, en este caso por los Letrados de la Xunta de Galicia, que se apoyaban en el criterio de la denominada “conexión suficiente”, recogido en la STC 88/1993, sosteniendo la posible incardinación de la adopción con el Derecho familiar y sucesorio gallego, es decir, con sus tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias.

Para rechazar que la doctrina asentada en la STC 88/1993 pudiese servir de base, según pretendía el Letrado de la Xunta de Galicia en relación con la adopción –concretándola en “el hallazgo de alguna norma o institución gallega que de alguna forma incida, siquiera remotamente, o incluso de forma tácita en las relaciones familiares”–, el TC argumenta que dicha Sentencia (la señalada STC 88/1993) que a este respecto se invocaba, “no permite deducir tal conclusión”, porque se refiere “a un precepto que “no pretende establecer, claro está, un régimen jurídico completo de la adopción”, lo que lleva a dicha Sentencia a analizar la conexión con el Derecho aragonés, exclusivamente, desde el punto de vista de *status fami-*

romana: continuidad y discontinuidad de un modelo”, en AA.VV. (Periñán Gómez coord.), Madrid, Marcial Pons Edic. jurídicas y sociales, 2010, pp. 317 ss.

liae del adoptado”, además de que “el fundamento jurídico 3 de la misma claramente refiere la competencia, ex artículo 149.1.8 CE, a la regulación por las Comunidades Autónomas de ‘instituciones conexas con las ya reguladas’.

A nuestro juicio, la expeditiva interpretación que el TC realiza en los términos indicados de las cuestiones planteadas en la STC 88/1993 que se acaban de referir, no resulta ni convincente para justificar la inaplicación de la doctrina sentada en la misma –en los términos en los que la entendemos y hemos venido exponiendo a lo largo de este escrito–, ni determinante para negar la pretendida conexión del Derecho familiar y sucesorio de Galicia –por lo argumentado anteriormente–.

Y decimos esto porque, si bien en la STC 88/1993, efectivamente –como señala el TC en su STC 133/2017– no se está tratando propiamente de la introducción *ex novo* de un “régimen jurídico completo” relativo a la adopción –como ciertamente se pretende hacer en la citada STC 133/2017, y así lo reconoce el propio TC–, sino, más bien, de la introducción de un aspecto concreto, relativo a los efectos de la adopción respecto al *status familiae* del adoptado –que, lógicamente por ello, al no plantearse en el recurso tal cuestión relativa una “futura normación autonómica aragonesa en materia de adopción”, el TC “descarta pronunciarse” sobre la misma–, en dicha STC 88/1993 se están señalando, no ya solamente para el caso concreto planteado en la misma, sino también, con carácter general, los criterios a tener en cuenta para poder entender cuándo el “desarrollo” de la normativa en materia civil llevado a cabo por la Comunidad Autónoma de que se trate resulta correcto y, por tanto, adaptado o acorde con las previsiones establecidas constitucionalmente.

En este sentido, en el FJ 3 de la STC 88/1993 se procede a establecer una “relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón”, indicando que la misma “existe” y que por ello “legítima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón” (53).

(53) Destaca GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p.17 y nt. 22, que esta incardinación en un conjunto tan amplio como el llamado Derecho familiar y sucesorio propio del territorio en cuestión, a que se alude en la STC 88/1993, también se reitera en la STC 156/1993 y en las más recientes SSTC 95/2017, 40/2018 y 41/2018.

A partir de lo indicado, cabe entonces formularse la siguiente pregunta: si para Aragón, que es una Comunidad Autónoma que, al igual que Galicia, contaba con una Compilación vigente en el momento de aprobación de la Constitución española de 1978, se podía establecer una conexión entre la adopción –aunque lo fuese “en un aspecto general de sus efectos”– y un conjunto tan amplio como su Derecho foral –y, más en concreto, con el Derecho familiar y sucesorio de esta Comunidad Autónoma–, ¿por qué, entonces, se niega, de entrada y de manera tan terminante por el TC la posibilidad de cuestionarse dicha conexión entre la adopción –en este caso entendida en su regulación general– y el Derecho familiar y sucesorio de Galicia?; ¿quizá sólo, simplemente –como parece intuirse por lo indicado en la STC 133/2017–, porque en un caso – el referido a la STC 88/1993– se pretende introducir singularmente un precepto relativo a un aspecto concreto conectado con la adopción, frente a otro –el de la STC 133/2017– en el que se pretende la introducción de un régimen completo atinente a la regulación de dicha institución?

También en este punto, cabe volver a recordar, una vez más, que en la STC 88/1993 lo que se está pidiendo en su FJ 3 es que “se regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación ‘con la vigente en la fecha de la Sentencia que se dicta’ dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral”, es decir, respecto del ordenamiento de que se trata, “en conexión con el contenido de su Derecho civil propio” (FJ 5), con referencia “a las relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil aragonés propio” (FJ 4). En definitiva, como ya se ha indicado *supra*, la idea de “conexión suficiente” con las normas civiles precedentes que se acoge en la STC 88/1993 no es exclusivamente la de la “conexión institucional” –conexión entre dos instituciones concretas: la ya existente y la que se pretende introducir–, como interpreta el TC en el FJ 6 de su STC 133/2017, sino la “conexión orgánica”, más amplia que la anterior, y referida al conjunto del ordenamiento, incluidos los principios informadores del mismo(54).

El caso es que el TC, en base a las consideraciones que se acaban de exponer y analizar, “y ante la ausencia de otros datos”(55), sin embargo, concluye, de forma terminante, procediendo a “constatar que no se ha acreditado de forma fehaciente por las partes interesa-

(54) Vid., en este sentido, GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p.18.

(55) Cabría preguntarse cuáles son esos “otros datos” a que hace referencia el TC, pero que no refiere.

das, la existencia de costumbres relativas a una forma específica de adopción u otra institución similar en el territorio gallego al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución”, y que, por ello, “se ha de afirmar que el legislador gallego, al regular la adopción no está codificando una antigua realidad existente sino innovando su Derecho, para lo que en este caso no posee competencia...”, aludiendo para ello, ahora sí, y paradójicamente –porque, como ya se ha dicho, no parece haberlos tomado anteriormente en consideración– a los “principios informadores peculiares del Derecho foral”, en atención a los cuales, según el TC, “las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil especial o foral regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta”.

El TC elude, sin embargo, entrar a valorar, como solicitaba la parte recurrente, la cuestión relativa a si la normativa impugnada en materia de adopción –arts. 27 a 41 de la LDCG de 2006– fuese o no una reproducción de la normativa estatal en la materia, limitándose a remitir a la doctrina sentada al efecto en las SSTC 341/2005 y 135/2006, justificando dicha decisión por entender que la misma resultaba “irrelevante” para el pleito, al haber llegado, tras el análisis efectuado y en base a los razonamientos indicados, a la conclusión de que los arts. 27 a 41 de la LDCG de 2006 son inconstitucionales

4. El rechazo al posible fundamento de la autotutela en la situación de ausencia no declarada y a su conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia

Por lo que se refiere a las normas relativas a la autotutela (56), el TC se refiere, en este caso, en el último de los FJ de su STC 133/2017 a su posible “conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia”, por una parte; y, por otra, más en concreto, a la “situación de ausencia no declarada”(57).

(56) En relación a la Propuesta de regulación de la autotutela, formulada en su momento en el Texto de la Propuesta de reforma de la LDCG por la denominada Comisión Superior para el estudio del desarrollo del Derecho civil gallego, así como durante la celebración del III Congreso de Derecho gallego, vid., con carácter informativo, RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., “Panorama del Derecho de personas y familia en el Derecho civil de Galicia”, cit., p.666 S.

(57) GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p.17, nt.25 resalta respecto a la situación de ausencia no declarada que se trata de una figura introducida por el

En cuanto a la pretendida “conexión ‘de la autotutela’ con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia”, es de observar que el TC las descarta alegando que, aunque en el Derecho civil de Galicia –en este caso en referencia, no ya a la Compilación de 1963, sino a la LDCG de 2006(58)– “se prevé un sistema sucesorio (arts. 209 a 213 de la Ley 2/2006), e incluso especiales disposiciones testamentarias a favor de las personas que cuidaron del testador (arts. 203 y 204 de la Ley 2/2006), ninguno de ellos puede rectamente considerarse un instrumento de autoprotección de la persona, a los que la autotutela venga a sumarse con un natural encaje, como facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses”.

En virtud de lo expuesto, da la impresión de que el TC considera que el “natural encaje”(59), en una interpretación que cabría considerar como muy particular, quizá se daría –y esto es sólo una suposición– cuando resultase posible encontrar en el ordenamiento jurídico civil gallego alguna “especialidad”, es decir, alguna “institución” –paradójicamente recogida en la Ley de 2006, o en normas coetáneas con ella, y no necesariamente vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución española, como se demanda para el caso de la adopción de forma insistente, reiterativa y excluyente– referida a la “facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses” que se pudiese “rectamente” considerar como “instrumento de autoprotección de la persona”, y con la que se pudiese conectar la autotutela. Nuevamente el TC parece, por tanto, al estar exigiendo, en esencia, en este caso concreto, una “conexión institucional” y no “orgánica”, que es la que supuestamente se solicita.

Respecto a la posible conexión existente entre la autotutela y la concreta institución de la “situación de ausencia no declarada”, cabe indicar que el TC vuelve a juzgar su conexión no ya con instituciones o costumbres vigentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución, como hizo en el caso de la adopción, sino con otras contenidas en la vigente LDCG de 2006, o con los “poderes para el

legislador gallego en la LDCG de 1995, sin que existiese precedente directo alguno de aquella.

(58) Vid. nt. 43 del presente trabajo.

(59) Expresión ésta, por lo demás, ciertamente críptica, respecto a la que GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p. 18, manifiesta que no sabe muy bien qué significado otorgarle, así como que “no parece exactamente lo mismo que la ‘conexión suficiente’ reclamada por la STC 88/1993 y por otras posteriores”.

cuidado de la salud o instrucciones previas”, reguladas en el vigente Derecho civil, tanto estatal –Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, desarrollada por RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal–, como autonómico gallego –Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes–, conectándose en definitiva con instituciones o normas postconstitucionales.

Tampoco parecen acertadas las consideraciones que el TC realiza para descartar la conexión entre la autotutela y los aludidos “poderes para el cuidado de la salud o instrucciones previas” (60), la regulación las declaraciones de voluntad anticipadas y del consentimiento por sustitución, previstos en la Ley gallega 3/2001.

En este sentido, el TC, aunque reconoce, con ciertas dudas, que, “si bien la regulación de las declaraciones de voluntad anticipadas ‘recogidas en la Ley gallega 3/2001’... es quizá la que más relación puede tener con el instituto de la autotutela”, sin embargo, afirma que “no se aprecia vinculación alguna, y tampoco se esgrime que la tenga, ni con sus costumbres o principios tradicionales”, descartando, por tanto, que pudiesen servir para legitimar la competencia de la Comunidad Autónoma gallega para regular la institución de la autotutela, y ello por considerar –volviendo a recurrir, como en el caso de la adopción, a un argumento meramente formal– que dichas declaraciones no pertenecerían al ámbito civil, sino que “antes bien, se trata de desarrollo competencial en materia de sanidad, de conformidad con el artículo 33 EAG y con el artículo 148.1.21 CE, en

(60) El Magistrado Conde-Pumpido, en su Voto particular a la STC 133/2017, entiende que “las consideraciones vertidas sobre la pretendida naturaleza administrativa o asistencial de la regulación gallega de la autotutela están completamente fuera de lugar: en primer lugar, porque la discusión sobre el encuadramiento material de la regulación controvertida sólo sería relevante si la Comunidad Autónoma de Galicia careciera de competencias legislativas en esas otras materias, lo que no es el caso; en segundo lugar, porque las partes coinciden en el encuadramiento material de los preceptos impugnados y la propia Sentencia ha dado por bueno ese encuadramiento en el fundamento jurídico 4, sin que proceda arrojar dudas sobre ese encuadramiento cuando se trata de relacionar la regulación de la autotutela con las instituciones consuetudinarias gallegas; en tercer lugar, porque una regulación similar sobre la autotutela se incluye pacíficamente en el Código civil de Cataluña y, por tanto, se fundamenta sin discusión en la competencia legislativa autonómica en materia civil”.

paralelismo a la relación ya advertida entre la tutela administrativa y la asistencia social con fundamento en los artículos 27.23 EAG y 148.1.20 CE”.

Es decir, que, en esencia –y esto es lo que parece estar señalando el TC–, nos encontramos ante normas de Derecho público y no de Derecho civil, considerando al respecto que una norma que permite a una persona otorgar poderes sobre la toma de decisiones en materia de cuidados de su salud para el caso de que el otorgante no pueda tomarlos por sí mismo, no pertenece al ordenamiento civil, porque no está en un texto legal como la Compilación o la LDCG, sino en otro texto distinto, que, puesto que se trata de temas relacionados con la salud, pertenece al ámbito sanitario, es decir, al Derecho público (61).

Al respecto cabe señalar que lo que condiciona la calificación de una institución como de Derecho público, o de Derecho privado, no es la norma en que se inserta, sino, más bien, la estructura y función que la misma tenga.

Los poderes para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos (“instrumentos de autoprotección de la persona”, en palabras del TC), basados en la autonomía de la voluntad de la persona

(61) Se manifiesta totalmente en desacuerdo con esta postura sostenida por el TC, y es ésta una opinión que suscribimos, GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p.24, indicando al respecto que “pocos discutirán que las instituciones jurídicas son lo que son en virtud de su estructura y su función y no en razón de la concreta ley en la que se inserten; también que los poderes para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos, basados en la autonomía de la voluntad de la persona y en su poder de decidir sobre sus asuntos, exactamente igual que la autotutela (la cual, por cierto, también puede implicar poder para el cuidado de la salud, si el interesado así lo expresa), y eso tanto si se incluyen en una ley llamada civil, como si lo hacen en otra que tenga un apellido sanitario u otro cualquiera”. Por su parte, el Magistrado Xiol Ríos, en el p.6 de su Voto Particular a la STC 133/2017, señala al respecto que “debo dejar constancia de mi disconformidad con la argumentación dada por la doctrina mayoritaria, que entiende que la figura de la autotutela debe encuadrarse competencialmente en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) y que tiene su apoyo en la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, desarrollado por Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero por el que se regula el registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Pues bien, con el máximo de los respetos hacia quienes sostienen este argumento, soy de la opinión de que la autotutela es indubitadamente una institución de naturaleza civil y, en consecuencia, rige para ella el artículo 149.1.8 CE y ha de incluirse en su ámbito natural que es el Derecho de la persona”.

(como la autotutela) y en su poder de decidir sobre sus asuntos ("facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses"), también como la autotutela (que asimismo puede implicar poder para el cuidado de la salud, si es que el interesado así lo expresa-se), y eso, tanto si se incluyesen en una ley llamada civil, como si lo hiciesen en otra que tuviese la denominación de sanitaria, o distinta de las indicadas(62).

Finalmente, en cuanto a las situaciones de ausencia no declarada, reguladas en la LDCG de 2006, el TC, vuelve a apelar en su STC 133/2017, para negar su posible conexión con la autotutela, a argumentos que cabría volver a calificar como excesivamente formalistas, alegando que, mientras que "la autotutela permite a la persona autorregular sus intereses para el caso de que en el futuro se vea impedida de gobernarse por sí misma. En la segunda, situación legal de ausencia, es la propia ley la que arbitra el mecanismo de protección, no estando presente, ni en juego el principio de autonomía de la voluntad o del libre desarrollo de la personalidad". Es decir, que su origen legal le privaría de cualquier conexión con la autotutela, basada en la autonomía de la voluntad y en el libre desarrollo de la personalidad, lo cual, si bien puede ser cierto, no excluye, en nuestra opinión, poder encontrar la conexión, utilizando un criterio más laxo para ello en la circunstancia de que, con ambas figuras, se pretende, en el fondo, lo mismo: ofrecer una adecuada protección patrimonial a las personas que no están en situación de procurársela a sí mismas(63).

(62) GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p. 25 s.

(63) Sin embargo, el Magistrado Xiol Ríos, en el punto 6 de su Voto Particular, sí aprecia dicha conexión, indicando al respecto que: "puede decirse sin temor a equivocarse que la autotutela naturalmente guarda relación con las disposiciones de última voluntad que no son otra cosa más que las previsiones hechas por el testador para después de su fallecimiento y que en el caso de Galicia debe incardinarse, ya en primer lugar, en su Derecho sucesorio", además de que "el fundamento de esta institución 'la autotutela' coincide también con el de la situación de ausencia no declarada judicialmente regulada ya en la derogada Ley gallega de 1995, que tiende a ofrecer una adecuada protección patrimonial a las personas que no están en situación de procurársela por sí mismas, bien por estar ausentes, como en la situación de ausencia no declarada –situación histórica notoria en Galicia–, o bien porque la persona intuye que en el futuro no estará en condiciones de gobernarse por sí misma. Se trata, en consecuencia, –como afirma el Letrado de la Xunta de Galicia– de un "simple paso posterior dado por el legislador gallego, al amparo de su competencia sobre el derecho civil propio, con la finalidad de seguir completando la protección personal y patrimonial

V. CONCLUSIONES

El análisis de los argumentos utilizados por el TC en su STC 133/2017 confirma la existencia de un *ius controversum* en cuanto a los criterios empleados por el Alto Órgano jurisdiccional para resolver las cuestiones interpretativas planteadas respecto al que se ha calificado como “intrincado” art. 149.1.8 CE en materia de competencias relativas a la legislación civil asumida por las distintas Comunidades Autónomas.

En esta Sentencia el TC sigue, frente a los planteamientos utilizados en otras resoluciones dictadas en la materia, ya fuesen anteriores –SSTC: 88/1993; 156/1993; 95/2017– o posteriores –SSTC 40/2018; 41/2018–, un criterio de “conexión suficiente” más estricto que el empleado en las mismas.

El TC, al realizar su argumentación en dicha Sentencia, recurre indistintamente en atención a las alegaciones de la recurrida, tanto al criterio de la denominada “conexión institucional”, como al de la “conexión orgánica”. En relación a esta última, en nuestra opinión, de una forma que cabría calificar como un tanto “sui generis”, con la finalidad de rebatirlas.

Respecto a la “conexión institucional”, además de llamar la atención el diverso momento temporal exigido por el TC en relación a las dos instituciones cuestionadas –adopción y autotutela– con las que se exigen conectar –para la adopción se pide una conexión con costumbres o instituciones efectivamente subsistentes en Galicia ya en 1978 y supuestamente subsistentes en el momento de aprobación de la Ley en que se contenga la nueva institución; en la autotutela se olvida la prescripción anterior, al plantearse la conexión de la nueva institución que se pretende introducir con la normativa vigente (LDCG de 2006) y con otras normas civiles autonómicas o estatales–, también resulta significativo el rigor formalista que establece el Alto Órgano jurisdiccional en cuanto a la prueba de dichas costumbres con las que se pretende conectar la adopción(64), así

de las personas con una nueva institución conexas con otra anterior, como lo es la autotutela en relación a la ausencia no declarada”.

(64) Vid. las críticas formuladas al respecto en sus Votos particulares a la Sentencia 133/2017 por los Magistrados discrepantes, Xiol Ríos (punto 5), por considerar que “la exigencia de prueba de la costumbre, en caso de ser necesaria, lo sería para la conservación del Derecho civil existente, pero no para el desarrollo del mismo”, y, más amplia y detalladamente, Conde-Pumpido, (punto 2), al entender que “no se puede equiparar la exigencia de que la competencia legislativa autonómica en materia civil se vincule al derecho consuetudinario existente en la Comunidad Autónoma, por un

como su desconocimiento respecto de las características definitorias de dichas costumbres⁽⁶⁵⁾, apreciable al realizar la valoración de las mismas, justificando sorprendentemente la inexistencia de conexión por entender que algunas de esas instituciones con las que se pretenden conectar la adopción o la autotutela, se encuadran o sitúan en ámbitos distintos del propio del Derecho civil, como, por ejemplo, en el relativo a la asistencia social (en el caso de las “casas de acogida”), al de las relaciones de trabajo o sociedad (supuesto del “prohijamiento” o “perfiliación”), o fuera del principio de la autonomía de la voluntad o libre desarrollo de la personalidad (caso de la “situación de ausencia no declarada judicialmente”)⁽⁶⁶⁾.

lado, y el requisito de la prueba de la existencia de la costumbre como presupuesto de su aplicación judicial, por otro”, puesto que “se trata de dos cuestiones claramente diferenciables que operan en ámbitos muy distintos del ordenamiento jurídico, la distribución de las competencias legislativas y la aplicación judicial de las normas: en un caso se trata de comprobar un cierto grado de conexión del ejercicio de competencia legislativa autonómica con el derecho consuetudinario de la Comunidad Autónoma, en el otro de probar la existencia y contenido de la costumbre que se invoca ante el juez y cuyo conocimiento no puede serle exigido (art. 1.3 del Código civil; CC). Es claro que tales exigencias responden a finalidades muy distintas y que, por tanto, los estándares probatorios no tienen que ser equivalentes. Al ejercicio de la competencia autonómica en materia civil por el Parlamento de una Comunidad Autónoma no puede exigírsele con respecto a la conexión con el derecho consuetudinario propio el mismo estándar probatorio que se le exige a un particular que pretende la aplicación judicial de una norma consuetudinaria en un litigio. Debe ser suficiente una base probatoria, reunida mediante referencias doctrinales, jurisprudenciales, notariales, histórico-jurídicas, antropológicas, etnográficas o, incluso, literarias (...) las leyes gallegas que incorporan instituciones jurídico-privadas al derecho escrito han de gozar de la presunción de constitucionalidad que caracteriza a todo acto legislativo y, por lo tanto, si respetan los límites materiales que establece el artículo 141.1.8 CE, esa presunción solo podría desvirtuarse cuando se apreciase una carencia manifiesta de normas consuetudinarias referidas a, o conectadas con, el objeto de regulación. Más aún si se trata de leyes que traen causa de iniciativas legislativas auspiciadas desde foros de expertos, como fue el III Congreso de Derecho civil gallego de 2002, que instó por unanimidad a regular la autotutela, y esas iniciativas legislativas fueron aprobadas, como ocurrió en el presente caso, en el Parlamento de Galicia por unanimidad”. A los razonamientos indicados, cabe añadir, en un sentido similar, el formulado por GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, pp.18 ss.

(65) Vid. al respecto lo indicado en los Votos particulares formulados a la Sentencia, respectivamente, por Xiol Ríos (puntos 5 y 6) y Conde-Pumpido (punto 2 b).

(66) Según Conde-Pumpido (Voto particular, punto 2 b): “Estas afirmaciones de la Sentencia, que resultan determinantes para negar la necesaria conexión de las regulaciones impugnada con unas instituciones consuetudina-

Por lo que se refiere a la “conexión orgánica”, aun cuando parece tomarse en consideración en la STC 133/2017, el recurso a la misma por parte del Tribunal se hace, a nuestro juicio, con una interpretación muy particular y de una forma muy restringida, olvidando –por no decir, omitiendo– los principios generales del Derecho civil gallego. Además, los criterios utilizados por el TC para valorar la posible conexión sistemática de las instituciones que se pretenden introducir no ya con otras concretas, sino, más propiamente, con el citado Derecho civil gallego considerado en su conjunto resultan excesivamente restrictivos y formalistas.

En nuestra opinión, la introducción de la adopción en el ordenamiento jurídico-civil gallego quizá podría haber encontrado su justificación recurriendo además de a diversas antiguas figuras concretas consuetudinarias gallegas aquí expuestas⁽⁶⁷⁾ (“conexión institucional”), también a los principios generales del Derecho civil gallego (pensamos fundamentalmente en el principio de “unidad y mantenimiento de la casa”) y a su conexión sistemática con el Derecho civil de Galicia, considerado en su conjunto, (“conexión orgánica”), pero utilizando al respecto una interpretación más laxa, como el TC ha hecho en otras Sentencias relativas a otras Comunidades Autónomas.

También el recurso a la realidad social⁽⁶⁸⁾ entendemos que podría servir como otro referente justificativo más para la autotutela.

rias, denotan una concepción individualista ajena a los Derechos forales y más propia del régimen del Código civil, y no se sustentan en estudio especializado alguno: contradicen el entendimiento mayoritario de los juristas y antropólogos, que las consideran instituciones familiares o relacionadas con estrategias sucesorias y familiares dirigidas a conservar la unidad de la casa”. En relación al proceso histórico de formación, contenido y desarrollo de las peculiaridades jurídico-civiles de Galicia, vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado. Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido*, Andavira Editora S.L., Santiago de Compostela 2012; Sobre las necesidad por parte de los juristas de recurrir a la Antropología al tratar aspectos relativos tanto al pasado como al presente y al futuro de la experiencia jurídica gallega, vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P. y RAMOS BLANCO, J. L., “La Antropología desde el Derecho: Derecho consuetudinario gallego y Etnografía”, *Revista de Antropología Social* 24 (2015), Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 189 ss.

(67) En relación a algunas de las cuales, no obstante, resulta posible apreciar la dificultad de la prueba de su vigencia en el momento actual.

(68) A la misma alude en su Voto Particular (punto 1) Xiol Ríos. Respecto a la realidad social como canon de la interpretación de las normas, cfr., por todos, los interesantes trabajos, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales, de PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: “Un apunte sobre la realidad

En este sentido, el progresivo envejecimiento de la población gallega, como evidente “circunstancia de la realidad gallega”, así como la necesidad de salvaguardar al máximo la voluntad, deseos y preferencias de las personas que, previendo no encontrarse en situación de decidir por sí mismas en el futuro, eligiesen un tutor para gestionar sus intereses personales y patrimoniales, pensamos que sería un argumento de peso para poder defender la constitucionalidad de la incorporación de la autotutela en la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006.

Finalmente, cabe indicar que, en atención a la evidente inseguridad jurídica que plantea en el ámbito interpretativo del complejo art. 149.1.8 CE la utilización del criterio de la “conexión suficiente”, al que se recurre de una manera tan diferente en unas y otras Sentencias por parte del TC, y ante la inexistencia de una genuina argumentación jurídica cerrada sentada por el Alto Órgano jurisdiccional que pudiese servir para interpretar con alcance general el artículo indicado, resulta obligado concluir con García Rubio (69) que “norma y procedimiento precisan de una modificación profunda y suficientemente audaz como para hacer viable un verdadero sistema plurilegislativo en materia civil. Un sistema que sea eficiente y que, además, sea equitativo, algo que a día de hoy dista mucho de otearse en el horizonte”.

social en cuanto canon de interpretación de las normas”, en AA.VV. *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, I., Madrid, Consejo General del Notariado, 2002, pp. 469 ss.; *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Madrid, Edit. Colex, 2005; “La realidad social como canon de interpretación de las normas”, en AA.VV. (coord. de Pablo Contreras) *Curso de Derecho civil*, I, (*Derecho privado y Derechos subjetivos*), Madrid, Edisofer S.L., 2016, pp. 135 ss.

(69) GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p.37 s.

BREVE COMENTARIO AL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN LA LEGISLACIÓN CATALANA

Alfonso Romero y Carrillo de Mendoza

Resumen: Se explora el concepto del Derecho de Transmisión, desde su origen en el derecho Imperial Romano hasta su regulación en el Libro IV del CCC, con especial atención a su deslinde histórico con el derecho a deliberar, asimismo se recogen las principales diferencias prácticas entre las tesis mayoritarias de adquisición directa o la de la doble transmisión, recogiendo la consolidación Jurisprudencial y dogmática de la Tesis de la Adquisición directa en el moderno derecho foral catalán con algunas Sentencias y Resoluciones de interés.

Palabras clave: derecho de transmisión, derecho civil catalán, teoría de la adquisición directa y teoría de la doble transmisión.

Abstract: The concept of the Right of Transfer is explored, from its origin in Roman Imperial law to its regulation in Book IV of the Catalan Civil Code, with special attention to its historical demarcation with the right to deliberate. The main practical differences between the majority theories of direct acquisition and double transfer are also included, reflecting the case law and dogmatic consolidation of the Theory of Direct Acquisition in modern Catalan regional law, with some Judgments and Rulings of interest.

Key words: transfer law, Catalan civil law, theory of direct acquisition and theory of double transfer.

El Derecho de Transmisión, entendiéndolo como aquel que tienen los herederos de un llamado que muere antes de aceptar o repudiar a aceptar o repudiar en su lugar, es una figura cuya incorporación al Derecho Civil Catalán hay que encontrarla de acuerdo a su tradición histórica en el Derecho Romano, así en el Derecho Romano Clásico no hubo necesidad de regular la institución del derecho de transmisión dado que los Herederos adquirirían la herencia de manera automática, salvo excepciones, por el solo hecho de la delación en su favor, sin embargo durante el periodo clásico también se fueron dando algunos casos que hicieron necesarios arbitrar mecanismos que permitirían a los herederos de un heredero premuerto adquirir la herencia que a aquel estaba destinada, señaladamente la transmisión *ex capite infantiae*, pensada para el caso de que el heredero no pudiera heredar por haber muerto durante su minoría de edad, o el previsto en la Constitución de Teodosio del año 450 para los descendientes de un descendiente intermedio muerto antes de la apertura del Testamento de un ascendiente común, esta solución fue reconocida y ampliada por el Emperador Justiniano en su Constitución de 529 (Codex 6,30,19) en que además de confirmar la Constitución de Teodosio, modifica el Derecho de Deliberar y en su seno introduce el germen de lo que acabaría siendo el Derecho de Transmisión. Así cuando en caso de que un llamado se halle ejerciendo dicho derecho a deliberar y muera en el plazo de un año desde la delación en su favor pueden sus herederos continuar esta deliberación sobre si aceptar o repudiar la herencia a que aquel estuviera llamado en el plazo que reste para completar el año que aquel tuvo para deliberar y si finalmente así lo quieren adirse a la misma, teniendo para ello el plazo de un año el "anna spatium". Nótese que al menos en esta génesis de la institución parece que es más propia con la figura una doble transmisión que una transmisión directa. Sin embargo en la Novela 158 del año 544 el derecho justiniano evoluciona y dota de mayor contenido a este derecho de transmisión, que significara la posibilidad de aceptar o repudiar sin estar sujeto al *annale spatium*.

En cuanto a Cataluña, se suia por doctrina la postura tradicional del Derecho Civil Romano, integrando el Derecho de Transmisión en el Derecho de Deliberar, y es con el proyecto de 1955 cuando se da un salto conceptual y se separan nítidamente ambas Instituciones a partir de ese momento la legislación posterior de la Institución va a decantarse con claridad hacia una sustantividad propia.

Así en la **Compilación del Derecho Civil de Cataluña**, se establecía en cuanto al Derecho de Transmisión: "**Art. 258.** Fallecido

el heredero sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, **el derecho a suceder en ella mediante su aceptación y el de repudiarla se transmitirá siempre a sus herederos.**

Los herederos del heredero que hubiese fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia podrán aceptar ambas herencias, pero no aceptar la primera y repudiar la segunda. De ser varios los herederos que acepten la segunda herencia, cada uno de éstos podrá aceptar o repudiar la primera, independientemente de los demás, y con preferente derecho de acrecer entre ellos.

El legitimario, legatario o fideicomisario que después de deferirse su derecho de legítima, legado o fideicomiso falleciese sin haberlo renunciado ni aceptado, lo transmitirán siempre a sus herederos."

En lo que respecta al **Código de Sucesiones: Art. 29**. Fallecido el llamado sin haber aceptado ni repudiado la herencia, el **derecho a suceder mediante su aceptación y el de repudiar serán transmitidos siempre a sus herederos.**

Los herederos del llamado que hubiera fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia podrán aceptar ambas herencias, pero no aceptar la primera y repudiar la segunda. En caso de ser varios los herederos que acepten la segunda herencia, cada uno de ellos podrá aceptar o repudiar la primera, independientemente de los otros, y con derecho preferente de acrecer entre ellos.

El legitimario, legatario o fideicomisario que después de serle deferido el derecho de legítima, legado o fideicomiso, falleciera sin haberlo renunciado ni aceptado, lo transmitirá siempre a sus herederos.

Y en el **Libro IV del CCC Artículo 461-13. Derecho de transmisión.**

1. Si el llamado muere sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, **el derecho a suceder mediante la aceptación de la herencia y el de repudiar se transmiten siempre a sus herederos.**

2. Los herederos del llamado que haya muerto sin haber aceptado ni repudiado la herencia la pueden aceptar o repudiar, pero solo si previamente o en el mismo acto aceptan la herencia de su causante. Si los herederos que aceptan esta segunda herencia son diversos, cada uno de ellos puede aceptar o repudiar la primera, independientemente de los demás, y con derecho preferente de acrecer entre ellos.

Como nos resume GARCÍA VILA en su artículo "*Breves Notas sobre la Transmisión del Ius Delationes en el Derecho Civil Catalán*" y

posteriormente reitera en su obra "*Los Legados en el Código Civil de Cataluña*" la cuestión esencial es determinar a quién hereda el Transmisario, dado que es la clave de bóveda para ver si la herencia objeto del derecho de transmisión pasa directamente del primer causante al Transmisario, en cuyo caso será necesario que este reúna los requisitos de idoneidad para con transmitente y primer causante o si por el contrario solo es preciso que tenga la capacidad de heredar a su causante inmediato, en cuyo caso aquella herencia se integrara en la Herencia de su causante inmediato.

Como es sabido dos son las corrientes doctrinales mayoritarias que han tratado de fundamentar el Derecho de Transmisión en derecho común y sobre la base del Art. 1006 CC

De un lado la representada por *Lacruz o García García*, que entienden que el derecho de transmisión únicamente lleva la herencia yacente al patrimonio del primer llamado, en definitiva, se trata de llevar la herencia a donde el primer causante había querido y solo desde la herencia del transmitente en cuyo seno se ha integrado la misma se transmite a los Transmisario

Por contra *Albadalejo* defendió que la dicción "el mismo" era exactamente eso, el mismo derecho y por tanto el de aceptar o repudiar directamente la herencia del primer causante, lo que llevaba a que la herencia del primer causante no llegara a integrarse en el patrimonio del transmisario.

A los efectos de este breve comentario nos centraremos en el derecho catalán, en el mismo como nos indica de nuevo *García Vila*, la cuestión de la Capacidad aparece recogida explícitamente al establecer el CCC

Artículo 412-8. Efectos de la indignidad y la inhabilidad.

3. La indignidad es personalísima y no afecta a los hijos o descendientes del indigno que sean llamados a la sucesión. **La indignidad del Transmisario respecto al causante determina la ineficacia del derecho de transmisión.**

En opinión de dicho Autor, y de la actual doctrina mayoritaria y prácticamente unánime de Cataluña, el "Causante" al que se refiere el ap. 3 del Art 412-8 no puede ser otro que el Primer Causante, y por tanto supone la aceptación legal de un sistema de transmisión directa del primer causante al Transmisario sin integrarse esta herencia en la herencia del transmitente.

Asimismo, esta postura ha o ha sido recogida en importantes pronunciamientos de los Tribunales, así como de la DGEJ, que destacamos por su importancia Práctica, y sin ánimo de exhaustividad.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 12 de julio de 2012: importantísima por el estudio doctrinal que realiza de la institución. Estableciendo ya de manera clara y terminante en su fundamento jurídico 5º la tesis de la adquisición directa y como consecuencia de la transmisión directa de primer causante a transmisario, esta no queda gravada con sustituciones fideicomisarias impuestas al transmitente.

Resolución JUS/2137/2014, de 18 de septiembre. De la DGEJ, En un supuesto de aplicación del Código de Sucesiones la interpretación de sus artículos 29, 250, y 251 En este marco normativo, ha de prevalecer el ius transmissionis sobre la sustitución vulgar ordenada por el testador. **Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de fecha 11 de julio de 2007** Prevalece el Derecho de transmisión sobre la apertura de la sucesión Intestada.

RESOLUCIÓN JUS/RESOLUCIÓN JUS/2291/2018, de 28 de septiembre Es innecesaria la intervención en la partición de la herencia del primer causante de la viuda del transmitente, ya que al no entrar nunca la herencia de aquel en el patrimonio de este no se extiende a la misma el Usufructo Viudal que la ley reconoce al cónyuge en este supuesto de abintestato.

En cuanto a la Fiscalidad, la DGTyJ de Cataluña ha dictado la importante resolución 1/2019, que fija como fecha de devengo en relación a la herencia del primer causante cuando fallece el segundo causante y, por tanto, hay que referir a dicha fecha el valor de los bienes y el tipo impositivo aplicable así como las reducciones y bonificaciones asimismo que se tendrá en cuenta el grado de parentesco del transmisario con el primer causante.

En determinadas cuestiones es aun muy viva las discusión doctrinal sobre el derecho de transmisión y su eficacia, señaladamente en relación con los legados y el funcionamiento general de la mecánica sucesoria catalana, cuyo estudio se abordara en otros artículos con mayor detenimiento

Barcelona a 28 de Abril del Año del Señor de 2020

Derecho Fiscal



ESTUDIOS DOCTRINALES
PRÁCTICA JURÍDICA

FISCALIDAD INTEGRAL EN LAS APORTACIONES DE INMUEBLES A SOCIEDADES DE CAPITAL: IRPF, IVA, IIVTNU, IRNR, IS, ITP, IAJD, IOS, IDON

Jorge Díaz Cadórniga
Notario de Vera

Resumen: Se analiza de una manera transversal la fiscalidad de aportaciones a sociedades en constitución o aumento de capital tanto si el aportante es persona física como jurídica tanto residente como no residente, estudiando los distintos problemas jurídicos que origina en los distintos tributos que le afectan.

Palabras clave: Fiscalidad aportaciones dinerarias y no dinerarias en caso de aumento de capital y constitución de sociedades, aportaciones a sociedades distintas al aumento de capital.

Abstract: The taxation of contributions to companies being incorporated or carrying out a capital increase is analysed in a cross-cutting manner, whether the contributor is a natural or legal person, resident or non-resident, studying the various legal problems that arise from the different taxes that affect them.

Key words: Taxation of monetary and non-monetary contributions in the event of capital increases and incorporation of companies, as well as contributions to companies other than capital increases.

SUMARIO

1. APORTACIONES A SOCIEDADES EN CONSTITUCIÓN O AUMENTO DE CAPITAL
 - 1.1. Aportaciones a sociedad residente en España
 - 1.1.1. Aportación por persona física
 - 1.1.1.1. Aportación por residente fiscal

- 1.1.1.1.1. Impuesto de operaciones societarias
- 1.1.1.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
- 1.1.1.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
- 1.1.1.1.4. Impuesto sobre el valor añadido
- 1.1.1.1.5. Impuesto sobre la renta de las personas físicas
- 1.1.1.1.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
- 1.1.1.1.7. Impuesto de donaciones
- 1.1.1.2. Aportación por no residente fiscal
 - 1.1.1.2.1. Impuesto de operaciones societarias
 - 1.1.1.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
 - 1.1.1.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
 - 1.1.1.2.4. Impuesto sobre el valor añadido
 - 1.1.1.2.5. Impuesto sobre la renta de no residentes
 - 1.1.1.2.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 1.1.1.2.7. Impuesto de donaciones
- 1.1.2. Aportación por persona jurídica
 - 1.1.2.1. Aportación por residente fiscal
 - 1.1.2.1.1. Impuesto de operaciones societarias
 - 1.1.2.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
 - 1.1.2.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
 - 1.1.2.1.4. Impuesto sobre el Valor Añadido
 - 1.1.2.1.5. Impuesto de sociedades
 - 1.1.2.1.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 1.1.2.1.7. Impuesto de donaciones
 - 1.1.2.2. Aportación por no residente fiscal
 - 1.1.2.2.1. Impuesto de operaciones societarias
 - 1.1.2.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
 - 1.1.2.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
 - 1.1.2.2.4. Impuesto sobre el valor añadido

- 1.1.2.2.5. Impuesto sobre la renta de no residentes
 - 1.1.2.2.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 1.1.2.2.7. Impuesto de donaciones
- 1.2. Aportaciones a sociedad no residente en España
 - 1.2.1. Aportación por persona física
 - 1.2.1.1. Aportación por residente fiscal
 - 1.2.1.1.1. Impuesto de operaciones societarias
 - 1.2.1.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
 - 1.2.1.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
 - 1.2.1.1.4. Impuesto sobre el valor añadido
 - 1.2.1.1.5. Impuesto sobre la renta de las personas físicas
 - 1.2.1.1.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 1.2.1.1.7. Impuesto de donaciones
 - 1.2.1.2. Aportación por no residente fiscal
 - 1.2.1.2.1. Impuesto de operaciones societarias
 - 1.2.1.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
 - 1.2.1.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
 - 1.2.1.2.4. Impuesto sobre la renta de no residentes
 - 1.2.1.2.5. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 1.2.1.2.6. Impuesto de donaciones
 - 1.2.2. Aportación por persona jurídica
 - 1.2.2.1. Aportación por residente fiscal
 - 1.2.2.1.1. Impuesto de operaciones societarias
 - 1.2.2.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
 - 1.2.2.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
 - 1.2.2.1.4. Impuesto sobre el valor añadido
 - 1.2.2.1.5. Impuesto de sociedades
 - 1.2.2.1.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 1.2.2.1.7. Impuesto de donaciones
 - 1.2.2.2. Aportación por no residente fiscal

- 1.2.2.2.1. Impuesto de operaciones societarias
 - 1.2.2.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
 - 1.2.2.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
 - 1.2.2.2.4. Impuesto sobre la renta de no residentes
 - 1.2.2.2.5. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 1.2.2.2.6. Impuesto de donaciones
- 2. APORTACIONES A SOCIEDADES DISTINTAS AL AUMENTO DE CAPITAL
 - 2.1. Aportaciones a sociedad residente en España
 - 2.1.1. Aportación por persona física
 - 2.1.1.1. Aportación por residente fiscal
 - 2.1.1.1.1. Impuesto de operaciones societarias
 - 2.1.1.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
 - 2.1.1.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
 - 2.1.1.1.4. Impuesto sobre el valor añadido
 - 2.1.1.1.5. Impuesto sobre la renta de las personas físicas
 - 2.1.1.1.6. Impuesto de sociedades
 - 2.1.1.1.7. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 2.1.1.1.8. Impuesto de donaciones
 - 2.1.1.2. Aportación por no residente fiscal
 - 2.1.1.2.1. Impuesto de operaciones societarias
 - 2.1.1.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
 - 2.1.1.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
 - 2.1.1.2.4. Impuesto sobre el valor añadido
 - 2.1.1.2.5. Impuesto sobre la renta de no residentes
 - 2.1.1.2.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 2.1.1.2.7. Impuesto de donaciones
 - 2.1.2. Aportación por persona jurídica
 - 2.1.2.1. Aportación por residente fiscal
 - 2.1.2.1.1. Impuesto de operaciones societarias

- 2.1.2.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
- 2.1.2.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
- 2.1.2.1.4. Impuesto sobre el valor añadido
- 2.1.2.1.5. Impuesto de sociedades
- 2.1.2.1.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
- 2.1.2.1.7. Impuesto de donaciones
- 2.1.2.2. Aportación por no residente fiscal
 - 2.1.2.2.1. Impuesto de operaciones societarias
 - 2.1.2.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas
 - 2.1.2.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados
 - 2.1.2.2.4. Impuesto sobre el valor añadido
 - 2.1.2.2.5. Impuesto sobre la renta de no residentes
 - 2.1.2.2.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 2.1.2.2.7. Impuesto de donaciones
- 2.2. Aportaciones a sociedad no residente en España

1. APORTACIONES A SOCIEDADES EN CONSTITUCIÓN O AUMENTO DE CAPITAL

1.1. Aportaciones a sociedad residente en España

1.1.1. Aportación por persona física

1.1.1.1. Aportación por residente fiscal

1.1.1.1.1. Impuesto de operaciones societarias

La aportación está sujeta al Impuesto de Operaciones Societarias, siendo el sujeto pasivo la sociedad a la cual se realiza la aportación, el tipo del gravamen el 1% y la base imponible el valor de las aportaciones, incluido el importe correspondiente a la prima de emisión, de haberla (Art. 25.1 TRLITP).

No obstante, está exenta del citado impuesto, tal como resulta del Art. 45.I.B.11 TRLITP.

1.1.1.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

Al estar sujeta al impuesto de Operaciones Societarias, está no sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, dada la incompatibilidad absoluta entre ambos impuestos que establece el artículo 1.2 TRLITP

Aportación de inmueble gravado con una hipoteca en garantía de préstamo:

En el supuesto de que se aporte a la sociedad un inmueble gravado con un préstamo hipotecario, para determinar las consecuencias tributarias, hay que distinguir si la sociedad se subroga o no en el préstamo hipotecario.

Ha de tenerse presente que en el acto de aportación es necesario que se haga constar expresamente si la sociedad se subroga o no en el préstamo hipotecario, no siendo suficiente que en la escritura pública de aportación las partes fijen un valor para la aportación no dineraria realizada, sino que además deberá resultar claramente establecido en el título, si la sociedad receptora de la finca hipotecada se subroga *"no solamente en las responsabilidades derivadas de la hipoteca sino también en la obligación personal con ella garantizada"*, o bien *no se produce dicha subrogación* (resolución DGRN 13 noviembre de 2012).

Por lo expuesto, veamos que ocurre en cada uno de los supuestos, distinguiendo si la aportación está sujeta o no al impuesto sobre el valor añadido:

A.- Aportación de inmueble no sujeta a IVA:

A su vez hay que distinguir:

A.1.- Subrogación en el préstamo hipotecario por la sociedad receptora del inmueble:

En este caso, coexisten dos hechos imponibles:

— Uno, sujeto al impuesto de Operaciones Societarias, correspondiente al valor "neto" de la aportación, es decir, el valor del inmueble, descontando el importe de la deuda en la que se subroga la sociedad, sin perjuicio de que está exento de dicho impuesto, como hemos visto (Art. 45.I.B.11 TRLITP).

— El otro, sujeto (y no exento) al impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas, en concepto de adjudicación expresa en pago de asunción de deudas (Art. 7.2.A TRLITP). Así se venía pronunciando

do la DGT en diversas consultas (desde el año 2002, no vinculantes y desde el 2010, vinculantes), habiendo sido confirmada dicha consideración por el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de julio de 2013 (Rec. 713/2012). Consecuentemente con lo indicado, la DGT ha mantenido su criterio en el sentido indicado en la resolución a la consulta V2064-16, de 13/05/2016.

Ahora bien, **la tributación que resulta de los citados pronunciamientos están siendo objeto de revisión por el propio Tribunal Supremo**, a fin de determinar la formación de jurisprudencia sobre dicha cuestión, pues el citado Tribunal Supremo, en su Auto de 18/07/2019 (ROJ 8393/2019), expresó que procede pronunciarse para la formación de jurisprudencia *"si, a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la constitución de una sociedad cuyo contravalor consiste en la aportación de bienes inmuebles garantizados con hipoteca supone la existencia de una única operación sujeta a la modalidad de operaciones societarias (constitución de sociedad) o si, además, comprende otra operación (adjudicación en pago de asunción de deudas), sujeta a la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas por los bienes inmuebles que se entregan al asumir la deuda hipotecaria que los grava."*

Idéntico tratamiento habrá de darse al caso de **aportación de inmueble gravado con condición resolutoria en el caso de que la entidad receptora se subrogue en el pago de la cantidad pendiente** (Resolución DGT a la Consulta 0001-98, de 1/01/1998). Al analizar el supuesto de aportación de inmueble sujeto y no exento de IVA, nos plantearemos si en los supuestos de asunción de la obligación de pago de los recibos de IBI pendientes, se produce la inversión *ex lege* del sujeto pasivo.

En cuanto a la determinación de la valoración del inmueble aportado, hay que tener presente la posibilidad de que pueda realizarse por parte de la Administración Tributaria Autonómica, una comprobación de valor al amparo de lo dispuesto en el Artículo 57 de la Ley General Tributaria. A este respecto conviene hacer referencia a que numerosas Comunidades Autónomas venían realizando comprobaciones de valor de forma "automática" mediante la aplicación de coeficientes multiplicadores del valor catastral(1) o en base a los denominados precios medio de mercado(2), que determinaban el

(1) Así Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Extremadura, Galicia, Comunidad Valenciana y Canarias.

(2) Respecto a inmuebles urbanos Aragón, Baleares, Castilla La Mancha,

recurso a la tasación pericial contradictoria o a asumir un impuesto superior al debido, en caso de importes pequeños, falta de medios o simplemente evitarse una complicación.

No obstante, dichos métodos “automáticos” de determinación de valor han sido rechazados por el Tribunal Supremo en las sentencias 842/2018 y 843/2018, ambas de 23/05/2018, de las cuales resulta la siguiente doctrina, tal como extracta el notario Javier Máximo Juárez(3):

1) *El método de comprobación consistente en la estimación por referencia a valores catastrales, multiplicados por índices o coeficientes (artículo 57.1.b) LGT) **no es idóneo**, por su generalidad y falta de relación con el bien concreto de cuya estimación se trata, para la valoración de bienes inmuebles en aquellos impuestos en que la base imponible viene determinada legalmente por su valor real, **salvo** que tal método **se complemente** con la realización de una **actividad estrictamente comprobadora directamente relacionada con el inmueble singular** que se someta a avalúo*

2) *La aplicación del método de comprobación establecido en el artículo 57.1.b) LGT **no dota a la Administración de una presunción reforzada de veracidad** y acierto de los valores incluidos en los coeficientes, figuren en disposiciones generales o no.*

3) *La aplicación de tal método para rectificar el valor declarado por el contribuyente exige que la Administración **exprese motivadamente las razones** por las que, a su juicio, tal valor declarado no se corresponde con el valor real, sin que baste para justificar el inicio de la comprobación la mera discordancia con los valores o coeficientes generales publicados por los que se multiplica el valor catastral.*

*Y, en cuanto a los **instrumentos para rebatir el valor comprobado** resultante de la aplicación de dicho medio de comprobación, indica (sin que dicho criterio fuera puesto en tela de juicio por las sentencias de 6 de abril de 2017) que, además de la tasación pericial contradictoria en sede administrativa (meramente potes-*

Castilla León, Cataluña, Galicia, La Rioja, Madrid y Murcia; y para fincas rústicas Andalucía, Aragón, Castilla La Mancha, Castilla León, Cataluña, Extremadura, Galicia, Murcia y Comunidad Valenciana.

(3) Viraje jurisprudencial en comprobación de valores. El medio de coeficientes sobre valores catastrales no es por sí mismo idóneo para determinar el valor de los inmuebles en www.notariosyregistradores.com, en fecha 19/06/2018.

tativa para el sujeto pasivo), en sede jurisdiccional puede hacerse valer **cualquier medio admitido en derecho**.

Y concluye el citado autor:

*Las sentencias recientes suponen el **epitafio de dicho medio de comprobación para inmuebles** pues su aplicación directa es inhábil por sí misma para comprobar valores en los ISD e ITP y AJD, siendo en todo caso precisa una pericia adicional individual, que de suyo exige un dictamen de perito de la administración.*

*Secuela de lo expuesto es que **las órdenes dictadas en el ejercicio de su potestad reglamentaria por las CCAA** en desarrollo del medio de comprobación previsto en el art. 57.1.b) de la LGT por coeficientes sobre valores catastrales **quedan desprovistas de eficacia comprobadora**, aunque formalmente integren el ordenamiento jurídico.*

No obstante, considera la Dirección General de Tributos en la Resolución de 30 de mayo de 2019, a la Consulta Vinculante V2119-19 que dichos valores que continúan publicando las Comunidades Autónomas, sí tendrán un valor vinculante para la Administración; y en los mismos términos se ha pronunciado la sentencia 538/2019 del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2019(4).

A.2.- No subrogación en el préstamo hipotecario por la sociedad receptora del inmueble:

En este supuesto, en el cual el deudor continúa siendo el aportante, sin que la sociedad asuma deuda alguna, únicamente se pro-

(4) Lo cual constituye una buena noticia para el contribuyente, puesto que también hemos constatado que las Administraciones Tributarias autonómicas venían realizando comprobaciones de valor acudiendo a la tasación hipotecaria incorporada a la escritura de préstamo hipotecario con el que se financiaba la adquisición realizada el mismo día, cuando éstas ofrecían un valor superior al propio valor fiscal publicado por la Comunidad Autónoma, lo cual suponía un castigo adicional para el contribuyente que no disponía de fondos suficientes para la adquisición y se veía obligado a solicitar un préstamo hipotecario. Ya el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en sentencia de 5 de junio de 2019 afirmó que el valor del inmueble para la tasación hipotecaria es independiente del valor por el cual se realiza la operación de compraventa, ya que la tasación tiene por objeto otra finalidad. La Orden ECO/805/2003 distingue entre valor de mercado y valor hipotecario y a partir de dicha dualidad no puede identificarse valor real con valor de tasación hipotecaria.

En principio parece que esta Resolución de la DGT ha venido a poner coto a semejante abuso.... Veremos.

duce la sujeción al impuesto de operaciones societarias, siendo la base imponible el valor del inmueble objeto de aportación. Ello es una consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto, pues no se produce ningún tipo de asunción de deuda por parte de la sociedad (en tal sentido la DGT en Resolución a la Consulta vinculante V2356-14 de 09/09/2014).

¿Cuál es el valor de la aportación en este caso?

La citada resolución DGRN 13 noviembre de 2012 nos indica el criterio de valoración:

"...para la valoración de la aportación cuya contrapartida son las correspondientes cuentas de neto (capital y prima de emisión) no sólo deberá tenerse en cuenta el valor intrínseco de la finca aportada en sí misma considerada –mediante la aplicación del criterio o criterios que se utilicen para la valoración del mismo– sino, también, la eventualidad de una posible futura responsabilidad hipotecaria de la sociedad por deuda ajena (de socio) en el caso de incumplimiento del aportante por impago del préstamo o crédito.

...Contablemente, que esa circunstancia –responsabilidad real por deuda ajena sin asunción de crédito hipotecario– tenga o no reflejo en el balance de la sociedad depende de la calificación de la operación en Derecho contable, y en suma, de la probabilidad asignada al hecho futuro de un posible impago por el deudor aportante. Es sabido que tanto el Plan General de Contabilidad como las NIIF distinguen entre "contingencias" (reconocimiento fuera de balance con indicación en la memoria) y "provisiones" (cuenta del pasivo del subgrupo 14) según la probabilidad estimada del siniestro o evento de que se trate y, en nuestro caso, de la probabilidad del incumplimiento del socio aportante de su obligación de hacer frente al préstamo o crédito contraídos con la entidad de crédito. En todo caso, desde la perspectiva societaria, en la fijación del valor de aportación de la finca hipotecada que se contenga en la escritura, puede decidirse fijar un "descuento" respecto del valor intrínseco de la finca para cubrir la dicha "contingencia" o "eventual responsabilidad por deuda ajena" y por un importe estimado o, incluso, no realizar ningún tipo de descuento o ajuste (lo que ocurrirá si el impago, por ejemplo, se estimase como improbable: el socio deudor es manifiestamente solvente y la satisfacción puntual del crédito o préstamo hipotecario altamente probable)."

B.– Aportación de inmueble sujeta y exenta de IVA:

Tratándose de personas físicas que sean sujetos pasivos de IVA, en ejercicio de su actividad empresarial o profesional, si la aporta-

ción está sujeta y no exenta de IVA, se producirá la siguiente tributación:

B.1.- Inmueble no gravado con hipoteca:

Cabe la posibilidad de que el inmueble aportado esté sujeto y exento de IVA (pensemos en terrenos rústicos o no edificables –Art. 20.Uno.20 Ley del IVA; o en segundas o posteriores transmisiones de edificación terminada 20.1.22 de dicha Ley).

En tal caso, aunque cabría la renuncia a la exención del IVA, tal opción resultaría absurda por no estar sujeta ni a IVA la aportación ni tampoco al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

B.2.- Inmueble gravado con hipoteca:

A su vez hemos de distinguir:

B.2.1. Subrogación en el préstamo hipotecario por la sociedad receptora del inmueble:

Al estar exenta de IVA, tal como hemos visto anteriormente para el supuesto de no sujeción a IVA, si la sociedad se subroga en el préstamo hipotecario, se produciría la tributación por el concepto de Operaciones Societarias por el valor “neto” de lo aportado (valor del inmueble menos la deuda en la que se subroga) –aunque exento– y además por el impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, por el concepto de adjudicación en pago de asunción de deuda, tal como afirmó el Tribunal Supremo y la Dirección General de Tributos en la sentencia y resolución antes reseñadas(5).

En estos casos lo normal será proceder, siendo posible, a renunciar a la exención del IVA (Art. 20. Dos de la Ley del IVA)(6), que además conllevaría la inversión del sujeto pasivo (Art. 84.2 e) de la Ley del IVA).

Cabe plantearse si en tal caso se produce la sujeción al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por el valor correspondiente a la deuda en la que se subroga la sociedad, cuestión esta que trataremos en el epígrafe siguiente.

(5) Si bien, tal como hemos expuesto, esta consideración fiscal está siendo objeto de revisión, pues así resulta del pronunciamiento del Tribunal Supremo, en su Auto de 18/07/2019 (ROJ 8393/2019).

(6) Desde 1 de enero de 2015, la renuncia a la exención procederá cuando el adquirente sea un empresario o profesional que tenga derecho a la deducción total o parcial del impuesto soportado al realizar la adquisición o en función del destino previsible del inmueble adquirido.

B.2.2. No subrogación en el préstamo hipotecario por la sociedad receptora del inmueble:

No produciéndose la renuncia a la exención del IVA, la tributación es idéntica a la analizada en el supuesto A.2.

Aumento de capital y Art. 314 de la Ley del Mercado de Valores:

Quisiera plantear si con ocasión del aumento de capital en una sociedad (o reducción), pudiera producirse alguno de los supuestos de excepción a la exención del IVA o impuesto de TPO, recogidas en el Art. 314.2 de la Ley del Mercado de Valores y con ello generarse la tributación por IVA o TPO.

Por la vía del aumento de capital (o reducción) podría obtenerse *el control de una entidad cuyo activo esté formado en al menos el 50 por ciento por inmuebles radicados en España (o bien valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por ciento por inmuebles radicados en España) que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.* Tal control podría producirse:

— Bien cuando por razón del aumento de capital alguno de los socios (o reducción) pase a tener el control de la sociedad en la que se produce dicho aumento, concurriendo en dicha sociedad además los demás requisitos establecidos en el precepto (más del 50% de su activo consistan en inmuebles radicados en España no afectos a actividades empresariales o profesionales).

— Bien cuando el control tenga lugar en otra sociedad distinta de aquella en la cual se produce el aumento de capital (o reducción y disolución), por ser lo aportado (o adjudicado, en reducción o disolución) participaciones sociales de otra entidad, concurriendo en esta última sociedad los requisitos que determinarían tal tributación (más del 50% de su activo consistan en inmuebles radicados en España no afectos a actividades empresariales o profesionales).

La Dirección General de Tributos en Resoluciones a Consultas Vinculantes, V4405-16, de 14/10/2016, V4626-16, de 2/11/2016, 6247/16 de 2/11/2016, V4791-16, de 10/11/2016, V1018-17, de 27/04/2017 (realizadas vigente el anterior Art. 108 de la Ley del Mercado de Valores, pero sin que el nuevo precepto -314 actual LMV- altere la resolución), **para el segundo de los supuestos indicados**, aun cuando se refieren a operaciones de disolución con

restitución de aportaciones, consideró no aplicable dicho precepto a tales actos, *en tanto que la operación planteada no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD*, argumento éste que podría predicarse de la operación de aumento de capital.

No obstante, la Resolución de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante V2671-16 de 14/07/2016, para un supuesto se aportación de participaciones sociales a una mercantil, había considerado que podría producirse la aplicación del Art. 314 de la Ley del Mercado de Valores a dicha operación y en consecuencia, someterlo a tributación (bien por TPO, bien por IVA)(7). No se entiende la distinción de tratamiento que hace la DGT en ambas operaciones, pues presentan identidad de razón, difiriendo únicamente en que la adquisición de participaciones sociales se produce en un aumento en un caso y en una disolución, en otro.

En todo caso, hay que tener presente que las Resoluciones de la DGT que excluyen cualquier posibilidad de tributación en base a dicho Art. 314 LMV son posteriores a la V2671-16.

Además, la Resolución de V1018-17, se remite a la doctrina de la DGT contenida en la Resolución V3293-13 de 8/11/2013, la cual excluye rotundamente la aplicación del Art. 314 (entonces 108)(8),

(7) *"...En el supuesto planteado, al estar arrendado el inmueble del que se compone el activo de la sociedad B, debe entenderse que no concurren los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo 314 del Texto Refundido de la LMV para conformar el presupuesto de hecho previsto en ninguno de los tres incisos -a), b) c)- de dicho apartado, conforme a la información proporcionada por los consultantes y sin tener en cuenta otras circunstancias no mencionadas y que pudieran tener relevancia en la calificación de la operación objeto de consulta, por lo que, en principio, no será de aplicación la excepción a la exención prevista en dicho apartado y, en consecuencia, la transmisión de valores en cuestión quedará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido si dichas acciones estuvieran afectas al patrimonio empresarial de los transmitentes, o del ITPAJD, si no estuvieran afectos al patrimonio empresarial de los transmitentes, al que está sujeta.*

Todo ello, sin perjuicio de que mediante la transmisión de valores objeto de consulta se haya pretendido eludir el pago de los citados impuestos que habrían gravado la transmisión de los inmuebles propiedad de la entidad a la que representan dichos valores, cuestión de hecho sobre la que, como se ha indicado anteriormente, este Centro Directivo no puede pronunciarse a priori, pudiendo ser objeto de comprobación por la Administración tributaria competente para la gestión del tributo, a la vista de la totalidad de las circunstancias previas, simultáneas y posteriores concurrentes...."

(8) *"... No resulta procedente la exigencia del ITP y AJD, por la modalidad de operaciones societarias, con relación a la adjudicación o aportación de participaciones de una sociedad residente en territorio español, en una*

considerando que no es "transmisión" la aportación de participaciones sociales en un aumento de capital.

Respecto del **primero de los supuestos indicados (toma de control en la propia sociedad en la que se realiza el aumento o reducción)**, la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central 00/10120/2015/00/00 de 21 de enero de 2019, referida a aportación de participaciones sociales a una sociedad en un mercado primario, y estando vigente *para* su aplicación al supuesto de hecho el anterior Art. 108 de la Ley del Mercado de Valores, estableció el siguiente criterio:

"Al tener el Derecho comunitario europeo eficacia directa y carácter prevalente, el gravamen que se establecía en el art 108 Ley de Mercado de Valores relativo a mercado primario –entendido éste como las operaciones jurídicas no estrictamente traslativas sino relacionadas con el capital, en especial ampliaciones de capital, que permitían la toma de control por nuevas personas o entidades– quedaba suprimido de tributación al contrariar la normativa comunitaria contenida en la Directiva 2008/7/CE relativa a la "imposición sobre las aportaciones".

En el mismo sentido, además, la Resolución de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante V2671-16 de 14/07/2016.

Respecto de la toma de control resultante de la reducción de capital, la Resolución de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante V1408-16, de 14/04/2016, consideró que al no producirse transmisión de valores, no procede la aplicación del Art. 314 (entonces 108)(9).

operación de disolución de sociedad o aumento de capital realizado por una sociedad con domicilio fiscal en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, por producirse el hecho imponible de la misma fuera del ámbito de aplicación territorial del Impuesto. Por otro lado queda excluida la aplicación de la cuota variable del Documento notarial, dado que el contenido de la escritura, adjudicación o aportación de valores, no reúne la condición de inscribible en ninguno de los Registros a que se refiere el artículo 31.2 del Texto Refundido, y asimismo queda excluida la aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores dado que el presupuesto de hecho, diversas operaciones societarias, no está sujeto a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD....".

(9) *"...En la reducción de capital mediante la entrega a los socios 1 y 2 de la propiedad de la vivienda destinada a alquiler no se produce una transmisión de valores, presupuesto previo para la aplicación del art. 314 del Texto refundido de la LMV. Dicha operación tributará por la modalidad de operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales*

Para el otro supuesto contenido en el Art. 314 LMV, que es aquel en el cual se produzca aportación de participaciones sociales adquiridas a cambio de aportación de inmuebles, realizándose la aportación antes de que transcurran 3 años de la primera aportación (sin que se trate de inmuebles afectos a la actividad), la resolución de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante 2521-13, de 26/07/2013, consideró sujeto a tributación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas. No obstante, dicho pronunciamiento entendemos que ha de ser revisado, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto.

1.1.1.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

Al producirse la sujeción al impuesto de Operaciones Societarias, no está sujeto al impuesto de Actos Jurídicos Documentados, dada la incompatibilidad que se recoge en el Art. 31 TRLITP.

Como hemos visto⁽¹⁰⁾, para el supuesto de aportación de inmueble gravado con hipoteca, con subrogación de la entidad receptora en el préstamo hipotecario, si la sociedad se subroga en el préstamo hipotecario, se produciría la tributación por el concepto de Operaciones Societarias por el valor “neto” de lo aportado (valor del inmueble menos la deuda en la que se subroga) –aunque exento– y además por el impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, por el concepto de adjudicación en pago de asunción de deuda, tal como afirmó el Tribunal Supremo y la Dirección General de Tributos en la sentencia y resolución antes reseñadas.

Hemos indicado anteriormente que en estos casos lo normal será (para los supuestos de entregas sujetas y exentas de IVA), proceder (siendo posible) a renunciar a la exención del IVA (Art. 20. Dos de la Ley del IVA)⁽¹¹⁾, que además conllevaría la inversión del sujeto pasivo (Art. 84.2 e) de la Ley del IVA).

y Actos Jurídicos Documentados conforme a lo dispuesto en los artículos 19, 23, 25 y 26....”

(10) Sin perjuicio además de lo que pueda resultar por la revisión de la tributación de este negocio de aportación con subrogación (Auto del Tribunal Supremo de 18/07/2019 (ROJ 8393/2019), como venimos indicando.

(11) Desde 1 de enero de 2015, la renuncia a la exención procederá cuando el adquirente sea un empresario o profesional que tenga derecho a la deducción total o parcial del impuesto soportado al realizar la adquisición o en función del destino previsible del inmueble adquirido.

Se plantea la cuestión si en tal caso se produce la sujeción al **Impuesto de Actos Jurídicos Documentados** por el valor correspondiente a la deuda en la que se subroga la sociedad.

Según la Resolución número 2005/22 de 7 de julio, de la Agencia Tributaria de Cataluña sí se produciría la sujeción a dicho impuesto de AJD:

"... Si qui aporta el bé gravat és empresari, cal tenir en compte que conforme a l'article 8.dos.2 de la Llei 37/1992, de 28 de desembre, aquesta transmissió té la consideració de lliurament de béns subjecta a l'IVA, la base imposable de la qual està fixada en la quantitat total de la contraprestació, inclòs l'import del deute assumit (article 78 de la LIVA). En aquest cas, es girarà una liquidació per la quota gradual d'actes jurídics documentats sobre una base imposable coincident amb l'import del deute assumit, atesa la incompatibilitat establerta en l'article 31.2 del text refós de la Llei de l'impost entre la modalitat d'operació societària i la quota gradual esmentada. En el cas que tractant-se d'un segon o ulterior lliurament de bé immoble resulti exempt de l'IVA (sempre que no hi hagi renúncia) l'aportació tributarà en la modalitat de TPO amb una base imposable coincident amb l'import del deute assumit. En cas de renúncia a l'exempció en IVA, el tipus corresponent a actes jurídics documentats és de l'1'5% d'acord amb l'article 7.b) de la Llei 21/2001, de 28 de desembre...."

Ello supondría además que en numerosas Comunidades Autónomas el contribuyente deba soportar un tipo impositivo de AJD agravado, por haber renunciado a la exención del IVA. Dichos tipos impositivos agravados surgieron al abrigo de la lucha de las Comunidades Autónomas frente al Estado para que se someta el negocio jurídico a la tributación que permita percibir el rendimiento del impuesto a la Comunidad Autónoma, careciendo la causa dicho tipo agravado del más mínimo fundamento constitucional⁽¹²⁾ (afortunadamente la Comunidad Autónoma de Andalucía suprimió dicho injustificado tipo agravado en el Decreto-ley 1/2019, de 9 de abril).

No obstante, como hemos indicado al tratar del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, al estar siendo objeto de revisión por el Tribunal Supremo la tributación del negocio jurídico de

(12) Y que es llevado por algunas CCAA al extremo del absurdo al "premiar" con un tipo reducido de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas a quien, pudiendo renunciar a la exención del IVA no lo haga (así Baleares y Murcia, por ejemplo).

aportación de finca hipotecada con subrogación en la deuda por la entidad deudora (Auto del Tribunal Supremo de 18/07/2019 (ROJ 8393/2019)), un eventual pronunciamiento del TS que considere no sujeto al impuesto de transmisiones patrimoniales, supondría asimismo la no sujeción al impuesto de actos jurídicos documentados.

Otro supuesto que podría determinar la tributación por el impuesto de Actos Jurídicos Documentados sería la operación, infrecuente en la práctica, de un aumento de capital sujeto a condición suspensiva (operación admitida por el Tribunal Supremo en la sentencia 4774/2014 de 06 de octubre de 2014), pues, tal como ha declarado el Tribunal Económico Administrativo Central en la resolución 1429/2011/00/00 de 16 de Enero de 2014, los negocios jurídicos sujetos a condición suspensiva, en los que concurren los requisitos del Art. 31 TRLITP están sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

1.1.1.1.4. Impuesto sobre el valor añadido

Nos referimos al supuesto de aportante persona física que sea sujeto pasivo de IVA, en ejercicio de su actividad empresarial o profesional, si la aportación está sujeta y no exenta de IVA, por lo que ha de tratarse de terrenos urbanos o en curso de urbanización, o bien primera entrega de edificación terminada.

Para determinar si se trata de terrenos urbanos o en curso de urbanización, podemos acudir a la Resolución de la DGT a la Consulta Vinculante V0887-18, de 6/04/2018, de la cual resulta:

Conforme al criterio establecido por el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de fechas 11 de octubre y 8 de noviembre de 2004, se ha de entender que "el proceso de urbanización de un terreno es aquel que comprende todas las actuaciones que se realizan para dotar a dicho terreno de los elementos previstos por la legislación urbanística, como acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica, etc., para servir a la edificación que sobre ellos exista o vaya a existir, ya sea para viviendas, otros locales o edificaciones de carácter industrial.

Por ello, el concepto de urbanización excluye todos aquellos estadios previos que, si bien son necesarios para llevar a cabo las labores de urbanización, no responden estrictamente a la definición indicada: no se considera en curso de urbanización un terreno respecto del que se han realizado estudios o trámites administrativos, en tanto a dicho terreno no se le empiece a dotar de los elementos que lo convierten en urbanizado (...).".

Si la transmisión del terreno se realiza habiendo satisfecho el transmitente todo o parte de los costes de urbanización o la transformación física del terreno ya se ha iniciado, estaremos ante la entrega de un terreno en curso de urbanización

Además se precisa un elemento subjetivo, la intencionalidad a que se refiere la Resolución de la DGT a la consulta vinculante V1628-17 de 22/06/2017 que afirmó:

Los propietarios de los terrenos que no tuvieran previamente la condición de empresario o profesional a efectos del Impuesto, adquirirán tal condición desde el momento en que comiencen a serles imputados los correspondientes costes de urbanización, siempre que abonaran los mismos con la intención de afectar el suelo resultante de la reparcelación a una actividad empresarial o profesional.

Para aquellos casos en que el pago de los gastos de urbanización se realiza en dinero, la condición de empresario o profesional se adquirirá desde el momento en que se pague la primera derrama correspondiente a la prestación de los servicios de urbanización. En todo caso, es importante señalar que la condición de empresario o profesional está íntimamente ligada a la intención de venta, cesión o adjudicación por cualquier título de los terrenos que se urbanizan. Si falta este ánimo, la consideración de empresario o profesional quebrará y las operaciones se realizarán al margen del ámbito de aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Hay que tener presente que **la aportación realizada por una sociedad o empresario, aun cuando sea de un inmueble en operación sujeta y no exenta, no implica necesariamente la sujeción a IVA.** Así la Sentencia del TSJ de Extremadura de 6 de mayo de 2014 excluye las sociedades de mera tenencia de bienes, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2015 exige que los bienes estén afectos al patrimonio empresarial de la sociedad vendedora y la Resolución DGT de 21 de marzo de 2018 a la consulta V0751-18).

Igualmente la Resolución TEAC de 25 de junio de 2019 para la transmisión de un terreno edificable (adquirido hace 8 años y sin que conste actuación alguna) por una sociedad dedicada al arrendamiento de locales, por no estar afecto a su actividad, aunque en el objeto social conste la promoción inmobiliaria.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 8.2.2. de la Ley del IVA, están sujetas las aportaciones no dinerarias efectuadas por los sujetos pasivos del impuesto de elementos de su patrimonio em-

presarial o profesional a sociedades o comunidades de bienes o a cualquier otro tipo de entidades.

Hemos de recordar que, en caso de aportación de una unidad económica autónoma de actividad, no se produciría la sujeción a IVA, tal como resulta del Art. 7.1 de la Ley del IVA.

El citado Art. 7.1 clarifica la regulación de las operaciones no sujetas consecuencia de la transmisión global o parcial de un patrimonio empresarial, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea establecida, fundamentalmente, por las sentencias de 27 de noviembre de 2003, recaída en el asunto C-497/01, de Zita Modes Sarl y de 10 de noviembre de 2011, recaída en el asunto C-444/10, Christel Schiever.

De acuerdo con lo previsto en dicho artículo se requiere, para que no se produzca sujeción a IVA que:

- los elementos transmitidos constituyan **una unidad económica autónoma** capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios en sede del transmitente
- que dicha **unidad económica** se afecte al **desarrollo de una actividad empresarial o profesional**.

A diferencia de otras transmisiones de inmuebles que puedan estar incluidas en la unidad económica (que estarían sujetas a TPO –Art. 7.5 LITPO), en este caso, tratándose de aportación a sociedad, al estar sujeta al impuesto de OS, estará no sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, dada la incompatibilidad absoluta entre ambos impuestos que establece el artículo 1.2 TR-LITP.

Siguiendo el esquema anterior, hemos de distinguir si el inmueble aportado está o no gravado con un préstamo hipotecario, si bien a efectos distintos de los anteriormente indicados:

1.- Inmueble no gravado con hipoteca:

Sigue el régimen fiscal que hemos venido reflejando en este epígrafe.

2.- Inmueble gravado con hipoteca:

2.1.- No subrogación en el préstamo hipotecario por la sociedad receptora del inmueble:

En nada varía el régimen fiscal expuesto en cuanto al IVA, si bien este supuesto será la excepción por lo que veremos en el siguiente apartado.

En cuanto a la valoración de lo aportado, ha de considerarse aquí reproducido lo indicado anteriormente sobre los criterios de valoración contenidos en la resolución DGRN 13 noviembre de 2012. Ello en nada afecta a la base imponible del IVA en el inmueble aportado, únicamente en la del Impuesto de Operaciones Societarias, pero al estar exento del mismo, la trascendencia fiscal es nula.

2.2.- Subrogación en el préstamo hipotecario por la sociedad receptora del inmueble:

Sigue produciéndose el devengo de IVA, con la importante diferencia de que se produciría la inversión del sujeto pasivo (Art. 84.2 e) de la Ley del IVA), aun cuando el valor del inmueble sea superior al del importe del saldo pendiente en que se subroga la entidad destinataria (Resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V0243-15, de 21/01/2015, V4179-16, de 30/09/2016 y V0354-18, de 8/02/2018, entre otras).

Por otra parte, al resultar aumentado el capital por el “neto aportado”, es decir, valor del inmueble menos deuda hipotecaria, la base imponible del Impuesto Sobre Operaciones Societarias sería dicho “valor neto”, debiéndose plantear asimismo la posible sujeción al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (esta vez sin tipo agravado), por el concepto de adjudicación en pago de asunción de deuda y que la citada Resolución número 2005/22 de 7 de julio, de la Agencia Tributaria de Cataluña, antes vista, consideró sujeta a tal tributo (13).

Aportación de inmueble gravado con condición resolutoria expresa en garantía del pago de precio aplazado.

El tratamiento ha de ser idéntico al supuesto anterior de aportación de inmueble gravado con hipoteca, puesto que el Art. 84.2. e) de la Ley del IVA se refiere a *garantía constituida sobre los bienes inmuebles*, y por tanto sin limitarlo a la hipoteca que los grava.

Aportación de inmueble gravado con cargas urbanísticas.

Lo mismo ha de decirse en el supuesto de aportación de inmueble con cargas urbanísticas, cuando a la sociedad le corresponda su pago. Ahora bien, ha de tenerse presente que la inversión del sujeto

(13) Sin perjuicio además de lo que pueda resultar por la revisión de la tributación de este negocio de aportación con subrogación (Auto del Tribunal Supremo de 18/07/2019 (ROJ 8393/2019), como venimos indicando.

pasivo únicamente se produciría cuando se trate de cargas urbanísticas no caducadas⁽¹⁴⁾, tal como indican las Resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V0605-18, de 6/03/2018 y V0664-18, de 13/03/2018, a cuyo tenor:

Le resultará de aplicación el supuesto de inversión del sujeto pasivo contemplado en el artículo 84.Uno.2º, letra e) tercer guión de la Ley 37/1992, a la transmisión de terrenos afectos al pago de las cargas de urbanización, cuando al adquirente le corresponda su pago, en tanto los gastos de urbanización a que se refiere el escrito de consulta se hayan devengado y sean exigibles, esté vigente la afección registral de las parcelas al cumplimiento de los deberes urbanísticos en los términos anteriormente señalados y siempre que no estemos ante el supuesto previsto en el guión segundo de la letra e) del referido artículo de la Ley.

Por el contrario, no resultará de aplicación el supuesto de inversión del sujeto pasivo contemplado en el artículo 84.Uno.2º, letra e) tercer guión de la Ley 37/1992, a la transmisión de terrenos afectos al pago de las cargas de urbanización, cuando al adquirente le corresponda su pago, en tanto los gastos de urbanización a que se refiere el escrito de consulta se hayan devengado y sean exigibles, si no está vigente la afección registral de las parcelas al cumplimiento de los deberes urbanísticos por haber transcurrido el plazo de caducidad de 7 años previsto legalmente.

Aportación de inmueble gravado con afección fiscal por Impuesto de Bienes Inmuebles, pendientes de pago, cuya obligación asume la entidad receptora.

Si tenemos en cuenta los pronunciamientos de la Dirección General de Tributos en las consultas vinculantes referidas en relación con la aportación de inmuebles gravados con cargas urbanísticas, para el supuesto de aportación de inmuebles en los cuales no se hubiese satisfecho el Impuesto de Bienes Inmuebles, la "hipoteca legal tácita" del inmueble al pago⁽¹⁵⁾, que resulta del Art. 64 TRLHL, podríamos entender que, siendo el fundamento el mismo, la respuesta ha

(14) Recordemos que el Reglamento de Gestión Urbanística, en su art. 126.3, señala que la afección la afección caducará y deberá ser cancelada a los dos años de haberse hecho constar el saldo de la liquidación definitiva, y si no constare, a los siete años de haberse extendido la nota de afección.

(15) Así la conceptúa la propia Dirección General de Tributos, en la Resolución a la Consulta 19-2018, de 19/05/2018.

de ser la misma y por tanto tendría también lugar en este caso la inversión del sujeto pasivo.

Cierto es que en el supuesto de adquisición gravada con una carga urbanística opera la subrogación *ex lege* del adquirente en las cargas urbanísticas que gravan la finca, pues así resulta del Art. 27 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (salvo que hubiesen caducado –entiende la Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de enero de 2018(16)–). No obstante, en el caso del IBI, tal subrogación no sólo no tiene lugar *ex lege*, sino que incluso un acuerdo de las partes en tal sentido no produciría efectos frente a la Administración tributaria, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas (Art. 17 LGT). Ahora bien, no olvidemos que para el caso de subrogación del adquirente en la obligación de pago del préstamo gravado con hipoteca, se produce la inversión del sujeto pasivo de IVA aun cuando el acreedor no preste el consentimiento a la subrogación(17), argumento podría llevarnos a idéntica conclusión en caso de asunción inter partes de la obligación de pago de los impuestos de IBI pendientes por la entidad adquirente.

1.1.1.1.5. Impuesto sobre la renta de las personas físicas

En la aportación a la sociedad se produce una ganancia o pérdida patrimonial (Art. 33 LIRPF), siendo el importe de dicha ganancia o pérdida la diferencia de los valores de adquisición y transmisión.

El **Art. 35 LIRPF** establece el modo en el cual se calcula el importe indicado:

1. *El valor de adquisición estará formado por la suma de:*

(16) FJ 3º "...respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística sólo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado...". No obstante es preciso tener presente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 42/2018, de 9 de febrero, que cita además diversas sentencias del Tribunal Supremo.

(17) Así resulta de la Nota 3/2013, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de la AEAT, de fecha 26/04/2013. Puede consultarse en el Boletín del Colegio Notarial de Andalucía, número 36, marzo-julio de 2013.

a) *El importe real por el que dicha adquisición se hubiera efectuado.*

b) *El coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y los gastos y tributos inherentes a la adquisición, excluidos los intereses, que hubieran sido satisfechos por el adquirente.*

*En las condiciones que reglamentariamente se determinen, este valor **se minorará en el importe de las amortizaciones.***

2. *El valor de transmisión será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado. De este valor se deducirán los gastos y tributos a que se refiere la letra b) del apartado 1 en cuanto resulten satisfechos por el transmitente.*

Por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste.

Nunca debe olvidarse lo resaltado en negrita, es decir, ha de minorarse el valor de adquisición en el importe de las amortizaciones, en el supuesto que sea procedente (típico supuesto de local en el que se ha ejercido una actividad y cuyo valor de adquisición ha sido total o parcialmente amortizado, lógicamente el importe de las amortizaciones ha de minorar el valor de adquisición).

¿Es inconstitucional la falta de actualización del valor de adquisición?

A partir del año 2014, se suprimieron los denominados "coeficientes de actualización de valores" (al omitirse los mismos en las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado), que permitían aplicar la variación del IPC al valor de adquisición. Esto suponía que, para las transmisiones realizadas antes del año 2015, el precio de adquisición se actualizaba según el IPC, aplicando los coeficientes publicados en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Así, por ejemplo un inmueble adquirido en el año 1.995 por 100.000€, tenía un valor actualizado, en el año 2014 de 140.500€, lo que supondría que en caso de transmisión el 31/12/2014 por 150.000€, supondría una ganancia sometida a tributación de 9.500€ (no tenemos en cuenta en el ejemplo los impuestos y gastos asociados a la adquisición). Tras la supresión de tales coeficientes, ese mismo inmueble, transmitido el 1/01/2015, tendría un valor de adquisición de 100.000€, con una ganancia patrimonial sometida a tributación

de 50.000€. Está claro que algo falla; y precisamente lo que falla es la falta de actualización de valor conforme al IPC.

¿Es constitucional esta falta de actualización de valor?

Pensemos que una entrada de cine en Madrid en el año 1995, tenía un precio de entre 300 y 500 pesetas, es decir 1,80€-3,01€, mientras que, en el año 2019, el precio de dicha entrada oscila entre los 8 y los 10€.

Resulta evidente que, aplicando la lógica más elemental, no encuentra la más mínima justificación que el valor de un inmueble a efectos de determinación de la ganancia patrimonial mantenga su precio de adquisición sin que se produzca actualización al IPC.

Además de dicha lógica elemental, también encontramos argumentos en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional con motivo de la declaración de inconstitucionalidad del impuesto de Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía municipal), así las sentencias 26/2017 de 16 de febrero de 2017 y 59/2017, de 11 de mayo, afirmaron que no se pueden *gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpressivas de capacidad económica*" (citando el auto del Tribunal Constitucional 71/2008, de 26 de febrero, FJ 5).

Recuerda además el propio Tribunal Constitucional que *este Tribunal ha señalado, a propósito del Impuesto sobre la Renta, que **responde a la naturaleza de dicho impuesto –que ha de contemplar incrementos reales no monetarios– su adecuación a la situación inflacionista***" (STC 27/1981, FJ 6 y STC 221/1992.).".

Asimismo, ha señalado el TC que el legislador puede utilizar diversos métodos pero no *"desconocerlo por completo siempre que la erosión inflacionaria sea de tal grado que haga inexistente o ficticia la capacidad económica gravada por el tributo"*.

De igual modo, señala el TC en la sentencia 26/2017 (refiriéndose a la plusvalía municipal, reitero, pero cuyo argumento es igualmente predicable del IRPF) que de otro modo se estaría *"haciendo tributar por una riqueza inexistente, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica del citado art. 31.1 CE."* (18).

En cuanto al valor de aportación, hay que tener presente el **Art. 37 LIRPF**, según el cual:

(18) Puede verse un análisis de esta cuestión en el artículo de Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA ¿La tributación de las ganancias patrimoniales en el IRPF es inconstitucional?, publicado en www.hayderecho.com en fecha 24/04/2017.

"1. Cuando la alteración en el valor del patrimonio proceda: (...).

d) De las aportaciones no dinerarias a sociedades, la ganancia o pérdida se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición de los bienes o derechos aportados y la cantidad mayor de las siguientes:

Primera. –El valor nominal de las acciones o participaciones sociales recibidas por la aportación o, en su caso, la parte correspondiente del mismo. A este valor se añadirá el importe de las primas de emisión.

Segunda. –El valor de cotización de los títulos recibidos en el día en que se formalice la aportación o el inmediato anterior.

Tercera. –El valor de mercado del bien o derecho aportado.

El valor de transmisión así calculado se tendrá en cuenta para determinar el valor de adquisición de los títulos recibidos como consecuencia de la aportación no dineraria."

Es importante recordar que el **Art. 41 LIRPF** establece que **la valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas** se realizará por su valor normal de mercado, en los términos previstos en el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Y el Art. 1º LIS establece que:

2. Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:

- a) Una entidad y sus socios o partícipes.
- b) Una entidad y sus consejeros o administradores, salvo en lo correspondiente a la retribución por el ejercicio de sus funciones.
- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.
- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.
- e) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- f) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios.
- g) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el ter-

cer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.

h) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.

En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación de los socios o partícipes con la entidad, la participación deberá ser igual o superior al 25 por ciento. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.

Existe grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

En cuanto al tipo de gravamen, para el año 2019, los tipos son 19% hasta 6.000 €; 21% hasta 50.000 € y 23% lo que exceda.

Las comprobaciones de valor realizadas por las Comunidades Autónomas en impuestos cedidos (TPO, OS, AJD, ISD) y su incidencia en el IRPF.

Cabe plantearse si las comprobaciones de valores que se realizan por las Administraciones Tributarias autonómicas pueden tener repercusión en el IRPF.

A este respecto, hemos de recordar que en los Planes Anuales de Control Tributario y Aduanero desde el año 2015 se establece lo siguiente:

Se fomentará la transmisión por parte de las Comunidades Autónomas de información sobre los valores reales de transmisión de bienes y derechos en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que hayan sido comprobados por las Administraciones Tributarias autonómicas en el curso de procedimientos de control, dada la repercusión de este valor comprobado en los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y Sociedades gestionados por la Agencia Tributaria.

En definitiva, la comprobación de valor realizada por la administración tributaria de la Comunidad Autónoma podría ser empleada por la AEAT para determinar un mayor valor del inmueble aportado y en consecuencia, un incremento de la base imponible sujeta al IRPF que grava las ganancias patrimoniales respecto al **transmitente** (sin perjuicio del derecho del contribuyente a recurrir a la tasación pericial contradictoria o impugnar el método de valoración).

También, lógicamente, respecto al adquirente, para el supuesto de que se produzca una comprobación de valor en sede del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas o de Operaciones Societarias que concluya en una mayor valoración del inmueble, y por tanto suponga por tanto un incremento en la base imponible, dicho valor comprobado por la CCAA determinará que el precio de adquisición a efectos de una futura transmisión, será el valor comprobado fiscalmente (sentencias del Tribunal Supremo 45/2015, de 15/01/2015 y 5470/2015, de 21/12/2015, entre otras).

1.1.1.1.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

La aportación de un inmueble de naturaleza urbana a la sociedad está sujeta al Impuesto Sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, salvo que resulte aplicable el régimen especial regulado en Capítulo VII del Título VII de esta Ley, a excepción de las relativas a terrenos que se aporten al amparo de lo previsto en el artículo 87 de esta Ley cuando no se hallen integrados en una rama de actividad (Disposición adicional segunda de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades).

No son objeto de análisis los supuestos de no sujeción en operaciones de la SAREB a que se refiere el Art. 104 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

No pretendo detenerme en la cuestión relativa a la inconstitucionalidad de los preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, para el supuesto de que no se haya producido un incremento patrimonial. Me remito a los interesantes trabajos de Javier Máximo Juárez(19) en la web notariosyregistradores.com

(19) *Guía para el laberinto de la plusvalía municipal (situación a los dos años de la sentencia del TC 59/2017, de 11/05, Javier MÁXIMO JUÁREZ, publicado en www.notariosyregistradores.com, en fecha 26/04/2009; La plusvalía municipal en el laberinto (II): la posible doble pena de inconstitucionalidad a un mismo precepto legal (a propósito del Auto del TS de 1 de julio de 2019), Javier Máximo Juárez, www.notariosyregistradores.com, publicado en fecha 29/07/2019. Plusvalía Municipal: minuto y resultado, Álvaro José MARTÍN MARTÍN, www.notariosyregistradores.com, publicado en fecha 07/05/2019 ; Plusvalía Municipal: también el Tribunal Supremo quiere saber a qué atenerse, Álvaro José MARTÍN MARTÍN, www.notariosyregistradores.com, publicado en fecha 26/07/2019.*

dores.com y de Álvaro José Martín Martín, en los que se hace un análisis de la situación actual tras las sentencias del TC y sentencia y auto del Tribunal Supremo.

Simplemente significar que han pasado más de dos años desde los pronunciamientos del Tribunal Supremo y seguimos a la espera de una Ley que determine cuando se ha producido incremento de valor. Mientras tanto la práctica nos muestra los distintos modos de actuar de los Ayuntamientos, desde los que no giran la liquidación cuando se solicita la improcedencia del IIVTNU por no haberse producido incremento de valor, a los que giran la liquidación haciendo caso omiso a la solicitud, obligando al contribuyente a un recurso de reposición (ante el propio Ayuntamiento, con recurso al TEAL –caso de existir por razón de la población– y posterior recurso al contencioso –si es que el importe merece la pena–), pasando por los que responden que, tratándose de un inmueble con una construcción, no se puede determinar si el decremento afecta a la construcción o al terreno, girando en consecuencia la liquidación, sin olvidar a un excepcional género en el cual giran la liquidación en caso de transmisión de un terreno rústico en el cual hay una construcción, por el hecho de que en Catastro figura dicha edificación con la catalogación de “urbana”.

Para aquellos supuestos en los que sí se hubiese producido un incremento, hay que tener presente que aun cuando para el caso de **terrenos urbanos que en el momento del devengo del impuesto, aun cuando en el momento de su adquisición fuesen rústicos**, no supondrá que el plazo para el cálculo del IIVTNU tenga que limitarse al período iniciado desde su calificación como urbano, ya que lo relevante es su calificación en el momento del devengo, pues así lo ha declarado el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre ellas la de 11 de octubre de 1996, 13 de marzo de 1997 y 31-3-1997.

1.1.1.1.7. Impuesto de donaciones

En sí misma, la naturaleza del negocio de aportación resulta totalmente extraña al impuesto de donaciones, al tratarse de una operación a título oneroso y al ser el destinatario es una persona jurídica.

No obstante, el entramado contenido en la operación de aumento de capital podría encubrir una transmisión lucrativa en favor de una persona física y en consecuencia generar el hecho imponible del impuesto de donaciones.

Me refiero al supuesto (que motivó el pronunciamiento de la Audiencia Nacional en la sentencia de 23 de diciembre de 2008 –recurso 311/2008–), en el cual se realiza un aumento de capital por un valor inferior al real, es decir, sin prima o bien con una prima insuficiente y que por tanto no alcance a cubrir las reservas de la sociedad. De este modo se estaría transmitiendo a título lucrativo a los nuevos socios el importe de las reservas de la sociedad. Además de ello, tendría que concurrir el *animus donandi* (que sí fue apreciado en la indicada sentencia, favorecido además por la presunción del Art. 4 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones).

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 6150/2010, de 5 de noviembre de 2010.

Lo que es objeto de tributación es la renuncia al derecho de suscripción preferente, que hace posible la entrada de los nuevos socios y su adquisición a título lucrativo, y en tal sentido se pronuncia la citada sentencia de la Audiencia Nacional.

Un problema añadido sería fijar el punto de conexión que determine la administración autonómica competente y con ello la legislación fiscal aplicable y asimismo el mapa autonómico de bonificaciones fiscales. En principio considero que será la residencia fiscal del sujeto pasivo (es decir del aportante beneficiado por dicha renuncia), sin perjuicio de que, tratándose de una sociedad en cuyo activo esté integrado básicamente por bienes inmuebles, en algún supuesto concreto podría ser objeto de revisión por la Administración Tributaria, atendiendo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible (Art. 13 de la Ley General Tributaria) y con ello determinar la competencia correspondiente al lugar de radicación del inmueble o inmuebles de mayor valor.

Además de dicho impuesto de donaciones, la transmisión lucrativa genera una alteración patrimonial en el donante sujeta al IRPF, es decir en el renunciante del derecho de suscripción preferente, que podría determinar una ganancia o pérdida patrimonial (Art. 33 LIRPF, ya analizado). De hecho el objeto del pronunciamiento de la citada sentencia de la Audiencia Nacional fue precisamente la tributación en el IRPF del donante por la ganancia patrimonial.

1.1.1.2. Aportación por no residente fiscal

1.1.1.2.1. Impuesto de operaciones societarias

No presenta especialidad alguna en relación a las aportaciones realizadas por residentes fiscales, por lo que me remito al apartado 1.1.1.1.1., anteriormente expuesto.

1.1.1.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

Tampoco presenta especialidad, por lo que procede realizar idéntica remisión que en sede de TPO al apartado 1.1.1.1.2.

1.1.1.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

Aunque se trata de un supuesto improbable, me remito a lo anteriormente indicado en el apartado 1.1.1.1.3 para los residentes fiscales.

1.1.1.2.4. Impuesto sobre el valor añadido

Haré una breve referencia al supuesto, muy excepcional, en el cual el aportante sea persona física empresario o profesional, en ejercicio de su actividad empresarial o profesional y no establecidas en el territorio de aplicación del Impuesto (en terminología de la Ley del IVA), tratándose además la aportación del bien inmueble de una operación sujeta y no exenta de IVA.

En este supuesto se produce la inversión *ex lege* del sujeto pasivo del impuesto, al disponer el Art. 84 de la Ley del IVA:

Artículo 84. Sujetos pasivos.

Uno. Serán sujetos pasivos del Impuesto:

1.º Las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al Impuesto, salvo lo dispuesto en los números siguientes.

2.º Los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas al Impuesto en los supuestos que se indican a continuación:

a) Cuando las mismas se efectúen por personas o entidades no establecidas en el territorio de aplicación del Impuesto.

¿Cuándo una persona o entidad está “establecida” en el territorio de aplicación del Impuesto?

La resolución de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante V2897-18, de 11/08/2018, da respuesta a esta cuestión:

“A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se considerarán establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto los sujetos pasivos que tengan en el mismo la sede de su actividad económica, su domicilio fiscal o un establecimiento permanente que intervenga en la realización de las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas al Impuesto.

Se entenderá que dicho establecimiento permanente interviene en la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios cuando ordene sus factores de producción materiales y humanos o uno de ellos con la finalidad de realizar cada una de ellas.”.

Dicho precepto constituye la trasposición al ordenamiento jurídico interno de lo establecido por el artículo 192 bis de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006...

... Tal y como ha establecido este Centro directivo en la contestación vinculante de 13 de noviembre de 2017, con número de referencia V2915-17, este precepto debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular las sentencias de 4 de julio de 1985, asunto 168/84, Günter Berkholz, de 2 de mayo de 1996, asunto C-231/94, Faaborg-Gelting, de 17 de julio de 1997, asunto C-190/95, ARO Lease BV, de 20 de febrero de 1997, asunto C-260/95, DFDS A/S y de 28 de junio de 2007, asunto C-73/06, Planzer Luxembourg.

De conformidad con esta jurisprudencia para que exista establecimiento permanente es necesario que el mismo se caracterice por una estructura adecuada en términos de medios humanos y técnicos, propios o subcontratados, con un grado suficiente de permanencia.

Este mismo criterio ha sido consagrado por el Reglamento de Ejecución (UE) nº 282/2011, del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE de 23 de marzo) en su artículo el artículo 11 que señala, en su apartado segundo, que:

“2. A efectos de la aplicación de los artículos indicados a continuación, se entenderá por “establecimiento permanente” cualquier

establecimiento, distinto de la sede de la actividad económica contemplada en el artículo 10 del presente Reglamento, que se caracterice por un grado suficiente de permanencia y una estructura adecuada en términos de medios humanos y técnicos que le permitan prestar los servicios que suministre...

...el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC, en adelante), en su resolución de 20 de octubre de 2016, ha dictaminado que una entidad no establecida en el territorio de aplicación del Impuesto por el mero hecho de ser propietaria de un inmueble cuyo uso cede a su filial en concepto de arrendamiento, no dispone en dicho territorio de un establecimiento permanente.

En la citada Resolución el TEAC, establece que reitera el criterio ya señalado en su Resolución de 19 de julio de 2012 ...

... el TEAC vincula la existencia del establecimiento permanente con el mantenimiento de un conjunto de medios materiales y humanos para el desarrollo de la actividad económica en cuestión....

Un análisis de la concepción de establecimiento permanente puede verse en "El IVA en las inversiones inmobiliarias por no residentes: ¿sigue disponiendo de un EP?" (20).

En cuanto a las demás consideraciones respecto a este impuesto, me remito al apartado 1.1.1.1.4.

1.1.1.2.5. Impuesto sobre la renta de no residentes

En este supuesto la tributación de la ganancia o pérdida patrimonial está regulada en el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.1.i) del TRLIRNR, *son rentas obtenidas en territorio español y por tanto están sujetas al impuesto, entre otros casos:*

"i) Las ganancias patrimoniales:

(...)

3º. Cuando procedan, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en territorio español o de derechos relativos a éstos."

Para determinar la base imponible, el artículo 24.4 del TRLIRNR remite a la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas

(20) *Legal Today*, 20/06/2019, de los autores Héctor Gabriel de Urrutia Coduras y Jordi Cáceres Torrens.

Físicas, al disponer que *"la base imponible correspondiente a las ganancias patrimoniales se determinará aplicando, a cada alteración patrimonial que se produzca, las normas previstas en la Sección 4.^a del Capítulo II del Título III, salvo el artículo 33.2, y en la Sección 6.^a del Título X, salvo el artículo 94.1.a), segundo párrafo, de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

En el caso de entidades no residentes, cuando la ganancia patrimonial provenga de una adquisición a título lucrativo, su importe será el valor de mercado del elemento adquirido."

De acuerdo con el artículo 25.1.f) la cuota tributaria se obtendrá aplicando a la base imponible el tipo de gravamen del **19%** cuando se trate de "ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales."

Significar que al ser el tipo de gravamen es el 19%, se produce una discriminación positiva respecto de los residentes fiscales, al ser mayores los tipos para estos últimos a partir del primer tramo (19%-21%-23%).

Las consideraciones sobre la eventual comprobación de valor y la posible inconstitucionalidad por la supresión de los coeficientes de actualización de valor, analizadas en el epígrafe del IRPF para los residentes (apartado 1.1.1.1.5), han de ser asimismo trasladables a los no residentes fiscales en relación al IRNR.

¿Hay obligación de retener el 3% en caso de aportación del inmueble en aumento de capital?

No existe dicha obligación de retención, tal como resulta del Art. 25.2 párrafo 2º de la LIRNR, siempre que la sociedad a la que se aporten sea residente en territorio español. Así dispone el citado precepto:

No procederá el ingreso a cuenta a que se refiere este apartado en los casos de aportación de bienes inmuebles, en la constitución o aumento de capitales de sociedades residentes en territorio español.

Ahora bien, siguiendo a Vicente MARTORELL GARCÍA(21), es preciso tener presente que en caso de aportación de finca gravada con hipoteca, hay que distinguir dos supuestos:

(21) "Retención y gravamen de no residentes" publicado en www.oviedonotaria.com.

1.- No subrogación en el préstamo hipotecario por la entidad receptora del inmueble.

En este supuesto no procede la retención.

2.- Subrogación en el préstamo hipotecario por la entidad receptora:

MARTORELL GARCÍA, entiende que *se plantea entonces si hay obligación de retener en aquellas aportaciones en que la sociedad se subroga en el préstamo hipotecario que grava el inmueble, pues sólo el exceso del valor aportado es propiamente aumento de capital mientras que el valor cubierto por la deuda asumida tiene la consideración de adjudicación en pago de asunción de deuda (pueden verse, por ejemplo, las Resoluciones DGT de 25 de febrero de 2010 y 1 de marzo de 2011). Dado que la exención de retención para las aportaciones sociales se justifica en la vinculación española derivada de las acciones o participaciones recibidas a cambio, entiendo que habrá obligación de retener pues tales acciones o participaciones se reciben sólo en proporción al efectivo aumento de capital.*

¿Cómo se acredita la condición de residente fiscal?

El Tribunal Económico Administrativo Central, en resolución 02943/2013, de 6/02/2014, afirmó que ha de acreditarse en el momento de realizarse la transmisión **mediante certificación expedida por el órgano competente de la Administración tributaria**.

Además de ello, fijó el siguiente criterio:

Si en el momento de efectuarse la transmisión de un inmueble situado en territorio español, el transmitente no acredita ante el adquirente su sujeción al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre Sociedades mediante certificación expedida por el órgano competente de la Administración tributaria, el adquirente viene obligado, de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, aprobado por Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, a retener e ingresar el 3 por ciento, o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Si con posterioridad se aportase esa certificación, ello no determinará el derecho a la devolución de ingresos indebidos a la retención efectuada, pues fue una retención debida, esto es, procedente por exigida por la normativa del Impuesto. Y todo ello sin perjuicio, en su caso, del derecho a una devolución derivada de la normativa de cada tributo.

1.1.1.2.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 106.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales:

1. *Es sujeto pasivo del impuesto a título de contribuyente:*

b) *En las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título oneroso, la persona física o jurídica, o la entidad a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que transmita el terreno, o que constituya o transmita el derecho real de que se trate.*

Ahora bien, la singularidad que presenta este impuesto radica en que, cuando la aportación la realiza un no residente fiscal que además sea persona física, el artículo 106.2 del dicho texto legal dispone que **tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente, la persona física o jurídica que adquiera el terreno.**

¿Cuál es el significado de que el sustituto del contribuyente es el adquirente del bien? tal como resulta del artículo 36 de la Ley General Tributaria, dicho adquirente, por imposición de la Ley, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal así como las obligaciones formales inherentes a la misma, es decir, solicitar la liquidación o realizar la autoliquidación en caso de que se trate de municipios que tengan establecido tal sistema para este tributo.

Esta consideración como sustituto del contribuyente plantea un nuevo escenario para el caso de que no haya habido incremento de valor en la transmisión, por lo que no procedería liquidación por el IIVTNU (tal como me he referido en relación a los residentes). En este caso **¿puede recurrir la liquidación el transmitente no residente?**

He tenido conocimiento de una sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Málaga 9/2019, de 24 de enero de 2019, que se ha pronunciado en el siguiente sentido:

"... Conforme dispone el art. 101.2 LRHL (que se refiere al sujeto pasivo del debatido impuesto), tratándose de una transmisión de terreno a titula onerosa, y aun cuando el sujeto pasivo del impuesto sería de manera ordinaria el transmitente conforme al art. 106.1 b)..., siendo el contribuyente una persona no residente en España,

es el adquirente quien ostenta la consideración de sujeto pasivo sustituta del contribuyente. Sin embargo, y pese a esta previsión legal, las partes acordaron en la mentada escritura un acuerdo (es- tipulación sexta) que disponía que sería la vendedora quien abo- narla el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Es por ello por lo que la administración considera que ese pacto privado no obsta para afirmar que el único legitima- do para recurrir es el sujeto pasivo sustituto del contribuyente (el comprador, que no la recurrente), "alcanzado entre las partes y reflejado en la escritura pública 2. El anterior art. 106.2 LHL ha de ponerse en relación con el art. 36.3 ley general tributaria, que dis- pone que es sustituto el sujeto pasivo que, por imposición de la ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma..." (el subrayado es mío).

... la condición de sujeto pasivo... la ostenta el sustituto... quien podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tribu- tarias satisfechas, salvo que la ley señale otra cosa..."

Se plantea a continuación el Juzgado indicado si *"un pacto priva- do... tiene al fin (sic) de dotar al vendedor... de legitimación para recurrir la liquidación"* y trae a colación una sentencia del TSJ de An- dalucía (Granada) sala de lo Contencioso Administrativo, de 21-11- 2016, que niega legitimación a quien por pacto privado ha asumido la obligación de pago.

Ahora bien, parte la sentencia citada de un planteamiento a mi juicio totalmente erróneo, pues efectivamente es al vendedor a quien corresponde abonar el IIVTNU, conste o no conste en la escri- tura, no en vano el último inciso del Art. 36.3 LGT establece que el sustituto del contribuyente puede exigir del contribuyente el impor- te de las obligaciones tributarias satisfechas, salvo que la ley señale otra cosa (y en este supuesto no hay ninguna ley que establezca tal salvedad).

Esto es evidente, puesto que aun cuando la ley considere al ad- quirente sustituto del contribuyente, la obligación del adquirente como sustituto es meramente formal, pues el hecho imponible con- corre en el transmitente (que es quien ha de abonar el importe "de su bolsillo"), al ser el IIVTNU *un tributo directo que grava el incre- mento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos.*

De ningún modo puede equipararse a este supuesto (como hace el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Málaga) al que motivó la sentencia del TSJ de Granada que se refería a un supuesto de transmisión entre residentes, en el cual *exclusivamente por pacto*, acordaron que el IIVTNU que por ley le correspondía al vendedor lo abonaría el comprador "del bolsillo de este último".

Además, en base al propio Art. 36.3 LGT el contribuyente (transmitente no residente), no pierde tal condición de contribuyente, por el hecho de que la ley atribuya la condición de sustituto del contribuyente al adquirente, pues como hemos visto el citado 36.3 dispone en su último inciso: "*El sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas*". Por tanto, si el sustituto puede exigir al contribuyente, es que éste conserva tal condición, aun cuando tenga un sustituto *ex lege* (que además le exigirá el importe satisfecho).

Y entre los derechos que le asisten al contribuyente, está, evidentemente, recurrir la liquidación practicada (Art. 34 LGT) al haberse producido decremento.

En definitiva, negar legitimación al transmitente no residente, entiendo que atenta contra la tutela judicial efectiva, generando indefensión, proscrita por el Art. 24 CE.

¿Acaso tampoco podrá deducirse el transmitente en el IRNR el importe del IIVTNU efectivamente satisfecho?

Si los contribuyentes residentes, en los casos de decremento de valor en las transmisiones de bienes urbanos, ven enormes dificultades para que numerosos ayuntamientos aprecien la improcedencia del IITNU, en el caso de los no residentes, de seguir la postura del mencionado Juzgado de lo Contencioso de Málaga, verán un obstáculo todavía mayor para evitar el inconstitucional tributo (en caso de decremento, reitero). ¿Les suenan las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013, y 3 de septiembre de 2014, que condenaron al Reino de España por discriminar fiscalmente a los no residentes en materia del impuesto de sucesiones, así como la de 6 de octubre de 2009, que también condenó al Reino de España por discriminar a los no residentes en la tributación de las ganancias patrimoniales?.

Por lo demás, ha de entenderse reproducido lo indicado en el apartado 1.1.1.1.6.

1.1.1.2.7. Impuesto de donaciones

Al igual que hemos visto para los residentes, podría tener lugar entre no residentes fiscales por razón de la renuncia al derecho de suscripción preferente, este hecho imponible podría concurrir entre no residentes, por lo que procede la remisión al apartado 1.1.1.1.7.

1.1.2. *Aportación por persona jurídica*

1.1.2.1. Aportación por residente fiscal

1.1.2.1.1. Impuesto de operaciones societarias

En este supuesto, el hecho de tratarse de un aportante persona jurídica no supone especialidad alguna, respecto de lo indicado en cuanto a la persona física, con lo cual me remito al apartado 1.1.1.1.1.

1.1.2.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

No presenta especialidad respecto de lo indicado en relación a la aportación realizada por persona física, por lo que también cabe realizar la remisión al apartado 1.1.1.1.2.

1.1.2.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

Tampoco presenta especialidad. Procede remitirse a lo analizado en el apartado 1.1.1.1.3.

1.1.2.1.4. Impuesto sobre el Valor Añadido

Procede igualmente remitirse a lo analizado para las personas físicas en el apartado 1.1.1.2.4.

1.1.2.1.5. Impuesto de sociedades

Conforme a lo dispuesto en el Art. 17 de la Ley del Impuesto de Sociedades la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal.

Además, ha de minorarse el valor fiscal de lo aportado, en su caso, en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente que hayan sido fiscalmente deducibles.

Por lo que respecta a la sociedad receptora del inmueble, no tributa como ingreso la aportación, puesto que el art. 36.2 del Código de Comercio, al cual remite el Art. 10.3 de la Ley del Impuesto de Sociedades, excluye de la consideración de ingreso, al incremento del patrimonio neto que tenga su origen en aportaciones de socios o propietarios.

1.1.2.1.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

Me remito a lo analizado en el apartado 1.1.1.1.6.

1.1.2.1.7. Impuesto de donaciones

No presenta especialidad. Procede remitirse a lo analizado en el apartado 1.1.1.1.7.

1.1.2.2. Aportación por no residente fiscal

1.1.2.2.1. Impuesto de operaciones societarias

Me remito a lo analizado en el apartado 1.1.1.1.1.

1.1.2.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

Me remito a lo analizado en el apartado 1.1.1.1.2.

1.1.2.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

Me remito a lo analizado en el apartado 1.1.1.1.3.

1.1.2.2.4. Impuesto sobre el valor añadido

Me remito a lo analizado en el apartado 1.1.1.2.4 respecto de las personas físicas no residentes.

1.1.2.2.5. Impuesto sobre la renta de no residentes

Me remito a lo analizado para las personas físicas no residentes en el apartado 1.1.1.2.5.

1.1.2.2.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

En sí misma, la tributación en el IIVNTU no difiere de la corresponde en caso de aportación por persona física o jurídica residente fiscal, por lo que nos remitimos a lo ya analizado en el apartado 1.1.1.1.6.

A diferencia de la aportación realizada por persona física no residente, en la cual la LRHL impone la consideración de sustituto del contribuyente al adquirente, (objeto de análisis en el apartado 1.1.1.2.6.), **tratándose de aportación por persona jurídica no residente, la citada LRHL no atribuye a la entidad receptora del inmueble tal consideración de sustituto del contribuyente.**

No acabamos de entender la razón de tal distinción, puesto que el fundamento de establecer la condición de sustituto del contribuyente en caso de transmisión por no residentes fiscales parece radicar en evitar que se eluda el pago del impuesto en caso de no residentes fiscales que abandonen el país tras la transmisión, con la consiguiente dificultad para la administración local de realizar la reclamación internacional del tributo. Esta dificultad sería predicable tanto en caso de transmisión por personas físicas como por personas jurídicas. No obstante, lo cierto es que el Art. 106.3 de la LRHL no considera sustituto del contribuyente al adquirente cuando la transmisión procede de una persona jurídica, al limitar tal consideración a la persona física, por disponer literalmente que *"tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente, la persona física o jurídica..., que adquiera el terreno..., cuando el contribuyente sea una persona física no residente en España"*.

1.1.2.2.7. Impuesto de donaciones

Me remito a lo analizado en el apartado 1.1.1.1.7.

1.2. Aportaciones a sociedad no residente en España

1.2.1. Aportación por persona física

1.2.1.1. Aportación por residente fiscal

1.2.1.1.1. Impuesto de operaciones societarias

Para que se produzca la sujeción al impuesto de Operaciones Societarias, ha de tratarse de una aportación a una "sociedad residente en España", concepto éste que es definido por el Artículo 6 TRLITP, que dispone:

1. El impuesto se exigirá:

B) Por las operaciones societarias realizadas por entidades en las que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que tengan en España la sede de dirección efectiva, entendiéndose como tal el lugar donde esté centralizada de hecho la gestión administrativa y la dirección de los negocios.

b) Que tengan en España su domicilio social, siempre que la sede de dirección efectiva no se encuentre situada en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea o, estándolo, dicho Estado no grave la operación societaria con un impuesto similar.

c) Que realicen en España operaciones de su tráfico, cuando su sede de dirección efectiva y su domicilio social no se encuentren situados en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea o, estándolo, estos Estados no graven la operación societaria con un impuesto similar.

En consecuencia, no concurriendo en la sociedad a la que se realiza la aportación ninguna de las circunstancias indicadas en el Referido Art. 6, el aumento de capital estará no sujeto al impuesto de Operaciones Societarias.

Pudiera pensarse que al estar exento el impuesto de operaciones societarias en los aumentos de capital, resultaría indiferente que esté no sujeto o bien que esté sujeto y exento. No obstante, como veremos, sí tendrá importancia, porque la no sujeción al impuesto de operaciones societarias determinará la sujeción al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, tal como resulta de las resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V2521-13 de 26/07/2013, V0960-14 de 03/04/2014 y V1619-14, de 23/06/2014.

1.2.1.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

No se produce la sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, tal como resulta de las resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V2521-13 de 26/07/2013, V0960-14 de 03/04/2014 y V1619-14, de 23/06/2014 como tampoco se produce la sujeción al impuesto de Operaciones Societarias, pero sí se produce la sujeción al impuesto de Actos Jurídicos Documentados, como hemos indicado en el epígrafe anterior.

Ahora bien, es preciso plantear de nuevo el supuesto de aportación de finca gravada con hipoteca, distinguiendo si la entidad destinataria se subroga o no en el préstamo hipotecario.

En el primer supuesto (subrogación en el préstamo hipotecario), concurrirán dos hechos imponible, AJD, por el importe "neto" de la aportación y además el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas, por el importe de la deuda en que se subroga la entidad destinataria del bien; mientras que en el segundo supuesto (no subrogación en el préstamo hipotecario), se devengará únicamente el impuesto de Actos Jurídicos Documentados, por el total valor de lo aportado. Todo ello se contiene en la resolución de la Dirección General de Tributos a la Consultas Vinculante V0960-14 de 03/04/2014 y en la V1619-14, de 23/06/2014. Reproduzco a continuación el contenido de la primera de las citadas resoluciones, en la parte atinente a esta cuestión:

Respecto a la aportación del inmueble situado en España junto con el préstamo hipotecario que recae sobre el mismo a una entidad alemana, no procederá la exigencia del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por el Estado Español, por la modalidad de operaciones societarias, por producirse el hecho imponible de dicha modalidad fuera del ámbito de aplicación territorial del Impuesto; ahora bien, ha de tenerse en cuenta que en la operación planteada toda la aportación no dineraria no corresponde al capital que se va a suscribir en la ampliación de capital de la sociedad alemana, ya que parte de dicha aportación tiene otra contraprestación que deberá tributar conforme a la verdadera naturaleza jurídica de la operación que se realiza. En este sentido, en las operaciones en que se aporten bienes y derechos conjuntamente con deudas, sólo la diferencia entre aquéllos y éstas –es decir, el importe neto de la aportación– quedará cubierto por la ampliación de la sociedad, pues es ese importe neto el que deberá coincidir con el importe del capital social que se suscribe. Sin embargo, el resto

de la aportación, esto es, la parte que coincide con la deuda que se aporta, constituirá una adjudicación expresa en pago de asunción de deudas, pues la sociedad asumirá expresamente el pago de la deuda pendiente de pago, y como tal tendrá la consideración de transmisión patrimonial onerosa, conforme a lo dispuesto en el apartado 2.A) del artículo 7 del TRLITPAJD, en cuyo caso, al estar el inmueble situado en España, quedará dentro del ámbito de aplicación del impuesto, conforme al apartado A) del artículo 6 del TRLITPAJD .

Al tener la escritura que recoge dicha aportación dos convenciones diferentes, una sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas y otra fuera del ámbito de aplicación de la modalidad de operaciones societarias; con independencia de que la escritura se formalice en España o en el extranjero, al tratarse de una operación que recae sobre un bien inmueble situado en España, inscribible por tanto en un registro público español, y por la convención que no quede sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, al no estar dicha convención sujeta al concepto de operaciones societarias, resultará de aplicación la modalidad de actos jurídicos documentados, cuota variable del Documento Notarial, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6.C) y 31.2 del TRLITPAJD.

Ahora bien, la tributación por el concepto de TPO en caso de aportación de finca gravada con hipoteca, con subrogación en la deuda de la entidad receptora, está siendo objeto de revisión, como hemos venido indicando a lo largo de este artículo, así lo expresó el Tribunal Supremo, en su Auto de 18/07/2019 (ROJ 8393/2019). en el cual anunció que se pronunciaría sobre la fiscalidad de tales operaciones, a fin de fijar el criterio jurisprudencial.

1.2.1.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

Por no estar sujeta al impuesto de Operaciones Societarias ni al de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, sí está la aportación a la sociedad no residente fiscal sujeta al de Actos Jurídicos Documentados, al concurrir los requisitos del Art. 31.2 TRLITP, como resulta de las reiteradas resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V2521-13 de 26/07/2013, V0960-14 de 03/04/2014 y V1619-14, de 23/06/2014.

1.2.1.1.4. Impuesto sobre el valor añadido

Me remito a lo indicado en el apartado 1.1.1.1.4.

1.2.1.1.5. Impuesto sobre la renta de las personas físicas

Es preciso distinguir si la entidad a la que se aporta tiene o no personalidad jurídica, así:

— Si la entidad receptora del inmueble no tiene personalidad jurídica, tal aportación no daría lugar a la obtención de una ganancia o pérdida patrimonial en el aportante, de acuerdo con el artículo 33 LIRPF, dado que no se produciría una alteración en la composición del patrimonio.

Se entiende en este caso que no va a existir una transmisión de la propiedad del inmueble en términos jurídicos, ya que la titularidad del bien inmueble, con posterioridad al momento de la referida aportación, seguiría siendo del aportante.

— Si la entidad receptora sí tiene personalidad jurídica, daría lugar a la obtención de una ganancia o pérdida patrimonial en el aportante, de acuerdo con el artículo 33 LIRPF, dado que se produciría una alteración en la composición de su patrimonio.

En este caso se entiende que sí va a existir una transmisión de la propiedad del inmueble en términos jurídicos, ya que la titularidad del bien inmueble, con posterioridad al momento de la referida transmisión, ya no seguirá siendo del aportante, sino de la entidad receptora.

Lo expuesto viene corroborado por la Resolución de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante V0960-14 de 03/04/2014.

Siendo el objeto de estudio en este trabajo las aportaciones a sociedades de capital, con personalidad jurídica, de ahí el régimen fiscal y contable que resulta de este tipo de aportaciones, se encuadra dentro de la segunda opción indicada.

En este caso, la tributación es la misma que la analizada en el apartado 1.1.1.1.5.

1.2.1.1.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

Me remito a lo indicado en el apartado 1.1.1.2.6.

1.2.1.1.7. Impuesto de donaciones

Procede la remisión al apartado 1.1.1.1.7.

1.2.1.2. Aportación por no residente fiscal

1.2.1.2.1. Impuesto de operaciones societarias

Me remito a lo indicado en el apartado 1.2.1.1.1, es decir, no concurriendo en la sociedad no residente fiscal a la que se realiza la aportación ninguna de las circunstancias indicadas en el Referido Art. 6, el aumento de capital no estará sujeto al impuesto de Operaciones Societarias.

1.2.1.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

El tratamiento es el mismo al analizado en el supuesto 1.2.1.1.2, es decir, no se produce la sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, tal como resulta de las resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V2521-13 de 26/07/2013, V0960-14 de 03/04/2014 y V1619-14, de 23/06/2014.

1.2.1.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

Por no estar sujeta al impuesto de Operaciones Societarias ni al de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, sí está la aportación a la sociedad no residente fiscal sujeta al impuesto de Actos Jurídicos Documentados, al concurrir los requisitos del Art. 31.2 TRLITP, como resulta de las reiteradas resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V2521-13 de 26/07/2013, V0960-14 de 03/04/2014 y V1619-14, de 23/06/2014 al igual que indicamos en el supuesto 1.2.1.1.3.

1.2.1.2.4. Impuesto sobre la renta de no residentes

Para este último supuesto, procede aplicar lo indicado en el apartado 1.1.1.2.5, a excepción de la **obligación de retener el 3% del IRNR**.

Recordemos que el artículo 25.2 del TRLIRNR establece que en las transmisiones de inmuebles situados en territorio español por no residentes que operen sin establecimiento permanente, el adquirente está obligado a retener e ingresar el 3%, o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente al no residente.

El segundo párrafo añade que no existirá dicha obligación por parte del adquirente en los casos de aportación de bienes inmuebles, en la constitución o aumento de capitales de sociedades residentes en territorio español.

Por tanto, tratándose de aportación a una sociedad no residente en España, **sí procede la retención e ingreso a cuenta del 3% del valor del inmueble aportado** por parte de la entidad adquirente.

En tal sentido se pronuncia además la resolución de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante V0960-14 de 03/04/2014.

Con independencia de la obligación de retención que corresponda a la entidad adquirente, respecto del IRNR del aportante no residente habrá que tener presente los Convenios de doble imposición firmados por España (22).

1.2.1.2.5. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

Me remito a lo indicado en el apartado 1.1.1.2.6.

1.2.1.2.6. Impuesto de donaciones

Me remito a lo analizado en el apartado 1.1.1.1.7.

1.2.2. Aportación por persona jurídica

1.2.2.1. Aportación por residente fiscal

1.2.2.1.1. Impuesto de operaciones societarias

Me remito a lo indicado en el apartado 1.2.1.1.1, es decir, no concurriendo en la sociedad no residente fiscal a la que se realiza la aportación ninguna de las circunstancias indicadas en el Referido Art. 6, el aumento de capital no estará sujeto al impuesto de Operaciones Societarias.

(22) En general en dichos convenios, tratándose de las rentas procedentes de los bienes inmuebles, son sometidas a imposición en el Estado contratante en que tales bienes estén situados (así el Convenio Hispano Alemán o Hispano Austríaco).

1.2.2.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

El tratamiento es el mismo al analizado en el supuesto 1.2.1.1.2, es decir, no se produce la sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, tal como resulta de las resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V2521-13 de 26/07/2013, V0960-14 de 03/04/2014 y V1619-14, de 23/06/2014.

1.2.2.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

Por no estar sujeta la aportación a la sociedad no residente fiscal al impuesto de Operaciones Societarias ni al de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, sí está sujeta al de Actos Jurídicos Documentados, al concurrir los requisitos del Art. 31.2 TRLITP, como resulta de las reiteradas resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V2521-13 de 26/07/2013, V0960-14 de 03/04/2014 y V1619-14, de 23/06/2014 al igual que indicamos en el supuesto 1.2.1.1.3.

1.2.2.1.4. Impuesto sobre el valor añadido

Me remito a lo indicado en el apartado 1.1.1.1.4

1.2.2.1.5. Impuesto de sociedades

El régimen fiscal es el analizado en el apartado 1.1.2.1.5.

1.2.2.1.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

Su tratamiento fiscal es el mismo que el visto en el apartado 1.1.1.1.6.

1.2.2.1.7. Impuesto de donaciones

Cabe remitirse a lo analizado en el apartado 1.1.1.1.7.

1.2.2.2. Aportación por no residente fiscal

1.2.2.2.1. Impuesto de operaciones societarias

Me remito a lo indicado en el apartado 1.2.1.1.1, es decir, no concurriendo en la sociedad no residente fiscal a la que se realiza la aportación ninguna de las circunstancias indicadas en el Referido Art. 6, el aumento de capital estará no sujeto al impuesto de Operaciones Societarias.

1.2.2.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

El tratamiento es el mismo al analizado en el supuesto 1.2.1.1.2, es decir, no se produce la sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, tal como resulta de las resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V2521-13 de 26/07/2013, V0960-14 de 03/04/2014 y V1619-14, de 23/06/2014.

1.2.2.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

Por no estar sujeta al impuesto de Operaciones Societarias ni al de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, sí está la aportación a la sociedad no residente fiscal sujeta al de Actos Jurídicos Documentados, al concurrir los requisitos del Art. 31.2 TRLITP, como resulta de las reiteradas resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V2521-13 de 26/07/2013, V0960-14 de 03/04/2014 y V1619-14, de 23/06/2014 al igual que indicamos en el supuesto 1.2.1.1.3.

1.2.2.2.4. Impuesto sobre la renta de no residentes

Procede realizar la remisión al apartado 1.2.1.2.4.

1.2.2.2.5. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

Me remito a lo analizado en al apartado 1.1.1.2.6.

1.2.2.2.6. Impuesto de donaciones

Me remito a lo analizado en el apartado 1.1.1.1.7.

2. APORTACIONES A SOCIEDADES DISTINTAS AL AUMENTO DE CAPITAL

Estas operaciones consisten en aportaciones no reintegrables que se realizan por los socios, siendo su finalidad usual dotar de liquidez a la sociedad (normalmente se realizan en metálico) incrementando el patrimonio neto, integrándose a efectos contables en la cuenta 118.

Se distinguen de las aportaciones en aumentos de capital, pues en las aportaciones a la cuenta 118 la cifra del capital social permanece inalterada, y en las aportaciones que analizamos tampoco se incrementa el valor nominal ni se emiten nuevas acciones o participaciones sociales (como sí ocurre en los aumentos de capital). Se diferencian de los préstamos porque se trata de aportaciones a fondos propios de la sociedad sin derecho de reembolso.

El Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad las contempla al referirse a ellas en la Cuenta 118 "Aportaciones de socios o propietarios":

Elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas.

La entrega de bienes o la prestación de servicios a la sociedad por parte de los socios o propietarios de la empresa, cuando no se realicen a título de capital y no sean reintegrables, se registran contablemente según lo establecido en el PGC NRV 18ª "Subvenciones, donaciones y legados recibos". En particular toda donación realizada por un socio a su empresa, de acuerdo con la NRV 18ª, debe registrarse en esta cuenta.

En concreto el apartado 2 NRV 18ª, *Subvenciones, donaciones y legados otorgados por socios o propietarios*, establece:

"Las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables recibidos de socios o propietarios, no constituyen ingresos, debiéndose

registrar directamente en los fondos propios, independientemente del tipo de subvención, donación o legado de que se trate. La valoración de estas subvenciones, donaciones y legados es la establecida en el apartado 1.2 de esta norma”.

Carente de regulación específica en nuestro Derecho, únicamente nos encontramos una referencia normativa a tales operaciones en el citado Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, una referencia expresa a las mismas en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales onerosas, en sus artículos 19, 23, 24, 25 y 45.I.B.11, así como en la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.

Asimismo, la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales se refiere expresamente a este tipo de operaciones, pues el Art. 3 de la misma dispone:

“Aportaciones de capital

A efectos de la presente Directiva y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, tendrán la consideración de “aportaciones de capital” las siguientes operaciones:

h) el incremento del patrimonio social de una sociedad de capital, por medio de prestaciones efectuadas por un socio, que no suponga un aumento del capital social, pero que ...pueda aumentar el valor de las partes sociales”.

Un análisis muy preciso de su régimen sustantivo y naturaleza jurídica se realiza en los artículos *“Aportaciones sin aumento de capital. Una fisura en el sistema de las sociedades de capital”*(23), *“Un negocio jurídico low cost. “Aportación a la 118”*(24)” y *“Aportaciones de socios no integradas en el capital social*(25)”, en los que además se estudia la fiscalidad de tales operaciones.

(23) Juan E. BALLESTER COLOMER y Leticia BALLESTER AZPITARTE, *Cuadernos de Derecho y Comercio, del Consejo General del Notariado, número 71, junio 2019.*

(24) Juan E. BALLESTER COLOMER y LETICIA BALLESTER AZPITARTE, *Diario La Ley* Nº 9366, *Sección Tribuna*, 26 de febrero de 2019, Ed. Wolters Kluwer.

(25) Luis Alfonso ROJÍ CHANDRO y Dolores DIZY MENÉNDEZ, *Cuadernos de*

BALLESTER COLOMER y BALLESTER AZPITARTE, autores de los dos primeros artículos, definen estas aportaciones “a la Cuenta 118” como *aquel negocio jurídico traslativo del dominio por virtud del cual uno o varios socios aportan dinero, bienes o derechos a los fondos propios de una sociedad sin contraprestación. Se trata de una aportación definitiva que sigue el principio de irrevocabilidad del capital social; “a fondo perdido” o “no reintegrable”, como dice la Consulta Vinculante V1978-16.*

Aun cuando en principio dichas aportaciones suelen realizarse en dinero, al tener por finalidad usual dotar de liquidez a la sociedad, nada obsta a que se realicen por otros motivos(26), pudiendo ser objeto de aportación cualesquiera otros bienes o derechos de contenido económico, entre ellos, bienes inmuebles.

Por otra parte, aún cuando no hay una contraprestación reflejada en un mayor valor nominal de las acciones o participaciones –o atribución de nuevas acciones o participaciones– (como en el aumento de capital), no obstante, sí existe una contraprestación, en la medida que se le atribuye un mayor valor de adquisición de las acciones o participaciones que ostentaba el socio aportante (en tal sentido la resolución de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante V1978-16, antes citada).

Por tratarse de un régimen fiscal en muchos de los tributos analizados similar a lo expuesto para las aportaciones en aumentos de capital, me limitaré a realizar las oportunas remisiones, destacando las salvedades que se derivan del especial régimen tributario de estas operaciones.

2.1. Aportaciones a sociedad residente en España

2.1.1. Aportación por persona física

2.1.1.1. Aportación por residente fiscal

2.1.1.1.1. Impuesto de operaciones societarias

Sujeta y exenta (Art. 25 y 45.I.B.11 TRLITP).

Derecho y Comercio, del Consejo General del Notariado, número 66, año 2016.

(26) En la citada Consulta Vinculante V1978-16, que culminó en la resolución de la Dirección General de Tributos, se hacía constar como una posible finalidad la de financiar proyectos específicos.

2.1.1.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

Al estar sujeta (pero exenta) al Impuesto de Operaciones Societarias, no está sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas.

No obstante, en caso de aportación de finca gravada con préstamo hipotecario, habría que distinguir si la sociedad receptora del inmueble se subroga o no en el préstamo hipotecario, siendo el régimen fiscal en tales casos el mismo que el analizado en el apartado 1.1.1.1.2.

2.1.1.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

Por tratarse de una operación sujeta (pero exenta) al Impuesto de Operaciones Societarias, no está sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados.

Al igual que lo analizado para las aportaciones en aumentos de capital, en caso de aportación de finca gravada con préstamo hipotecario, habría que distinguir si la sociedad receptora del inmueble se subroga o no en el préstamo hipotecario, para concluir que el régimen tributario es idéntico al visto en el apartado 1.1.1.1.3.

2.1.1.1.4. Impuesto sobre el valor añadido

Concurriendo en el aportante y en el objeto aportado los requisitos que determinan la sujeción a dicho impuesto, al tratarse de una "entrega de bienes", el régimen fiscal es análogo al analizado para las aportaciones en aumentos de capital en el apartado 1.1.1.1.4.

2.1.1.1.5. Impuesto sobre la renta de las personas físicas

Se considera un aumento del valor de adquisición de las acciones o participaciones sociales del aportante, que tiene evidente trascendencia con ocasión de una transmisión posterior de las mismas, al calcular si se ha producido ganancia o pérdida patrimonial.

En lo relativo a la aportación del inmueble a la sociedad, el tratamiento fiscal no difiere del analizado para las aportaciones en aumentos de capital en el apartado 1.1.1.1.5.

Estas aportaciones han de realizarse por los socios a prorrata de los respectivos porcentajes de participación en el capital social, puesto que, en el supuesto de que tales aportaciones no sean proporcionales, se estará produciendo una transmisión a título lucrati-

vo por parte del socio que realice mayor aportación, tanto para la sociedad destinataria como para los demás socios, por el importe correspondiente al porcentaje excedido, cuestión ésta última que veremos al analizar el impuesto de donaciones.

Limitándose el presente trabajo al estudio de la fiscalidad en los negocios de aportación, no me referiré a las consecuencias fiscales en caso de restitución de tales aportaciones. No obstante, en los artículos a que he hecho referencia anteriormente ("*Aportaciones sin aumento de capital. Una fisura en el sistema de las sociedades de capital*"(27), "*Un negocio jurídico low cost. Aportación a la 118*"(28)) y "*Aportaciones de socios no integradas en el capital social*"(29)) se examina la tributación de la restitución de las aportaciones, con excelentes ejemplos en el último de los citados.

2.1.1.1.6. Impuesto de sociedades

Si el socio no realiza la aportación proporcionalmente a su participación en la sociedad, el exceso de tal aportación en relación a su porcentaje de participación se considera para la sociedad receptora una liberalidad, que ha de computarse como ingreso sujeto a tributación, tal como resulta del Art. 17.5 de la Ley del Impuesto de Sociedades.

2.1.1.1.7. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

El régimen fiscal es análogo al analizado en el apartado 1.1.1.1.6.

2.1.1.1.8. Impuesto de donaciones

Tal como hemos visto anteriormente, si las aportaciones no se realizan a prorrata de la respectiva participación de cada socio en el capital social, se produciría una transmisión a título lucrativo por

(27) Juan E. BALLESTER COLOMER y Leticia BALLESTER AZPITARTE, *Cuadernos de Derecho y Comercio, del Consejo General del Notariado, número 71, junio 2019*.

(28) Juan E. BALLESTER COLOMER y Leticia BALLESTER AZPITARTE, *Diario La Ley* Nº 9366, *Sección Tribuna*, 26 de febrero de 2019, Ed. Wolters Kluwer.

(29) Luis Alfonso ROJÍ CHANDRO y Dolores DIZY MENÉNDEZ, *Cuadernos de Derecho y Comercio, del Consejo General del Notariado, número 66, año 2016*.

parte del socio que realice mayor aportación a favor de los demás socios, por el importe correspondiente al porcentaje excedido.

Así se infiere de las resoluciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas Vinculantes V2180-09 de 29/09/2009 y V1978-16, de 9/05/2016.

Entienden BALLESTER COLOMER y BALLESTER AZPITARTE, en los artículos antes referidos, que la donación respecto de los socios favorecidos sólo se acabaría consumando si después enajenan sus acciones o participaciones sociales, se convierte la cuenta en capital, se distribuye como reservas o se reparte en la liquidación social. Por su parte, ROJÍ CHANDRO y Dolores DIZY MENÉNDEZ, no establecen tal matización en su referido trabajo.

Dado que la realización de estas aportaciones requiere acuerdo de la Junta General, si los socios favorecidos no hubiesen votado a favor de tal acuerdo, difícilmente podría exigírseles el impuesto de donaciones con motivo de la aportación, pues recordemos que el Art. 629 del Código Civil dispone que *la donación no produce efecto, ni obliga al donante, desde la aceptación* (30). Por ello considero que, la distinción en torno al momento de la consumación a que se refieren los citados autores, podría plantearse únicamente en relación a los socios favorecidos que hubieran votado a favor, pues respecto de los otros socios únicamente podría exigírseles el tributo cuando realicen alguno de los actos posteriores (enajenación de sus acciones o participaciones sociales, conversión de la cuenta en capital, distribución como reservas o reparto en la liquidación) que vengan a suponer la aceptación de la donación.

Tanto si se considera la donación consumada en el momento de la aportación, como si se entiende que se produce con ocasión de la realización de los actos indicados, se presentarían problemas en la aplicación práctica del tributo. En el segundo caso, habría evidentes dificultades de control para que la administración tributaria del acto que determinase la consumación de la donación; y en el primero, esto es, de liquidarse la donación con ocasión de la aportación, las complicaciones para reclamar lo pagado serían para el contribuyente.

De realizarse la liquidación, en lo relativo a la fijación del punto de conexión que determine la administración autonómica competente y con ello la legislación tributaria aplicable (así como, en su

(30) Aunque un supuesto de donación recibida "por sorpresa" lo tenemos en el caso de la repudiación y renuncia de herencia, recogidas en el Art. 28 LISD.

caso, las posibles bonificaciones fiscales), aun cuando la operación que genere el impuesto sea la aportación de un inmueble, la competencia vendría determinada por la residencia fiscal del sujeto pasivo favorecido por la mayor aportación, pues no se produce adquisición inmobiliaria alguna en el beneficiado, sino una mayor cuota de participación en el patrimonio neto de la sociedad.

2.1.1.2. Aportación por no residente fiscal

2.1.1.2.1. Impuesto de operaciones societarias

Sujeta y exenta (Art. 25 y 45.I.B.11 TRLITP).

2.1.1.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

El régimen es análogo al indicado en el apartado 2.1.1.1.2, con las remisiones en él realizadas.

2.1.1.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

El régimen es idéntico al contenido en el apartado 2.1.1.1.3, con las remisiones en él realizadas.

2.1.1.2.4. Impuesto sobre el valor añadido

Me remito a lo analizado en el apartado 1.1.1.2.4.

2.1.1.2.5. Impuesto sobre la renta de no residentes

Al igual que lo indicado para los residentes en el IRPF, tratándose de aportante no residente, se considera un aumento del valor de adquisición de las acciones o participaciones sociales del aportante, que tendrá trascendencia con ocasión de una transmisión posterior de las mismas, al calcular si se ha producido ganancia o pérdida patrimonial.

Tal como expresé en el tratamiento del IRPF para aportantes residentes fiscales, en este trabajo me limito al estudio de la fiscalidad en los negocios de aportación, sin analizar las consecuencias fiscales en caso de restitución de dichas aportaciones. Aun cuando en los artículos doctrinales antes citados no se analice específicamente la tributación de tal restitución en el IRNR, el tratamiento que sí hacen

de las expresadas operaciones en el IRPF para residentes fiscales servirá para determinar el régimen tributario en los no residentes.

En lo relativo a la aportación del inmueble a la sociedad, el tratamiento fiscal no difiere del analizado para las aportaciones en aumentos de capital en el apartado 1.1.1.2.5.

Cabe plantearse la siguiente pregunta **¿existe la obligación de retener el 3% del valor del inmueble aportado?**

El Art. 25.2, párrafo 2º LIRNR establece que no existe obligación de retención para las aportaciones en constitución o aumento de capital, concretamente dispone:

No procederá el ingreso a cuenta a que se refiere este apartado en los casos de aportación de bienes inmuebles, en la constitución o aumento de capitales de sociedades residentes en territorio español.

No obstante, no se exceptúan en dicho precepto estas operaciones de aportación no reintegrable, lo que podría llevarnos a considerar que sí hay obligación de retener.

BALLESTER COLOMER y BALLESTER AZPITARTE (31) consideran que, al no existir contraprestación en estas aportaciones, se tratan de transmisiones a título gratuito, con lo cual no existiría obligación de retener, pues dicha retención únicamente se establece en las transmisiones a título oneroso.

Sin embargo, en estas operaciones sí existe una contraprestación para el aportante, pues se le confiere mayor valor de adquisición a sus acciones o participaciones sociales, del mismo modo que ocurre en las aportaciones realizadas en los aumentos de capital que se materializan en el incremento del valor nominal de las participaciones del aportante (32), ya que en ambos casos resulta incrementado el valor de adquisición, con la única diferencia de que en estas aportaciones a la cuenta 118 no se eleva el valor nominal de las acciones o participaciones sociales.

Por otra parte, como hemos visto, únicamente habrá liberalidad en caso de aportación no proporcional y además limitada a la parte que exceda del porcentaje de participación del aportante en la sociedad.

(31) "Aportaciones sin aumento de capital, una fisura en el sistema de las sociedades de Capital", Cuadernos de Derecho y Comercio, número 71, junio 2019.

(32) En las que no hay retención, pero porque las excluye expresamente el Art. 25.2 LIRNR.

A estos argumentos hay que añadir que la *aportación a la Cuenta 118 no es un contrato abstracto sino causal, en el que sí hay contraprestación: los aportantes entregan dinero o bienes sustituyéndolos en su patrimonio por "el mayor valor de sus acciones o participaciones"*, como indican BALLESTER COLOMER y BALLESTER AZPITARTE en los artículos citados, quienes también consideran que a diferencia de una donación realizada por un no socio, que es esencialmente gratuita, *en estas aportaciones, el aportante deja de ser propietario de la cosa, pero para convertirse en "copropietario" indirecto de la misma, beneficiándose del mayor valor de sus acciones o participaciones*.

Por todo ello no podemos catalogar a estas aportaciones como "realizadas sin contraprestación" a los efectos del Art. 25.2 LIRNR y en consecuencia **estas operaciones estarían sujetas a la obligación de retener el 3%** del valor del inmueble aportado.

Podría aducirse que, cuando el Art. 25.2 LIRNR excepciona de la obligación de retención a las "aportaciones de inmuebles en aumentos de capital", no estaría excluyendo a este tipo de aportaciones que no constituyen aumentos de capital, estando por tanto incluidas en dicha excepción como equiparadas a las que se realizan en aumentos de capital, obedeciendo la razón de no ser expresamente citadas por el precepto al hecho de que estas aportaciones a la cuenta 118 no se contemplan en la normativa tributaria por tratarse de un figura carente de regulación sustantiva específica, existiendo únicamente referencia a las mismas en el ámbito contable(33).

Personalmente me inclino por la existencia de dicha obligación de retención, tanto por la interdicción de la analogía en el ámbito fiscal (art. 14 LGT) como porque la normativa tributaria no desconoce estas aportaciones, puesto que se refiere en concreto a ellas el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas en los artículos 19, 23, 24, 25 y 45.I.B.11 TRLITP, diferenciándolas expresamente de las aportaciones en aumentos de capital.

(33) Aun en el caso de seguirse esta postura, habría que tener en cuenta que, si se aporta un bien gravado con hipoteca, subrogándose la entidad receptora en el préstamo, al considerarse esta subrogación una adjudicación en pago de asunción de deuda, procedería realizar la retención (tal como hemos visto en el apartado 1.1.1.2.5.).

2.1.1.2.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

El régimen fiscal es análogo al analizado en el apartado 1.1.1.2.6.

Tratándose de un aportante persona física no residente, cabe plantearse si **la entidad receptora del inmueble adquiriría la condición de sustituto del contribuyente.**

De seguir la postura de BALLESTER COLOMER y BALLESTER AZPITARTE (referida en epígrafe anterior) y por tanto considerar el negocio de aportación a la cuenta 118 como un negocio a título lucrativo, no se atribuiría a la entidad adquirente la condición de sustituto del contribuyente, pues el último párrafo del Art. 106.2 LRHL asigna tal condición al adquirente (en transmisiones por persona física no residente) únicamente en las transmisiones a título oneroso, no en las transmisiones a título lucrativo.

No obstante, y por los argumentos expuestos en el epígrafe anterior al tratar la implicación en el IRNR, no pueden catalogarse estas aportaciones como transmisiones a título lucrativo, por lo que **la sociedad receptora del inmueble adquiriría la condición de sustituto del contribuyente.**

2.1.1.2.7. Impuesto de donaciones

Me remito a lo indicado en el apartado 2.1.1.1.8.

2.1.2. Aportación por persona jurídica

2.1.2.1. Aportación por residente fiscal

2.1.2.1.1. Impuesto de operaciones societarias

Sujeta y exenta (Art. 25 y 45.I.B.11 TRLITP).

2.1.2.1.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

Al estar sujeta (pero exenta) al Impuesto de Operaciones Societarias, no está sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas.

No obstante, en caso de aportación de finca gravada con préstamo hipotecario, habría que distinguir si la sociedad receptora del inmueble se subroga o no en el préstamo hipotecario, siendo el ré-

gimen fiscal en tales casos el mismo que el analizado en el apartado 1.1.1.1.2.

2.1.2.1.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

Por tratarse de una operación sujeta (pero exenta) al Impuesto de Operaciones Societarias, no está sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados.

Al igual que lo analizado para las aportaciones en aumentos de capital, en caso de aportación de finca gravada con préstamo hipotecario, habría que distinguir si la sociedad receptora del inmueble se subroga o no en el préstamo hipotecario, para concluir que el régimen tributario es idéntico al visto en el apartado 1.1.1.1.3.

2.1.2.1.4. Impuesto sobre el valor añadido

Concurriendo en el aportante y en el objeto aportado los requisitos que determinan la sujeción a dicho impuesto, al tratarse de una "entrega de bienes", el régimen fiscal es análogo al analizado para las aportaciones en aumentos de capital en el apartado 1.1.1.1.5.

2.1.2.1.5. Impuesto de sociedades

Si la entidad aportante no realiza la aportación proporcionalmente a su participación en la sociedad beneficiaria, el exceso de tal aportación en relación a su porcentaje de participación se considera para la sociedad receptora una liberalidad, que ha de computarse como ingreso sujeto a tributación, pues así resulta del Art. 17.5 de la Ley del Impuesto de Sociedades.

Además, en el supuesto de que tales aportaciones no sean proporcionales, se estará produciendo asimismo una transmisión a título lucrativo por parte del socio que realice mayor aportación a favor de los demás socios, por el importe correspondiente al porcentaje excedido. Si alguno de los socios beneficiados es una entidad sujeta al IS, dicho exceso ha de tributar como liberalidad (Art. 17.5 LIS).

No obstante, hemos de tener presente las consideraciones que se realizan en el apartado relativo al impuesto de donaciones (2.1.1.1.8) sobre el momento en que se produzca la "consumación" de la liberalidad, en la medida que sean trasladables a este tributo.

Reitero que en este trabajo me limito al estudio de la fiscalidad en los negocios de aportación, sin analizar las consecuencias fiscales en

caso de restitución de tales aportaciones. Al igual que para el IRPF, en sede de Impuesto de Sociedades, en los artículos de los autores antes citados se realiza un estudio de la fiscalidad para el caso de restitución de las aportaciones, con ejemplos muy ilustrativos, especialmente en el trabajo de ROJÍ CHANDRO y Dolores DIZY MENÉNDEZ.

En lo relativo a la aportación del inmueble a la sociedad, el tratamiento fiscal no difiere del analizado para las aportaciones en aumentos de capital en el apartado 1.1.2.1.5.

2.1.2.1.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

El régimen fiscal es análogo al analizado en el apartado 1.1.1.1.6.

2.1.2.1.7. Impuesto de donaciones

Por lo demás, me remito a lo expuesto en el apartado 2.1.1.1.8.

2.1.2.2. Aportación por no residente fiscal

2.1.2.2.1. Impuesto de operaciones societarias

Sujeta y exenta (Art. 25 y 45.I.B.11 TRLITP).

2.1.2.2.2. Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas

El régimen es análogo al indicado en el apartado 2.1.1.1.2, con las remisiones en él realizadas.

2.1.2.2.3. Impuesto de actos jurídicos documentados

El régimen es idéntico al contenido en el apartado 2.1.1.1.3, con las remisiones en él realizadas.

2.1.2.2.4. Impuesto sobre el valor añadido

Me remito a lo analizado en el apartado 1.1.1.2.4.

2.1.2.2.5. Impuesto sobre la renta de no residentes

Se considera un aumento del valor de adquisición de las acciones o participaciones sociales del aportante, que tendrá su relevancia en una transmisión posterior de las mismas

En lo relativo a la aportación del inmueble a la sociedad, el tratamiento fiscal no difiere del analizado para las aportaciones en aumentos de capital en el apartado 1.1.1.2.5.

En cuanto a la cuestión relativa a la procedencia de la **obligación de retener el 3% del valor del inmueble aportado**, me remito a lo analizado para las aportaciones por personas físicas no residentes en el epígrafe 2.1.1.2.5, en el que concluyo que sí procede realizar tal retención.

2.1.2.2.6. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

El régimen fiscal es análogo al analizado en el apartado 2.1.1.2.6, con la particularidad de que en este caso no tendrá lugar la atribución de la condición de sustituto del contribuyente a la entidad receptora del inmueble, al ser el aportante persona jurídica no residente (Art. 106.2 párrafo segundo LRHL).

2.1.2.2.7. Impuesto de donaciones

El régimen fiscal es análogo al analizado en el apartado 2.1.1.1.8.

2.2. Aportaciones a sociedad no residente en España

Como hemos visto, se trata de una operación carente de regulación sustantiva específica en España, pues únicamente se contempla en el ámbito contable y fiscal. Por ello, para que tengan lugar este tipo de aportaciones con destino en una entidad no residente en España, se requeriría que en el país de residencia de dicha entidad exista una figura equivalente.

La Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, contempla estas operaciones en su Art. 3. Ahora bien, si ya estas operaciones, con aportación de inmuebles, son muy infrecuentes tratándose de sociedades residentes en España, mucho

más excepcionales serán las que tengan “conexión española” y destino una sociedad no residente.

Por ello, para resolver las cuestiones sobre el régimen tributario de estas operaciones con destino en una entidad no residente en España, habrá que acudir a la combinación de lo expuesto en este trabajo para las aportaciones a la cuenta 118 cuya destinataria sea una entidad residente en España y lo analizado respecto de las aportaciones a sociedad no residente en operaciones de aumento de capital.

Vera (Almería), 15 de octubre de 2019

LA RENUNCIA A LA HERENCIA EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES

José María Vázquez Moreno

Graduado en Derecho

Empleado de notaría

Co-administrador de la web www.tottributs.com

Resumen: La fiscalidad de la repudiación de la herencia en el IS está condicionada por si la misma se produce habiendo prescrito o no el impuesto y según se realiza a favor o no de persona determinada.

Palabras clave: repudiación herencia, prescripción.

Abstract: The taxation of the relinquishment of inheritance in inheritance tax is conditional upon whether or not the tax is prescribed and according to whether or not it is carried out in favour of a specific person.

Key words: relinquishment of inheritance, prescription.

La regulación civil de la aceptación y repudiación de la herencia está contenida en los artículos 988 a 1.009 del Cc.

La repudiación de la herencia es un negocio jurídico unilateral que consiste en una declaración de voluntad el contenido de la cual es el rechazo del ius delationis que el causante o la Ley habían deferido al heredero(1).

(1) La DGT, en la consulta V2775-09 de 15 de diciembre, exige para repudiar una herencia que un no residente obtenga el correspondiente NIF o NIE. El argumento es que dicho documento es necesario para las relaciones con trascendencia tributaria que pueda establecer éste con la Administración. A nuestro parecer, siendo la repudiación un acto no sujeto a ISD, la exigencia del NIF o NIE parece innecesaria más allá que pueda ser exigible por la legislación notarial para otorgar el documento de renuncia.

De acuerdo con el art. 1008 del Cc, la repudiación de la herencia se ha de realizar de manera expresa en documento público o bien mediante escrito dirigido al Juez competente.

La repudiación de la herencia es irrevocable y no puede realizarse parcialmente ni someterse a plazo o condición (arts. 990 y 997 del Cc).

El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento (art. 404 del Cc), retrotrayéndose los efectos de la misma al momento de la defunción del causante (art. 989 del Cc).

Desde un punto de vista fiscal, la repudiación o renuncia a una herencia está regulada en los arts. 28 de la LISD y 58 del RISD.

La regulación contenida en la LISD está presidida por una voluntad por parte del legislador de evitar que mediante el uso de la citada institución se encubran desplazamientos patrimoniales vivos que eluda el pago del tributo correspondiente.

El artículo 28 de la LISD regula tres supuestos de repudiación o renuncia a la herencia:

a) La repudiación o renuncia a una herencia o legado de manera **pura, simple y gratuita**.

b) La renuncia a una herencia o legado **a favor de persona determinada**, también conocida como renuncia traslativa.

c) La repudiación o renuncia a una herencia o legado **prescrita**.

Por lo que hace al supuesto de la letra a), esto es, la renuncia pura, simple y gratuita, ésta no tiene ninguna trascendencia respecto al renunciante, que en ningún caso ha llegado a adquirir la porción hereditaria repudiada.

Respecto a la adquisición que realiza el beneficiario de la renuncia la LISD y el RISD prevén una serie de **reglas especiales** que conviene conocer;

Así, **en primer lugar**, la LISD, en su art. 28.1 señala que los beneficiarios de la renuncia tributarán por la adquisición de la parte repudiada aplicando el coeficiente que corresponda a la cuantía de su patrimonio preexistente.

En cuanto al parentesco con el causante, se tendrá en cuenta el del renunciante con el causante siempre que tenga señalado uno más lejano al que correspondería al beneficiario(2).

(2) La regla del artículo 28.1 de la LISD no es aplicable a los supuestos de renuncia a las percepciones de un seguro de vida. En este sentido, conviene tener presente que el concepto seguro de vida es diferente al de

En caso contrario, esto es, si el del beneficiario fuere más lejano, se aplicaría este último por ser más beneficioso para Hacienda (*favor fisci*).

Dado que el art. 28.1 de la LISD se refiere única y exclusivamente a la aplicación del tipo de coeficiente para establecer la cuota tributaria, en lo referente a las reducciones de la base imponible el beneficiario tendrá derecho a aplicarse aquellas que le correspondan en función de su grado de parentesco con el causante (3).

En segundo lugar, el art. 58 del RISD señala que **en el caso que el beneficiario recibiese directamente otros bienes del causante** (además de los que recibe como beneficiario de la renuncia) se debe calcular por un lado;

- **La cuota correspondiente a la adquisición conjunta del total de los bienes recibidos** (por sucesión y por renuncia).
- **Las cuotas separadas correspondientes a la adquisición por derecho propio y la adquisición por renuncia.**

Una vez realizado dicho cálculo, **se ingresará en Hacienda la superior entre** la cuota conjunta y la suma de las cuotas separadas.

En el caso del cálculo de la cuota correspondiente a la adquisición conjunta, parece claro que podrán aplicarse en la base imponible las **reducciones** que correspondan por razón del parentesco entre beneficiario y causante además del coeficiente corrector por parentesco entre ambos.

Más dificultad ofrece el supuesto de **cálculo de las cuotas separadas** correspondientes a la adquisición por derecho propio y la adquisición por renuncia.

Así, **el coeficiente multiplicador a aplicar será aquel que corresponda**, de manera que a la adquisición por derecho propio

herencia, sin perjuicio que, como sabemos, las percepciones de los seguros de vida se acumulan a la base imponible de lo que se perciba por herencia efectos de determinar la cuota a ingresar (véase la consulta no vinculante 0160-99 de 9 de febrero de la DGT).

(3) Si bien inicialmente la DGT sostuvo en la consulta V1767-06 de 5 de septiembre que sólo eran aplicables las reducciones que se correspondieran con el coeficiente corrector aplicado, posteriormente parece haber cambiado de criterio. En este sentido, véase V3764-15 de 27 de noviembre, en la que apunta que el parentesco y el patrimonio preexistente sólo tiene relevancia a efectos de determinar el coeficiente corrector. A efectos de aplicar las reducciones, se tendrá en cuenta el parentesco del beneficiario con el causante.

se le aplicaría el del beneficiario y a la adquisición de la parte renunciada se le aplicaría el del renunciante.

Por lo que hace a las **reducciones aplicables** en el caso del cálculo de las cuotas separadas nada dice la Ley ni la DGT, por lo que el conflicto con la Administración está servido.

En este sentido, **no es claro si en la adquisición por derecho propio** pueden aplicarse las reducciones propias por razón del parentesco entre beneficiario de la renuncia y causante y cualquier otra de carácter subjetivo u objetivo.

Igualmente es confuso si en el cálculo de la cuota separada por **la adquisición realizada por la renuncia** deben aplicarse las reducciones que tuviere el renunciante con el difunto o las propias del beneficiario de la renuncia y en qué sentido.

Este cálculo, que no ofrecía ninguna dificultad en la antigua regulación del ISD, en la actualidad, con el juego de las reducciones, **es quizás de los más oscuros que ofrece la Ley**, sin que existan ejemplos claros sobre el mismo.

A nuestro parecer, **lo más coherente con la ratio de la norma** es aplicar en la **adquisición por derecho propio** el coeficiente multiplicador del beneficiario de la renuncia así como las reducciones a las cual pudiere tener derecho, ya sean subjetivas u objetivas.

Por lo que hace al cálculo de la cuota de la **adquisición por renuncia**, debería aplicarse el coeficiente multiplicador que tuviere el renunciante con el causante así como las reducciones a las cual tuviere derecho éste.

Entendemos que dicha forma de proceder es la más adecuada pues, en definitiva, **la lógica que guía la norma** es evitar que la cuantía que debía ingresarse por parte del renunciante se pierda por el juego de la renuncia y la tributación de la adquisición conjunta del total de los bienes recibidos.

Por lo que hace al supuesto de la letra b), esto es, la renuncia a favor de persona determinada, la LISD señala que el impuesto se exigirá al renunciante, sin perjuicio de lo que deba liquidarse, además, por la cesión o donación de la parte renunciada (4).

Por tanto, técnicamente, más que ante una renuncia estamos ante una aceptación de la herencia por parte del renunciante y una posterior disposición de su cuota hereditaria, que encuentra su aco-

(4) En los supuestos de renuncia a la herencia hecha en fraude de acreedores, véase la consulta no vinculante de la DGT 2282-01 de 20 de diciembre, en la que se apunta que el renunciante tributará por el ISD y, posteriormente, el adquirente por TPO. Realmente, estamos ante un mero efecto legal, ya que el renunciante, en ningún caso, deviene heredero.

modo, además, en el artículo 1000.3 del Cc que señala que se entenderá aceptada la herencia cuando la misma se renuncia a cambio de precio o bien de manera gratuita.

Si la (mal) llamada renuncia a favor de persona determinada lo es **a cambio de precio**, dicha adquisición por parte del beneficiario quedará sujeta a TPO (5).

Por el contrario, si la citada renuncia a favor de persona determinada se realiza **de manera gratuita**, la adquisición por parte del beneficiario quedará sujeta al impuesto de donaciones (6).

Todo ello, sin perjuicio de la tributación que corresponda en el ISD por parte del renunciante (7).

El fundamento de dicha fiscalidad reside en el hecho de que nadie puede disponer de algo que previamente no haya adquirido por lo que la consecuencia fiscal es coherente.

En este sentido, no estamos ante ninguna ficción fiscal, por lo que la renuncia a favor de persona determinada no sólo tendrá efectos para el renunciante en sede de ISD sino también en el IP, IRPF y en el IIVTNU, en su caso.

En este caso, **la fecha de devengo** de la adquisición del beneficiario debe situarse en la fecha del otorgamiento de la escritura de renuncia.

Finalmente, por lo que hace al supuesto de la letra c), esto es, la renuncia a una herencia o legado ya prescrito, tanto la Ley como el Reglamento la reputan, a efectos fiscales, como una donación.

Así, el renunciante no tributa por ISD al haber prescrito el impuesto, pero el favorecido por la renuncia tributa por el impuesto de donaciones. En este caso, se considera transmitente al renunciante.

(5) No debe confundirse el precio pagado como contraprestación con la base imponible a efectos de ISD. La base imponible de la venta de la cuota hereditaria será el valor real de los bienes y derechos que la compongan. En este sentido, véase STSJ de Madrid de 30 de diciembre de 2019, recurso 925/2018 donde se produce una curiosa confusión en el contribuyente.

(6) En el supuesto de renuncia a una herencia doble prescrita, la DGT señala que a efectos de determinar la adquisición del beneficiario debe entenderse que hay una única transmisión por el juego de la figura de la acumulación de donaciones prevista en el artículo 30 de la LISD. En este sentido, véase la consulta 0741-03 de 4 de junio de la DGT (no vinculante).

(7) Por tanto, el renunciante deberá realizar una liquidación tributaria en concepto de adquisición hereditaria y el beneficiario de la misma, además deberá realizar una liquidación en concepto de impuesto de donaciones o de TPO dependiendo de si la renuncia fue gratuita o a cambio de precio.

El fundamento de dicho precepto radica en evitar que, además de quedar prescrito el gravamen por la adquisición sucesoria también lo sea la adquisición que realice el beneficiario de la renuncia que, recordemos, tendría su causa en el fallecimiento del causante y no en un acto dispositivo del renunciante.

Así, la regla contenida en el apartado 3 del artículo 28 de la LISD solo produce en el ISD el efecto de gravar la adquisición lucrativa del beneficiario de la repudiación, pero sin que ello signifique que se presuma que el repudiante haya adquirido previamente la porción hereditaria objeto de la repudiación.

Con esta regla **se finge** que el beneficiario de la repudiación recibe la porción hereditaria repudiada por donación del repudiante, acto que se produce en el momento de dicha repudiación, pero no puede extender sus efectos más allá de sus términos estrictos.

En concreto, no puede interpretarse como efecto de dicha regla que el repudiante adquirió previamente la porción hereditaria objeto de la repudiación, **ni desde el punto de vista civil, ni desde el punto de vista fiscal** (8).

Y ello porque tanto la aceptación como la repudiación de la herencia tienen efectos "*ex tunc*", esto es, que se retrotraen al momento del fallecimiento del causante, lo que significa que tales bienes no pudieron pertenecer en ningún momento al repudiante.

Por tanto, nos encontramos ante una **ficción jurídica** que despliega sus efectos única y exclusivamente en el ISD, sin que pueda extenderse a otros impuestos (IP, IRPF o IIVTNU, en su caso) (9).

(8) Véase la consulta V0229-19 de 4 de febrero de la DGT. Por tanto, al no haber adquisición por parte del renunciante, no debe realizarse ninguna liquidación tributaria en concepto de ISD com si éste hubiere aceptado una herencia prescrita y después donada su participación en la misma. No hay adquisición ni a efectos civiles ni fiscales. En consecuencia, sólo debe realizarse una liquidación tributaria por el concepto de donaciones en la que el donante (fingido) será el renunciante y el donatario el beneficiario. El devengo debe situarse en el momento en que se otorga la correspondiente escritura de renuncia.

(9) En el caso de producirse una renuncia a una herencia prescrita a cambio de precio, a nuestro parecer, no procedería la tributación por el impuesto de donaciones sino que dicho supuesto debería incardinarse en los supuestos de renuncia traslativa.

El motivo reside en el hecho de que al renunciar a cambio de precio previamente se ha producido una adquisición (prescrita) y una transmisión posterior de carácter oneroso por lo que dicho supuesto debería encontrar su acomodo en el artículo 28.2 y no en el 28.3 de la LISD.