

Revista Jurídica del Notariado



JUL-DIC 20



Nº 111

RJN

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JUL-DIC 20



FUNDACIÓN
NOTARIADO

111

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.
- **Jose 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)

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

Se fallará a finales del año 2021 y competirán todos los artículos publicados desde el comienzo de la nueva etapa (años 2020 y 2021).

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

SUMARIO

LA TRIBUNA

- Efectos de la oposición en los procedimientos notariales de jurisdicción voluntaria** 13
Julio Banacloche Palao

DERECHO NOTARIAL

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Martín de Gaztelu, Notario de Carlos I en Yuste** 29
Alberto Sáenz de Santa María Vierna
- Presunción de veracidad y valor probatorio de escrituras y autoliquidaciones ante Hacienda** 39
Rafael Rivas Andrés
- Blockchain y función notarial** 119
Manuel González-Meneses García-Valdecasas

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Consolidación del necesario ejercicio directo de la función notarial e interdicción del uso de sociedades civiles profesionales para el desarrollo de la misma. Comentado la RDGRN de 18 de septiembre de 2019** . 149
Alfonso Romero y Carrillo de Mendoza

Trasladada a papel la copia autorizada electrónica puede ser empleada en el tráfico jurídico general. Comentando la RGRN (sistema notarial) de 4 de septiembre de 2019	155
Pedro Fernández Yáñez	

DERECHO CIVIL

ESTUDIOS DOCTRINALES

Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales	163
Alfonso-Luis Calvo Caravaca	

Algunas reflexiones sobre el Derecho de Familia hoy	181
Tomás Rubio Garrido	

Proyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo a las personas con discapacidad: análisis de las normas sucesorias afectadas	221
Cristina de Amunátegui Rodríguez	

Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad	277
Esther Muñiz Espada	

La división de la cosa común por el contador-partidor dativo notarial	327
Carlos Pérez Ramos	

Ineficacia de la partición hereditaria: en especial de la partición convencional	395
Lorena González Losantos	

PRÁCTICA JURÍDICA

El requisito de solemnidad en las parejas de hecho ..	461
Antonio Rodríguez González	

Deudas de causante, viudo usufructuario y legítima .	473
Paulino Tercero González	

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

- Golpe jurisprudencial de timón a la ganancialidad de las reservas no repartidas. Comentando la STS de 3 de febrero de 2020** 481
Jesús Leonart Castro

COMENTARIOS A RESOLUCIONES

- Pisos turísticos y comunidades de vecinos: el –estricto– alcance del nuevo art. 17.12 LPH –limitado– a los alquileres turísticos del art. 5.E) LAU. Comentando la Resolución DGSJ y FP de 5 abril 2020** 491
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

DERECHO CIVIL AUTONÓMICO

ESTUDIOS DOCTRINALES

- El derecho de adquisición preferente en caso de venta de cuota de herencia en el Código Civil de Cataluña..** 511
Antoni Vaquer Aloy

DERECHO FISCAL

- La fiscalidad de la conmutación del usufructo viudal en el ISD** 543
José María Vázquez Moreno

PANORAMA

- Entrega de la medalla de honor del colegio notarial de Aldalucía a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Discurso del Ilmo Sr. Decano D. Alfonso Castro Sáenz: “De la casa de las dudas a la casa de las certezas”** 555

RECENSIÓN

- Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa. S. Nasarre Aznar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020** 567
Esther Muñiz Espada

La Tribuna



EFFECTOS DE LA OPOSICIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS
NOTARIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Julio Banacloche Palao

EFFECTOS DE LA OPOSICIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS NOTARIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Julio Banacloche Palao

Catedrático de Derecho Procesal UCM

Resumen: Mientras no cabe duda de que la oposición en los expedientes judiciales de jurisdicción voluntaria, salvo disposición legal en contra, no pone fin al procedimiento, sin perjuicio de que se pueda iniciar posteriormente un proceso contencioso que tenga por objeto la misma cuestión ya decidida, nada se dice expresamente en la ley acerca de qué sucede cuando se plantea una oposición en los expedientes notariales. En este trabajo se analiza esta cuestión y se concluye que el criterio debe ser el mismo en ambos procedimientos, de modo que la formulación de oposición en un procedimiento notarial no debe impedir que este continúe tramitándose hasta su finalización.

Palabras clave: jurisdicción voluntaria/expediente notarial/oposición/cosa juzgada.

Summary: Whereas there is no doubt that the opposition in judicial proceedings of voluntary jurisdiction (non contentious jurisdiction) –except if there is a legal provision to the contrary– does not lead to the end of the procedure, without prejudice that in this case a contentious process may be initiated later with identical object, the Law keeps silent about what happens when an opposition is filed within the notarial proceedings. This issue is analysed in this paper, concluding that the same criterion must govern both procedures, so that the opposition formulated in notarial procedures should not prevent them from continuing until they are brought to completion.

Keywords: voluntary jurisdiction/notarial proceedings/opposition/res judicata.

SUMARIO

- I. LA OPOSICIÓN EN LOS EXPEDIENTES JUDICIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
- II. INEXISTENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA ACERCA DE LA OPOSICIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS NOTARIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
- III. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LJV PARA LOS CASOS DE OPOSICIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS NOTARIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
- IV. PREVISIONES ESPECÍFICAS PARA CASOS DE OPOSICIÓN EN ALGUNOS EXPEDIENTES NOTARIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

I. LA OPOSICIÓN EN LOS EXPEDIENTES JUDICIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

I. Una de las características más destacadas de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se desarrollaban ante los tribunales conforme a la legislación anterior (la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881) era que la oposición de cualquiera de los interesados ponía fin al expediente, que se transformaba en el proceso contencioso que correspondiera. Así lo señalaba el art. 1817 de la antigua LEC: *"Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos por el juicio que corresponda, según la cuantía"*.

La anterior disposición respondía a una concepción de la jurisdicción voluntaria en la que no parecía factible –por contradictorio– que en un expediente de esa clase hubiera una confrontación de posiciones, en vez de una conjunción de intereses que apuntaran todos en la misma dirección (de ahí que el art. 1811 estableciera que solo procedía acudir a la jurisdicción voluntaria cuando se tratara de asuntos donde no estuviera *"empeñada"* ni se promoviera *"cuestión"*

alguna entre partes conocidas y determinadas”). Sin embargo, la realidad ya entonces demostraba que entre un asunto donde no existe cuestión conflictiva alguna y otro donde cabe identificar a partes con intereses contrapuestos y enfrentados –de ahí el uso del propio término de *parte*, que alude a realidades distintas y opuestas cuya composición permitiría formar el todo–, hay casos intermedios donde los sujetos interesados muestran discrepancias sobre la pretensión de que se trate, pero no *formalizan* una oposición que implique decidir entre una opción *frente* a otra.

Por explicarlo de forma sencilla: para que tenga sentido un proceso contencioso es necesario que un sujeto presente una reclamación *contra* otro, que teóricamente se opondrá a aquella, al tener ambos intereses contrapuestos. Cuando no existe esa confrontación en cuanto a la pretensión en sí misma considerada –lo que no significa que no pueda haber discrepancias sobre algunos aspectos de lo pretendido–, lo procedente es que el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia se pronuncien sobre lo solicitado, y solo en el caso de que alguien se oponga a dicha decisión, entonces se inicie el correspondiente juicio contencioso, que ya sí tiene un objeto controvertido claro: la revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria (frente al respaldo que a este dará el que aparezca como demandado en el juicio contencioso). Esta es la idea que se deduce de lo dispuesto en el art. 19.4 LJV: *“La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquel, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria”*.

II. Teniendo muy presente lo anterior, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) decidió acoger un criterio diametralmente opuesto al de su predecesora en relación con la posible existencia de oposición, afirmando en su art. 17.3 LJV que *“si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto”*. En consecuencia, la formulación de oposición no convierte en contencioso el procedimiento –como hemos visto que sí sucedía durante la vigencia de la LEC de 1881– ni provoca su terminación; por el contrario, permite su continuación hasta el final, esto es, hasta que se dicte el decreto o el auto –según si quien conoce del expediente es el Letrado de la Administración de Justicia o el Juez– que le ponga fin.

Es cierto que la configuración que el Senado dio al trámite de oposición en el expediente judicial es, en nuestra opinión, equivocada y perturbadora, al haber procedido a formalizar aquella (exigiendo que se haga por anticipado y no durante la comparecencia, y por escrito y no oralmente)(1); pero ello no obsta a que, incluso con una oposición de esas características –mucho más cercana a la prevista para el juicio verbal–, el expediente continúe con la comparecencia y finalice con el decreto o auto que se pronuncia sobre la pretensión de que se trate.

Por lo tanto, no se puede dudar de que el legislador quiso que, en las materias reservadas a la jurisdicción voluntaria, los interesados acudieran al expediente allí previsto y que, al margen de las concretas posiciones que cada uno de ellos sostuviera respecto de la cuestión abordada, la tramitación continuara hasta el final. Quien discrepara del resultado definitivo podría hacer valer sus derechos en un juicio contencioso plenario posterior. Tan solo cuando así expresamente se señalara –como sucede, por ejemplo, con los expedientes relativos a la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones(2)–, la oposición pondría fin al expediente y el procedimiento pasaría a convertirse en contencioso, como sucedía en la regulación anterior.

(1) Para un desarrollo más amplio de esta cuestión, *vid.* BANACLOCHE PALAO, J.: *Los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, 2ª ed., Ed. La Ley-Wolter Kluwers, Madrid, 2020, pp. 96-104. El autor fue quien presidió la Sección especial de la Comisión General de Codificación que elaboró el texto que sirvió de base a la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria.

(2) El art. 97.3 LJV establece con relación a dicho expediente (esto es, aquel en que, conforme al art. 1128 CC o cualquier otra disposición legal, proceda que se señale judicialmente el plazo para el cumplimiento de una obligación a instancia de alguno de los sujetos de la misma) que “*si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el Secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal*”. Por lo tanto, aquí queda claro que la oposición *transforma* el expediente de jurisdicción voluntaria en un juicio verbal de naturaleza contenciosa, de forma que, finalizado este, no cabe un proceso posterior, sino un recurso de apelación y una sentencia final que tendría fuerza de cosa juzgada material.

II. INEXISTENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA ACERCA DE LA OPOSICIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS NOTARIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

I. De entre las novedades que introdujo la LJV, una de las más relevantes fue la de proceder a desjudicializar algunos expedientes que hasta ese momento se tramitaban íntegramente en los Juzgados. Se trataba de materias no de *ius cogens* sino de derecho dispositivo, donde no se suscitaban cuestiones vinculadas a derechos fundamentales ni estaban implicados menores o personas con discapacidad, y donde se requería la intervención de un sujeto con *auctoritas* que pudiera dotar de seguridad y certeza a una situación jurídicamente controvertida. El profesional que mejor podría desempeñar esa función era el Notario, no solo por su indiscutido e indiscutible conocimiento del Derecho privado, sino también por su fama secular de persona ponderada, objetiva y desinteresada en relación con las cuestiones sometidas a su criterio.

En consecuencia, la práctica totalidad de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia sucesoria (como la declaración de herederos abintestato, la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y otorgados oralmente, la formación de inventario, así como los expedientes relativos al albacea y al contador-partidor dativo), algunos en materias de obligaciones (como el de ofrecimiento de pago o el de consignación) o de Derecho mercantil (como los referentes al robo, hurto, extravío o destrucción de títulos valores, a los depósitos en materia mercantil y venta de los bienes depositados, y al nombramiento de peritos en los contratos de seguros), las subastas y algunos más novedosos (como el de reclamación de deudas no contradichas o el de la conciliación), se confirieron a los Notarios.

En ocasiones, esos expedientes se atribuían en exclusiva a dichos profesionales; en otras, actuaban en competencia con los Letrados de la Administración de Justicia (como sucede con las cuestiones relativas al albacea o al nombramiento de contador-partidor dativo, al deslinde de fincas no inscritas o, en materia matrimonial, con las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo sin hijos menores), correspondiendo al interesado elegir una u otra vía en función de sus preferencias y las ventajas e inconvenientes de cada una.

II. La regulación de estos nuevos procedimientos notariales de jurisdicción voluntaria se realizó mediante la adición de nuevos preceptos a la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado (en adelante, LN), lo que supuso incorporar a esta un nuevo Título (el VII,

con la rúbrica "*Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales*") y 35 nuevos artículos (del 49 al 83, ambos inclusive). En ellos, al margen de unas breves disposiciones generales (los arts. 49 y 50, donde simplemente se indica cuándo procede acudir a una escritura pública y cuándo a un acta en estos expedientes, y se establece un sistema para el nombramiento de peritos similar al existente en vía judicial), se pasa directamente a regular cada uno de los procedimientos particulares, sin normas específicas que aborden las relaciones que pueden plantearse entre ellos y tampoco con los posibles procesos judiciales que pudieran seguirse sobre las mismas pretensiones (tanto a través de la jurisdicción voluntaria como en juicio contencioso).

Esa ausencia de una "regulación general" de los procedimientos notariales de jurisdicción voluntaria –a diferencia de lo que se contiene en el texto de la LJV, donde existen unas disposiciones generales y un procedimiento común del que luego cada expediente únicamente se separa en lo que le resulta específico–, es lógico que haya generado algunas dudas en orden a la respuesta que debe dar el Notario cuando se le plantean diversas vicisitudes durante los expedientes que está tramitando y, en particular, cuando se produce la oposición de algún interesado a las actuaciones que está realizando.

No obstante lo anterior, tanto de la normativa contenida en la LJV al abordar los expedientes judiciales, como de la prevista en la LN, se puede deducir que, al igual que sucede en aquellos, la existencia de oposición en un procedimiento notarial de jurisdicción voluntaria no debe dar lugar al archivo de las actuaciones sino, por el contrario, a la continuación de estas hasta la decisión final, quedando siempre abierta la posibilidad de acudir a la vía contenciosa para el caso de que alguien no quede satisfecho de lo resuelto en el expediente. Esa fue la intención del legislador desde un principio para la generalidad de los casos de jurisdicción voluntaria, ya se celebraran en sede judicial, ya se tramitaran ante Notario.

III. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LJV PARA LOS CASOS DE OPOSICIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS NOTARIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

I. Como ya señalamos al inicio del presente trabajo, es indudable que la oposición no pone fin a los expedientes *judiciales* de jurisdicción voluntaria (salvo que expresamente así se prevea), sino que estos continúan hasta la decisión definitiva (art. 17.3 LJV). El

problema se plantea, pues, en relación con los procedimientos notariales, porque no existe una norma equivalente al art. 17.3 LJV en relación con ellos, y ese precepto solo es directamente aplicable a los expedientes que se tramitan en el ámbito de los Juzgados.

Sin embargo, el hecho de que el texto de la LJV se refiera únicamente a los expedientes judiciales, no significa que en ella se ignore que también es posible que aquellos se estén tramitando, por disposición legal, ante Notarios y Registradores. De hecho, existen dos preceptos en la LJV donde se mencionan expresamente los procedimientos notariales de jurisdicción voluntaria, precisamente para equipararlos a los judiciales cuando se trata de relacionarlos con un posible procedimiento posterior. Nos referimos, en primer lugar, al art. 19.3 LJV, que aborda la cuestión de la posible "cosa juzgada" del expediente, tanto en su función negativa o excluyente (que es la que impide que se desarrolle un expediente posterior sobre el mismo objeto) como en la positiva o prejudicial (donde lo decidido en el primer expediente vincula en otro posterior que se desarrolle con objeto no idéntico, sin conexo). Según el primer párrafo de dicho art. 19.3 LJV: *"Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquel"*.

La LJV no quiere de propósito mencionar en el precepto el término "cosa juzgada", porque es consciente de que podría generar confusión, al ser siempre posible en estos casos un proceso contencioso posterior donde se discuta lo decidido en el expediente de jurisdicción voluntaria (art. 19.4 LJV), lo que resulta contradictorio con la afirmación de la existencia de una cosa juzgada. Pero sí quiere dejar claro que cabe predicar un efecto *análogo* al producido por aquella, de modo que si se pretende instar una y otra vez el *mismo* expediente, o se plantea una cuestión ya decidida en un expediente previo, cabría oponer esa excepción. En consecuencia, que se pueda controvertir en vía contenciosa lo decidido en un expediente de jurisdicción voluntaria no significa que se pueda volver a plantear en un nuevo expediente una misma pretensión ya decidida en otro anterior.

Pues bien, esos efectos de "cosa juzgada análoga" son también predicables de algunos procedimientos notariales de jurisdicción voluntaria: *"Esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales"*

(art. 19.3 II LJV). La redacción del precepto pudiera dar lugar a una errónea interpretación, si se entiende en el sentido de que la imposibilidad de reiterar un procedimiento notarial solo procede si es de aquellos cuya atribución se comparte con los Letrados de la Administración de Justicia, pero no si su tramitación ha sido conferida a los Notarios con carácter exclusivo. No quiere decir eso la norma: lo que busca establecer es que, a los efectos de impedir un posterior expediente de objeto idéntico (o conexo, pero que se pretenda no vinculado), es indiferente que el primero se haya tramitado ante un Notario o un Letrado de la Administración de Justicia: ambos son equivalentes y generan el mismo efecto impeditivo o vinculante de un expediente posterior.

Precisamente ese correcto entendimiento del precepto es lo que nos permite sostener que, a los efectos de la LJV, el procedimiento judicial que se desarrolla ante el Letrado de la Administración de Justicia y el que tiene lugar ante el Notario son equivalentes y han de desplegarse de forma similar en sus trámites esenciales, uno de los cuales es indudablemente el relativo a la oposición.

II. El segundo caso de equiparación está en la misma línea que el anterior. El art. 6.1 I LJV prohíbe la tramitación simultánea de dos expedientes de jurisdicción voluntaria con el mismo objeto (un efecto análogo al que produciría la litispendencia en los procesos contenciosos): *"Cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados"*. Pues bien, a esos efectos de archivar el procedimiento o procedimientos posteriores, es irrelevante que uno sea notarial y otro judicial; si se acredita que se están tramitando al mismo tiempo, continúa el más antiguo y se cierran los demás, sin que haya que dar prioridad al que se desarrolla en los Juzgados, porque ambos son equivalentes: *"El régimen jurídico contemplado en el presente apartado para los expedientes de jurisdicción voluntaria será aplicable también a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida concurrentemente con la del Secretario judicial"* (art. 6.1 II LJV).

Como es obvio, con la norma anterior se pretende servir no solo a la economía procesal –evitando que se celebren dos procedimientos simultáneos sobre lo mismo–, sino también y especialmente a la seguridad jurídica, porque se corre el riesgo de que en cada uno de los expedientes se alcancen decisiones diferentes y todas ellas cuenten con eficacia jurídica suficiente (aunque contradictoria).

Pues bien, si es posible archivar un expediente judicial porque hay otro notarial anterior que ya va a resolver sobre lo mismo (por ejemplo, el nombramiento de un contador-partidor), es porque el legislador considera que ambos llegarán a un mismo resultado final, es decir, que terminarán pronunciándose sobre la cuestión planteada. De no ser así, resultaría ilógico que se tratara de forma similar a dos procedimientos que difieren en algo tan esencial como la posibilidad de llegar hasta el final en su tramitación, al margen de si alguno de los interesados se opone o no a lo pretendido.

III. Pero aparte de todo lo anterior, el argumento más claro a favor de que la oposición no pone fin a ningún expediente –ni judicial ni notarial– de jurisdicción voluntaria, lo encontramos en el art. 17.4 LJV. Este precepto señala que *"la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquel, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria"*.

Aunque este precepto está dentro del texto de la LJV, y por tanto podría parecer únicamente aplicable a los expedientes que aparecen regulados en ella (esto es, los judiciales), sin embargo hay que entenderlo aplicable a todos aquellos que puedan considerarse como tales, tanto si se han desarrollado en sede judicial o en presencia de Notario. Por eso el precepto no especifica si el expediente tiene un origen u otro. Se trata de una norma fundamental que reconoce que lo decidido en materia de jurisdicción voluntaria carece de fuerza de cosa juzgada material y, en consecuencia, siempre cabe plantear un proceso jurisdiccional contencioso posterior *"con el mismo objeto"* que tenía el anterior expediente. Ahora bien, ese nuevo juicio no se realiza al margen de lo ya decidido en el expediente de jurisdicción voluntaria: la decisión adoptada en este es plenamente eficaz y produce los efectos jurídicos que correspondan, y de ahí que en el nuevo proceso haya que solicitarse la "modificación o revocación" de lo acordado en dicho expediente.

Por lo tanto, el precepto parte de la base no solo de que hay una decisión previa que ha puesto fin al expediente, sino de que ha habido una oposición de algún interesado que no ha sido finalmente considerada; de ahí que este pueda iniciar un nuevo proceso, ahora contencioso, donde pueda plantearla de nuevo. Si la oposición produjera el archivo de las actuaciones, no tendría sentido que se hablara de un proceso posterior dirigido a revocar la decisión, porque esta no se habría llegado a producir. E insistimos en la misma

idea de antes: no parece razonable entender que lo que se aplica a los expedientes judiciales no deba también aplicarse a los que se desarrollan notarialmente, porque los motivos que justifican una decisión en un supuesto son perfectamente extensibles al otro.

IV. PREVISIONES ESPECÍFICAS PARA CASOS DE OPOSICIÓN EN ALGUNOS EXPEDIENTES NOTARIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

I. Si el legislador hubiera querido que la formulación de la oposición pusiera fin al expediente notarial, podría haberlo así previsto sin mayor problema. Sin embargo, no hay ningún precepto que se pronuncie en dicho sentido con carácter general e incluso de la regulación existente se deduce más bien todo lo contrario: que el procedimiento debe llegar hasta el final, incluso aunque exista algún tipo de oposición.

Así, en la mayoría de los expedientes se van enumerando los trámites que deben realizarse, sin que en ningún momento se prevea que una oposición deba poner fin a la cadena de actuaciones que allí se regula. Pero es que incluso cuando esta se menciona, se especifica que el procedimiento debe continuar. Así sucede, por ejemplo, en relación con la declaración de herederos abintestato, en cuyo expediente expresamente se señala que *"cualquier interesado podrá oponerse a la pretensión, presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio dentro del plazo de un mes a contar desde el día de la publicación o, en su caso, de la última exposición del anuncio"* (art. 56.2 V LN). Pues bien, esa posible oposición no determina el archivo del expediente, sino que, en todos los casos, el Notario debe emitir su juicio y terminar el acta (art. 56.3 I LN). Quienes no estén conformes con su contenido, *"podrán acudir al proceso declarativo que corresponda"* (art. 56.3 III LN) (3).

II. Lo anterior queda corroborado al constatar que, cuando el legislador quiere que la oposición ponga fin al expediente, lo indica

(3) Hay expedientes donde se sobreentiende que puede haber alguna oposición, como sucede con la adverbación de testamentos ológrafos, donde se señala que el Notario debe reflejar en el acta *"las observaciones que (los interesados) estimen oportunas sobre la autenticidad del testamento"* (art. 62.6 LN), observaciones que parece que no serán muy favorables a esta. Pero la consecuencia no es el archivo de las actuaciones, porque el Notario debe resolver en todo caso sobre si autentifica o no el testamento y si autoriza o no la pertinente acta. Y eso sí, *"los interesados no conformes podrán ejercer su derecho en el juicio que corresponda"* (art. 63 III LN).

expresamente. Así sucede con el procedimiento de reclamación de deudas no contradichas, donde la oposición del deudor determina el archivo del expediente: *"Si el deudor compareciera ante el Notario para formular oposición, se recogerán los motivos que fundamenta esta, haciéndolo constar por diligencia. Una vez comunicada tal circunstancia al acreedor, se pondrá fin a la actuación notarial, quedando a salvo los derechos de aquel para la reclamación de la deuda en la vía judicial"* (art. 71.2 LN).

Lo mismo sucede en el procedimiento de inmatriculación de una finca previsto en el art. 203 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), que viene a sustituir al expediente de dominio judicial que se encontraba regulado en el art. 201 LH antes de la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. En la regla sexta del citado art. 203 LH, se contempla el caso de oposición de alguno de los interesados: *"Cualquier interesado podrá hacer alegaciones ante el Notario y aportar pruebas escritas de su derecho durante el plazo de un mes. Si se formulase oposición por cualquiera de los interesados, con expresión de la causa en que se funde, el Notario dará por concluso el expediente y archivará las actuaciones, dando cuenta inmediata al Registrador. En ese caso, el promotor podrá entablar demanda en juicio declarativo contra todos los que se hubieran opuesto, ante el Juez de primera instancia correspondiente al lugar en que radique la finca"*.

Pero incluso en esos casos, es necesario que la oposición sea fundada, porque la tendencia natural debe ser la de completar el procedimiento en curso. De ahí que la DGRN en su Resolución núm. 9203/2017, de 13 de julio, considerara correcta la decisión de un Notario que no puso fin al expediente por entender que la oposición de un colindante carecía de pruebas que respaldaran lo alegado: *"Debe destacarse que si bien la norma transcrita permite efectuar alegaciones, no pueden obviarse los incisos que se refieren explícitamente a 'aportar pruebas escritas de su derecho' así como a la oposición 'con expresión de la causa en que se funde'. Por tanto, no es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien formula tal oposición, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa. Corresponde al notario valorar en cada caso si la oposición se encuentra debidamente fundamentada, conforme a lo expuesto, a efectos de poder continuar el procedimiento o concluir el mismo. No puede ser otra la interpretación de esta norma pues de otro modo se desvirtuaría la propia esencia de este expediente notarial según se ha concebido en el marco de la*

reforma de la jurisdicción voluntaria, tal y como se ha expuesto en el fundamento anterior”.

Lo mismo sucede en los casos de reanudación del tracto sucesivo: según la regla cuarta del art. 208 LH, *“si alguno de los citados no compareciese o, compareciendo, formulase oposición, el Notario dará por concluidas las actuaciones, dejando constancia de dicho extremo en el acta que ponga fin al expediente con expresión de la causa en que se funde. En ese caso, el promotor podrá entablar demanda en juicio declarativo contra todos los que no hubieran comparecido o se hubieran opuesto, ante el Juez de primera instancia correspondiente al lugar en que radique la finca”.* Aquí sucede lo mismo que en el caso anterior: si hay oposición fundada, hay que poner fin al expediente(4).

III. Teniendo en cuenta todo lo anterior, los casos en que –generalmente por una regulación muy escueta– no se prevé una posible oposición, pero esta resulta posible, hay que abordarlos aplicándoles los criterios antes expuestos: que el expediente continúe hasta el final, que se haga constar en su caso la oposición(5) y que siem-

(4) En el caso resuelto por la Resolución núm. 17138/2019, de 7 de noviembre, sucedió lo contrario que en el caso anteriormente transcrito. Aquí la DGRN da la razón al Registrador que se negó a inscribir porque hubo oposición: *“no estamos ante una oposición sin expresión de causa, sino con expresión detallada y pormenorizada de la causa en que funda su oposición e incluso con aportación de prueba documental indiciaria, por lo que resulta evidente que no estamos ante un expediente de jurisdicción voluntaria ausente de controversia, –que es el fundamento esencial de los expedientes de estos expedientes–, sino todo lo contrario, y por ello resulta de aplicación directa el mandato del artículo 208, el cual, para el caso de que alguien formule oposición preceptúa que ‘el Notario dará por concluidas las actuaciones, dejando constancia de dicho extremo en el acta que ponga fin al expediente con expresión de la causa en que se funde’. En consecuencia, el promotor del expediente ‘podrá entablar demanda en juicio declarativo’ contra quien se hubiera opuesto, ‘ante el Juez de primera instancia correspondiente al lugar en que radique la finca’”.*

(5) Así lo sostiene, por ejemplo, PÉREZ RAMOS, C., en relación con la labor del contador-partidor dativo y la posible oposición de algún interesado: *“La oposición de los interesados puede plantearse ante el notario en cualquier momento de la tramitación del expediente. No me parece recomendable que limitemos la formulación de la oposición a los cinco días siguientes a la citación como recoge el artículo 17.3 LJV, puesto que la negativa a admitirla fuera de este plazo implica arriesgarse a futuras impugnaciones, y aunque el anterior argumento podría contrarrestarse por la aplicación del artículo 17.3 LJV que ciertamente recoge un plazo de cinco días, siempre se puede decir que la queja formulada no valdrá como oposición del artículo 17.3 pero sí como circunstancia a tener en cuenta por el notario para el caso de*

pre quede abierta la posibilidad de acudir al contencioso para quien no esté conforme con lo decidido en aquel.

Esta es la solución que debe darse, por ejemplo, al caso contemplado en el art. 843 CC, sobre pago en metálico de la legítima(6). Según este precepto: *"Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el Secretario judicial o Notario"* (con anterioridad a la LJV, quien debía aprobar la partición era la autoridad judicial). Si esa partición requiere aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario, es porque no ha habido acuerdo entre ellos (no la han confirmado expresamente, es decir, ha habido oposición); y en esa coyuntura es cuando la ley señala que debe intervenir el Notario o el Letrado para proceder a la aprobación de la partición. En su decisión, deberán tener en cuenta las razones de la posible oposición del legitimario que sea: pero nada obsta a que puedan tomar aquella, sin perjuicio de que quien se considere perjudicado pueda acudir al juicio declarativo que corresponda. Otro criterio dejaría sin sentido el cambio legislativo operado, que ha desjudicializado la cuestión precisamente para que la decisión pueda ser tomada sin necesidad de intervención judicial(7).

que finalmente deba aprobar la partición" ("La oposición de algún interesado en el expediente del contador-partidor dativo", *El Notario del Siglo XXI*, nº 75, septiembre-octubre 2019).

(6) Se trata aquí de un caso previsto en el art. 841 CC, por el que se permite que el testador o el contador-partidor (tanto el autorizado por aquel como el dativo) pueda adjudicar todos los bienes de la herencia o parte de ellos a uno de los hijos o descendientes, pagando a los demás legitimarios su parte en metálico.

(7) No compartimos, pues, la opinión de ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (en *Código Civil Comentado*, volumen II, libro III, arts. 609 a 1087, Comentario al art. 843 CC, 2ª ed., CIVITAS, mayo 2016, Directores: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández; Coordinadores: Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente), cuando considera que la regla de que la oposición al expediente no le pone fin no es aplicable al caso del art. 843 CC. A su juicio, no corresponde al Notario o Letrado resolver el conflicto planteado (sobre si la liquidación y el cálculo de las cantidades que se deben pagar son o no correctos) y, del mismo modo que el Letrado no puede aprobar una liquidación no conforme en los casos de particiones judiciales de herencia (art. 787.2 LEC), tampoco podría hacerlo en este caso de partición no confirmada. Sin embargo, la diferencia está precisamente en que en el procedimiento de división judicial del patrimonio hereditario se prevé expresamente por la ley que, ante la oposición de cualquier heredero, se *transforme* el procedimiento en un verbal; pero la liquidación está hecha y la partición finalizada. Simplemente, por economía procesal, se decide que no haya que presentar una demanda

IV. En definitiva, se puede concluir que de la actual regulación de los expedientes notariales se desprende con toda claridad que, salvo que se indique expresamente, las actuaciones deben continuar hasta la finalización del procedimiento, sin perjuicio de dejar constancia en su caso de una posible oposición alegada por un interesado y el derecho que a este le asiste de acudir al juicio ordinario que corresponda para solicitar la revocación de lo decidido en dicho expediente.

(pues todos los interesados están ya personados en autos) y simplemente se cite para la vista (art. 787.3 LEC), pero perfectamente se podría haber obligado a iniciar un contencioso contra la liquidación efectuada, que es lo mismo que sostenemos que debería hacerse en relación con la partición aprobada ex art. 843 CC.

Derecho notarial



ESTUDIOS DOCTRINALES

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

MARTÍN DE GAZTELU, NOTARIO DE CARLOS I EN YUSTE

Alberto Sáenz de Santa María Vierna
Notario

Resumen: Al abdicar de todos sus Reinos, Carlos I se retiró a Yuste (provincia de Cáceres), en donde estuvo asistido por cincuenta y una personas. De todos estos colaboradores, nos ocupamos en este artículo de Martín de Gaztelu, quien comenzó siendo su Secretario y acabó siendo –además– su Notario (escribano del Rey), en base a cuyo título autorizó el Codicilo de Carlos, última de sus disposiciones mortis causa.

Palabras clave: Retiro, Secretario, Albacea, Notario o Escribano del Rey, Signo notarial, Lema.

Abstract: After the abdication, Carlos I was retired in Yuste (province of Cáceres), where he remained with the help of fifty one people. In this article, we make attention on Martín de Gaztelu, who began as his General Secretary and finally ended being –as well– his Public Notary. In such condition, he signed the Codicil, his last mortis causa disposition.

Key words: Withdrawal, General Secretary, Executor, Public Notary, Signum, Motto.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. MARTÍN DE GAZTELU: SU TRAYECTORIA
- III. EL SIGNO NOTARIAL DE MARTÍN DE GAZTELU
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La estancia de Carlos I en Yuste tras apartarse del poder de todos sus Reinos se prolongó durante algo más de año y medio (desde el 3 de febrero de 1557 hasta el 21 de septiembre del año siguiente, 1558). Fueron en total, por tanto, 596 días.

Para esa etapa jubilar, Carlos contó con un importante número de servidores. Es decir, no se retiró en soledad, sino que por el contrario contó con un importante equipo de colaboradores. Fueron un total de cincuenta y uno, todos ellos dirigidos por el militar (y amigo de muchas batallas de Carlos) D. Luis Quijada, que recibió para ello el nombramiento de Mayordomo.

El grupo de colaboradores era de lo más variopinto, pues aparte de médico y boticario abarcaba ayudas de cámara, barberos, cocineros, pasteleros, salseros, fruteros, panaderos, cervecero y tonelero, lavanderas, portadores de literas ... Incluso un relojero –el célebre Juanelo– que se ocupaba de la conservación, cuidado y diseño de los “ingenios” de Carlos.

Todos ellos merecían para Carlos la consideración de “sirvientes”. De esta calificación solo escapaban dos: su Mayordomo, Luis Quijada, noble militar; y su Secretario, Martín de Gaztelu.

Este último se ocupaba de todas las cuestiones relativas a la redacción y confección de escritos, documentos y cartas (el “oficio de la pluma”). Y no cabe duda de que tuvo un trabajo intenso, pues era de su competencia la redacción de las constantes –y a veces delicadas– cartas que Carlos cruzó con Felipe II (el Rey, su hijo, que durante este tiempo se encontraba en Bruselas); y con la Princesa Gobernadora (su también hija Juana de Austria, entonces al frente de la Corte de Valladolid).

De todos estos escritos y documentos hay uno que destaca muy por encima de todos los demás por su relevancia histórica: el Codicilo que firmó Carlos el día 9 de septiembre, ampliando y modificando su testamento de Bruselas(1).

(1) Como base para este trabajo manejamos siempre dos ediciones facsimilares del Codicilo, plenamente fiables y del todo semejantes. Son las siguientes:

– *Testamento de Carlos V*, Introducción de Manuel Fernández Álvarez, Editora Nacional, Madrid, 1982, XXXVIII + 115 páginas.

– *Carlos V: Testamento y Codicilo de Yuste*, Introducción y Estudio de Manuel Fernández Álvarez, Fundación Academia Europea de Yuste, Salamanca, 2000, 147 páginas.

Y en cuanto a la Nómina complementaria del Codicilo, puede consultarse su texto en Fray Prudencio DE SANDOVAL: *Historia de la vida y hechos del*

II. MARTÍN DE GAZTELU. SU TRAYECTORIA

Tras el protagonista principal del Codicilo (Carlos), sin duda el mayor interés desde nuestro punto de vista está en la figura de Martín de Gaztelu, el Notario que autorizó el documento.

Nació Martín de Gaztelu en Tudela. Por parte de padre procedía de Etuláin (en la montaña navarra) y por parte de madre, de Guibela (Guipúzcoa).

Dio sus primeros pasos en el arte de la pluma con su tío Andrés de Gaztelu. Y su propio tío le acabó reconduciendo a Flandes, en el entorno del Secretario del Emperador Francisco de Erasso (quien –por cierto– autorizó en 1554 en Bruselas el que sería el testamento último de Carlos).

Carlos debió conocer en estos tiempos de Flandes a Gaztelu, y por ello quiso que fuera él quien le acompañara a su retiro de Yuste, como su único Secretario.

Y en efecto así fue, quedando Gaztelu siempre al margen del término “criados” con que Carlos designaba a todos los que estuvieron con él en Extremadura (solo él y Luis Quijada escaparon a ese concepto).

Además de autorizar su último Codicilo, Carlos le nombró uno de sus tres albaceas y si hemos de rendir culto a los hechos, sobre él recayó –muy por encima de los otros dos– esa tarea de ejecutor de su última voluntad. Tarea, además, en la que se llevaría no pocos desaires y disgustos.

Para informar a Felipe II de la marcha de esta ejecución testamentaria, Martín de Gaztelu incluso hubo de desplazarse a Flandes (donde estuvo el Rey durante los últimos tiempos de Carlos y todavía un tiempo después), permaneciendo en las Tierras Bajas más de un año y “a su costa”.

Tras la muerte de Carlos, por supuesto que Felipe II conservó a Gaztelu en su Corte, a título de Secretario. Y durante años fue Secretario de las Órdenes de Calatrava y Alcántara.

Y no solo como Secretario, pues también le envió como representante suyo con plenos poderes a las discusiones del Concilio de Trento (enero de 1563).

Como demostración del real aprecio de que siempre disfrutó Gaztelu, basta recordar lo que de él dijo Felipe II cuando le comunicaron el hecho de su muerte: “Hoy es muerto el secretario de la verdad”.

Emperador Carlos V, edición y estudio de Carlos Seco Serrano, tres tomos, BAC, Madrid, 1956. El texto (no facsímil) de la Nómina puede verse en el tomo III, pp. 556-561.

Pero volvamos de nuevo al papel y posición que Gaztelu desempeñaba en Yuste. Gaztelu fue el secretario de Carlos durante toda su estancia en Yuste, y así como la mayor parte del servicio de Carlos se centraba en su mesa, bebida, guardarropa y atenciones personales, el único que se ocupaba de las tareas de la pluma fue Martín de Gaztelu. Y fue mucha la tarea en este campo, pues eran constantes los importantes correos y las cartas entre Yuste (donde estaba Carlos), Valladolid (donde estaba la Corte) y Flandes (donde estaba Felipe II). Y bastantes las cartas con otros destinos. Por eso, algún autor dice de Gaztelu que "en Yuste, su quehacer fue agotador" (2). Aunque no cabe duda que el más importante de sus cometidos fue la redacción de su Codicilo y la Nómina complementaria.

No es de extrañar por ello que Carlos le hubiera fijado ciento cincuenta mil maravedíes (150.000) al año en concepto de salario.

Y que en su Nómina –complementaria del Codicilo y de la misma fecha de este– le dejara 150.000 maravedíes (en concepto de pensión anual) y otros 150.000 por una sola vez (en concepto de ayuda de costa, para atender los gastos de traslado).

En síntesis: Martín de Gaztelu fue el primer "oficial de la pluma" de Carlos en su retiro extremeño. Y actuaba en directa dependencia de Carlos, sin tener que respetar otras indicaciones que las que pudiera hacerle el Mayordomo, Luis Quijada.

III. EL SIGNO NOTARIAL DE MARTÍN DE GAZTELU

Como símbolo de que hacen suyo el documento, de su veracidad y de que en él se cumplen los requisitos legales, al pie, los notarios españoles extienden a mano su firma, rúbrica y signo. Así sucedía en el siglo XVI y así sucede hoy.

El signo es un elemento singular, característico y exclusivo del Notariado español y solo del Notariado español (3).

Los signos son de libre elección de cada notario, si bien en general consisten en una combinación de iniciales y rasgos, que suelen en-

(2) CALLE YUSTE, Pedro: *Carlos V en Yuste*, Impreso por AG DEAN, Madrid, 1999, p. 19.

A las órdenes directas de Gaztelu solo se encontraba otro español, Martín de Soto, de quien Carlos en la Nómina dice "que me sirve de escribiente en el oficio de fray Lorenzo y tiene de salario dos ducados cada mes". Lo que suponía nueve mil maravedíes (9.000) al año.

(3) Solo en Escocia existe algo semejante, pues sus notarios utilizan antes de la firma un "lema" o "motto", es decir, una frase que expresa un objetivo o finalidad ideal compartida.

cajarse en un esquema gráfico en forma de cruz. Y tienen un arraigo de siglos, pues se conocen signos de notarios desde 1212(4). Y por supuesto, llegan hasta el momento presente, en que los notarios españoles debemos autorizar nuestros documentos "signando, firmando y rubricando", en feliz expresión del vigente Reglamento notarial(5).

Podríamos decir que el signo es la representación gráfica de la dación de fe. Es decir, que la afirmación notarial de autenticidad se representa de dos formas:

- a) Literariamente, con la fórmula sacramental "DOY FE".
- b) Gráficamente, con el signo inalterable de cada notario.

Por supuesto, Martín de Gaztelu estampó su signo al pie del Codicilo de Carlos en Yuste, como afirmación y asunción notarial de su total contenido. Él fue el único notario autorizante del Codicilo y por

(4) Resulta imprescindible el magnífico libro *Signos notariales*, publicado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado, volumen II, tomo 2, Barcelona, 1963, 190 páginas.

Es interesante reproducir los dos primeros párrafos del artículo "El Signum notarial" de VALLS SUBIRÁ, Oriol, contenido en dicho libro:

"Estamos en el siglo X, o en el XI. En una habitación un religioso con atribuciones de Notario lee con voz gangosa un testamento. Delante de él, escuchando atentamente, están el otorgante y los testigos. Una vez leído, y vista la conformidad de los presentes, el Notario dibuja una cruz debajo lo escrito, marca un punto en tres de los cuatro ángulos formados por los brazos de la misma, y poniendo la pluma en manos del otorgante, le hace trazar el cuarto punto que faltaba.

Fue así como seguramente nació el 'SIGNUM'. Una cruz, signo del cristiano, y los puntos acogidos a ella, mínimo rasgo para que el que no sabía firmar, y en aquellos tiempos casi ningún laico sabía hacerlo, encontrara facilitada su tarea, que completaba con temblorosa mano, y al que luego daba tanto valor como si de una verdadera firma se tratara".

(5) La vigente legislación notarial lo exige tanto en la Ley como en el Reglamento:

a) La Ley del Notariado dispone que: "Los Notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma y con la rúbrica y signo que propongan y se les dé al expedirles los títulos de ejercicio. No podrán variar en lo sucesivo, sin Real autorización, la rúbrica ni el signo" (art. 19).

b) El Reglamento notarial establece por su parte que: "El Notario, a continuación de las firmas de los otorgantes y testigos, autorizará la escritura y en general los instrumentos públicos, signando, firmando y rubricando. Deberá estampar al lado del signo el sello oficial de su Notaría. A ningún Notario se concederá autorización ni para signar ni firmar con estampilla" (art. 195).

eso lo firma al pie, estampando su signo personal después de las firmas de los testigos y como remate del documento.

Es el de Gaztelu un signo estéticamente singular.

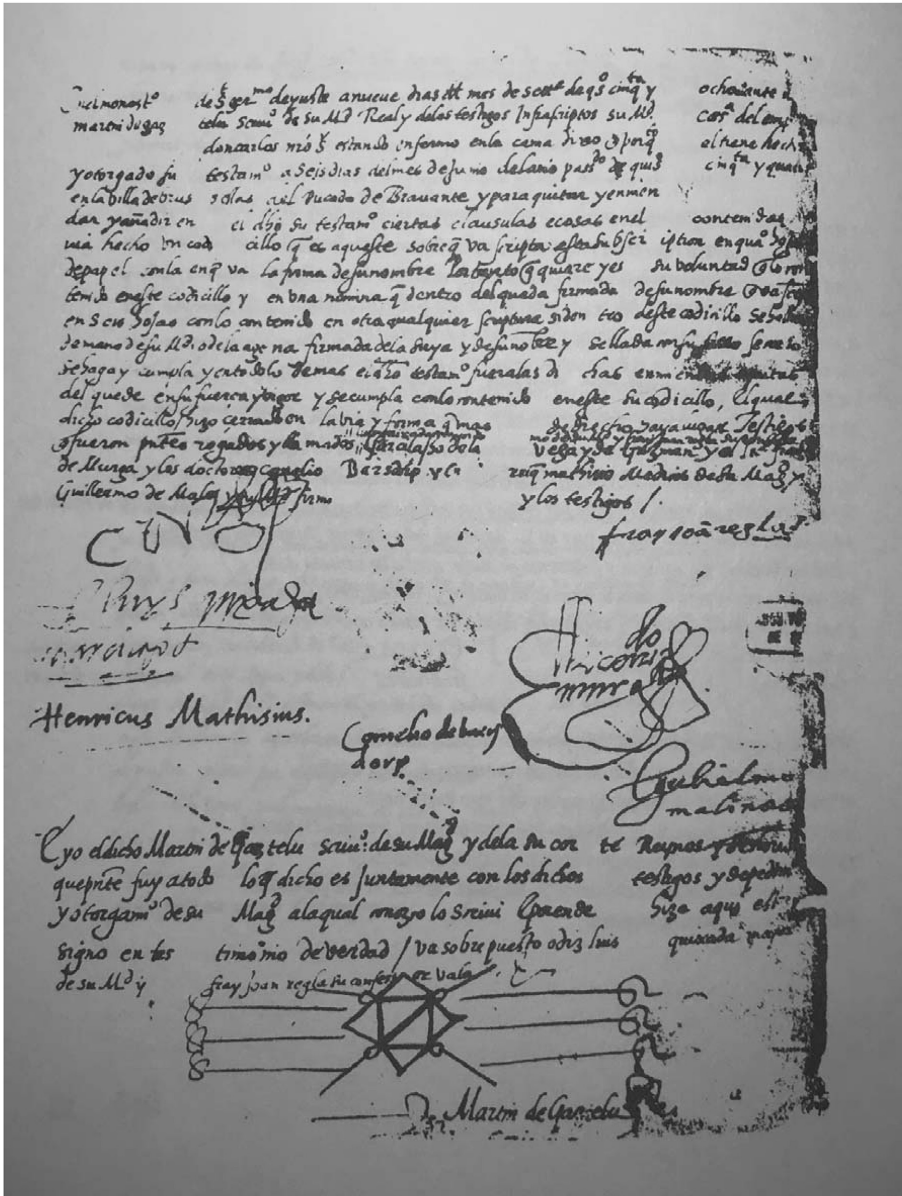
Digo esto porque la mayor parte de los escribanos públicos del siglo XVI solían utilizar un signo en forma tendencialmente de cruz, en el que se combinan de una forma u otra las palabras "signum" o "signo". Y era muy frecuente incorporarle alguna frase breve, entre las cuales destaca mayoritariamente la expresión "en testimonio de verdad".

Sin embargo, el de Gaztelu es bien diferente. Primero, porque no incorpora la frase "en testimonio de verdad" al signo, sino que la utiliza justo antes de estamparlo. Segundo, además, porque su signo consiste en esencia en un cuadrado perfecto inserto dentro de un rombo algo mayor, con el que se toca en la mitad de cada uno de los lados del rombo. De cada uno de esos cuatro puntos de intersección arrancan cuatro trazos a modo de alfileres que apuntan hacia el exterior.

Y toda esta figura geométrica se completa a ambos lados con tres líneas horizontales que comienzan y terminan en una señal de cierre. Todo lo cual proporciona al signo una forma, finalmente, rectangular.

Por último, existe una línea inferior incompleta, justificada sobre el margen derecho, que dice: "Martín de Gaztelu".

Último folio del Codicilo de Yuste:



Signo notarial de Martín de Gaztelu (primer plano):



Desde luego, es seguro que Gaztelu estrenó su signo notarial precisamente con el Codicilo de Carlos en Yuste, pues como ya hemos dicho, al llegar a Yuste él era simplemente "Secretario de Su Majestad".

Pero para autorizar su codicilo con total cobertura y plenos efectos legales, solicitó de la Princesa gobernadora ser nombrado "escribano real en todos los reinos y señoríos" para así, en esta segunda condición, autorizar el documento "mortis causa", complementario del testamento.

Gracias a ello, Gaztelu pertenecerá desde ese momento al colectivo de los "Escribanos Reales o de su Magestad", de los que ANDRINO HERNÁNDEZ (6) dice con toda razón:

"El más elevado estaba constituido por aquellos en los que la condición de Escribano Real era una cualidad secundaria o accesorio de altos cargos en la Corte, quienes en ocasiones recibían el despacho con el fin de autorizar determinados documentos o actuaciones, como era el caso de los altos funcionarios que autorizaban los testamentos de los monarcas y personas de la familia

(6) ANDRINO HERNÁNDEZ, Manuel: "La presencia notarial en el Madrid de los Austrias", en el libro *Historia y documentación notarial. El Madrid del Siglo de Oro*, Consejo General del Notariado – Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 1992, pp. 185-252. Las palabras citadas, en las pp. 205-206.

real, los cuales junto a la mención del título de Canciller, Secretario, Secretario de Estado o del Despacho Universal, insertaban siempre el de Escribano y Notario público, según la fórmula de los Reales, con cuya calidad y solo por ella, el testamento tenía el carácter de instrumento público”.

No es solo que este colectivo uniera a la condición de Secretario la de Notario público; es que esta segunda condición era absolutamente indispensable para esos documentos en concreto, convirtiéndose para ellos en su primera y principal condición. Fíjense cómo lo dice el “FEBRERO”, un clásico que constituyó doctrina dominante durante todo un siglo:

“... que para poder autorizar los Secretarios del Despacho universal los testamentos y contratos de Personas Reales, se les expide Notaría de Reynos, sin la que no pueden practicarlos por falta de autoridad sin embargo de la alta distinción de sus empleos”(7).

Este nombramiento de Gaztelu como Escribano del Rey le llegó literalmente justo a tiempo (“just in time”). Lo sabemos por dos cartas que el propio Gaztelu dirige el día 6 de septiembre al Secretario Vázquez de Molina (8). En la primera le dice:

“Hasta ahora no ha otorgado su Majestad el codicilo que ha hecho, pareciéndole que su indisposición no iba adelante, y así llegará a tiempo el título de notario”.

En la segunda, de la misma fecha pero posterior, el título de Escribano del Rey ya ha llegado, por lo que dice Gaztelu:

“El título de escribano ha llegado a buen tiempo, porque creo que mañana otorgará Su Magestad el codicilio, según el confesor me ha dicho”.

(7) FEBRERO, Josef: *Librería de Escribanos é Instrucción jurídica teórico práctica de Principiantes*, dos partes en siete volúmenes, en la Imprenta de D. Pedro Marín, Madrid, 1789-1790. Edición facsímil en siete tomos realizada por el Consejo General del Notariado, Madrid, 1990. El párrafo transcrito se contiene en el “Prólogo” de la Parte Primera, Tomo primero.

(8) MARICHALAR, Antonio (Marqués de Montesa): *Los descargos del Emperador*, Discurso leído en la Real Academia de la Historia en el acto de su recepción pública el 15 de abril de 1956, S. Aguirre Impresor, Madrid, 1956, p. 24.

Finalmente no fue el día siguiente cuando se firmó el Codicilo, sino tres días después: el 9 de septiembre. Pero en todo caso, ya se firmó con Gaztelu ejerciendo de escribano público, con real nombramiento. Y con la certeza y garantía de la total producción de sus plenos efectos jurídicos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRINO HERNÁNDEZ, M.: "La presencia notarial en el Madrid de los Austrias", en el libro *Historia y documentación notarial. El Madrid del Siglo de Oro*, Consejo General del Notariado - Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 1992, pp. 185-252.
- CALLE YUSTE, P.: *Carlos V en Yuste*, Impreso por AG DEAN, Madrid, 1999, 64 páginas.
- CENTENARIO DE LA LEY DEL NOTARIADO: *Signos notariales*, volumen II, tomo 2, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Barcelona, 1963, 190 páginas.
- DE SANDOVAL, F.P.: *Historia de la vida y hechos del Emperador Carlos V*, edición y estudio de Carlos Seco Serrano, tres tomos, BAC, Madrid, 1956.
- FEBRERO, J.: *Librería de Escribanos é Instrucción jurídica teórico práctica de Principiantes*, dos partes en siete volúmenes, en la Imprenta de D. Pedro Marín, Madrid, 1789-1790. Edición facsímil en siete tomos realizada por el Consejo General del Notariado, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M.: *Carlos V: Testamento y Codicilo de Yuste* (introducción y estudio de Manuel Fernández Álvarez), Fundación Academia Europea de Yuste, Salamanca, 2000, 147 páginas.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M.: *Testamento de Carlos V* (introducción de Manuel Fernández Álvarez), Editora Nacional, Madrid, 1982, XXXVIII + 115 páginas.
- MARICHALAR, A.: *Los descargos del Emperador*, Discurso leído en la Real Academia de la Historia en el acto de su recepción pública el 15 de abril de 1956, S. Aguirre Impresor, Madrid, 1956, 72 páginas.

PRESUNCIÓN DE VERACIDAD Y VALOR PROBATORIO DE ESCRITURAS Y AUTOLIQUIDACIONES ANTE HACIENDA

Rafael Rivas Andrés

Notario

Resumen: Desde 1862 la Ley del Notariado, desde 1889 el Código Civil, desde 2000 la Ley de Enjuiciamiento Civil, y hoy mismo el Derecho Europeo, reconocen a las Escrituras notariales presunción de “veracidad íntegra” y “fuerza probatoria”. También el Código reconoce a los documentos privados presunción de “veracidad limitada” y “cierta fuerza probatoria” frente a los que quieran aprovecharse de ellos.

Ha sido mérito del Tribunal Supremo, aun sin utilizar argumentos civiles, restaurar para Escrituras y autoliquidaciones esa veracidad y fuerza probatoria corrigiendo las decisiones tributarias y judiciales que se las negaban.

Palabras clave: Escrituras notariales. Documentos privados. Autoliquidaciones de impuestos. Presunción de veracidad. Fuerza probatoria. Multieficacia de las Escrituras notariales. Efectos de los documentos privados.

Abstract: Since 1862 The Notaries' Law, since 1889 The Civil Code, since 2000 the Civil Judgement Law, and nowadays the European Law, recognize the Public Instruments to have presumption of “whole truthfulness” and “true forcevalue”. The Code also recognizes that the private documents have presumption of “limited truthfulness” and a “certain true forcevalue” in front to the ones that want to take advantage of them.

It has been an achievement of the High Court, though without using civil arguments, to restore that truthfulness and true forcevalue for Public Instruments and auto-payment assets correcting the judicial and tributary decisions which were denied to them.

Key words: Public Instruments. Private documents. Auto-Payment assets. Presumption of truthfulness. True forcevalue. Multiefficiency of the Public Instruments. Effects of the private documents.

SUMARIO

- I. OBERTURA: TODOS NUESTROS DOCUMENTOS NOTARIALES SON DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO ESPAÑOL
- II. INTRODUCCIÓN: EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES Y DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS, EL TRIBUNAL SUPREMO ACIERTA PLENAMENTE EN EL RESULTADO... PERO FALTAN LOS ARGUMENTOS CIVILES...
- III. LAS FORMAS JURÍDICAS, EL BINOMIO DE REQUISITOS Y EFECTOS DE LOS DOCUMENTOS, EL PRINCIPIO DE PRESENTACIÓN CON EL DERECHO A COPIA, Y LA DISTINCIÓN ENTRE NEGOCIO, FORMA, DOCUMENTO Y FORMALIDADES REALES
- IV. DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS, DOCUMENTOS OFICIALES, DOCUMENTOS/NO PÚBLICOS NOTARIALES EXTRANJEROS Y DOCUMENTOS NOTARIALES EUROPEOS; UN EJEMPLO PARADIGMÁTICO
- V. VALOR DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES: MULTIEFICACIA POR SUS PRESUNCIONES Y REQUISITOS LEGALES. TODO ESTÁ EN EL ART. 17 BIS LN Y EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS
 1. Los requisitos impuestos por ley a todas las Escrituras cumplidos bajo control notarial
 2. Las presunciones de todas las Escrituras: legalidad, validez y veracidad íntegra
 3. Multieficacia genérica de todas las Escrituras: efecto probatorio extenso e intenso
 - 3.1. Su extensión subjetiva pluridireccional: legitimación y oponibilidad a favor y en contra de partes y terceros
 - 3.2. Su extensión objetiva completa: incluye todo su contenido
 - 3.3. Su intensidad fuerte: solo se puede parar en procedimiento contradictorio judicial y, en alguna medida, registral o tributario
 4. Multieficacia específica de algunas Escrituras: seis efectos específicos (probatorio/procesal, constitutivo, ejecutivo, prelativo, traditorio y registral) además del efecto genérico probatorio
- VI. VALOR Y EFECTOS DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS: REGLAS GENERALES Y EXCEPCIONES
 1. Los requisitos de los documentos privados: su cumplimiento sin control extrajudicial les priva de las presunciones, valor probatorio y efectos de las Escrituras
 2. Algunos efectos específicos excepcionales de algunos documentos privados
 3. Eficacia genérica excepcional de algunos documentos privados: efecto probatorio contra algunos terceros por su "presunción de veracidad limitada" de los Arts. 1227, 1228 y 1229 Cc
 4. La autoliquidación es un documento privado que elabora el contribuyente en provecho de la Administración Tributaria

VII. CONCLUSIONES. LA CARGA DE LA PRUEBA PARA DESTRUIR FRENTE A HACIENDA EL VALOR PROBATORIO DE AUTOLIQUIDACIONES Y ESCRITURAS RECAE EN LA PROPIA HACIENDA

I. OBERTURA: TODOS NUESTROS DOCUMENTOS NOTARIALES SON DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO ESPAÑOL

En música, la obertura utiliza básicamente elementos de lo que se va a escuchar después a modo de preludio, a modo de preparación emocional que facilite la asimilación del resto de la obra.

Pues bien, con los documentos notariales pretendemos, antes de entrar en materia, desarrollar esta pequeña obertura con el mismo fin, para enmarcar lo que diremos en las páginas que siguen de manera que se facilite su comprensión.

Y es que con estos documentos hay un defecto de partida, de perspectiva, que explica el maltrato al que se les somete, pues no se acaba de aceptar del todo que son auténticos documentos públicos, básicamente por desconocimiento de cómo han llegado a alcanzar esa categoría. Intentaremos explicarlo...

El público en general (no digamos los juristas) utilizan de manera tan repetitiva e insistente el término "documento público" que en la práctica (entiéndase bien esta afirmación) se va desgastando, va perdiendo su verdadero significado; somos los primeros en reconocer que más o menos sí que se alcanza a identificar la categoría como documentos en los que interviene un funcionario, pero como cada vez hay más documentos "oficiales" (lo veremos luego) expedidos por una gran diversidad de funcionarios de todas las categorías imaginables para finalidades muy diversas, finalmente el centro de atención ha pasado a ser otro, ha pasado a ser más bien el tipo de funcionario que emite el certificado.

Con esta nueva perspectiva la gente observa que hay documentos expedidos por funcionarios tributarios que son muy importantes y potencialmente de graves consecuencias: nadie se toma a broma una notificación de la AEAT sobre la apertura de una Inspección por IRPF pues, aunque sea por referencias, es bien sabido que finalmente el resultado se le va a imponer por las buenas... o en forma de embargo...

Por lo mismo, quien recibe una notificación de un Juzgado para que vaya a declarar normalmente empalidece y busca asesoramiento inmediato: tampoco se suele tomar a broma ante la conocida consecuencia de que puedes acabar conducido allí por la fuerza pública.

Frente a lo dicho y respecto de los documentos notariales, por muy apreciados que sean, todos saben que el notario no tiene ese poder de coerción del que gozan los funcionarios anteriores, con lo que siempre está latente esa impresión de que su incumplimiento, aunque puede tener consecuencias, estas no se viven tan inmediatas e inapelables como las anteriores: son documentos públicos... pero no tanto...

Nos gustará más o nos gustará menos, pero el tema que hoy nos convoca es la mejor prueba de lo que acabamos de relatar, y lo más curioso es que esta falta de aprecio del valor probatorio del documento público notarial proviene precisamente de expertos en el manejo de documentos públicos administrativos y judiciales acostumbrados a que los que ellos emiten sean acatados sin discusión posible, lo cual es francamente extraño, pues como veremos todos tienen básicamente las mismas presunciones de legalidad, validez y veracidad: la única diferencia es que los autores de estos últimos pueden imponer coactiva e inmediatamente su aceptación, cosa que no ocurre en los notariales... pero claro, la fuerza no parece un argumento civil de peso para resolver una ecuación...

Para cambiar de perspectiva y poner el valor probatorio del documento notarial en el lugar que le corresponde, es necesario, en esta obertura, explicar brevemente su origen y también aclarar una confusión muy extendida sobre quién es su verdadero propietario.

En cuanto a su origen diremos que a los documentos notariales les ocurre algo parecido a morir de éxito, pues la categoría general del "documento público" nació y creció precisamente a su cobijo hasta desembarcar en lo que el maestro RODRÍGUEZ ADRADOS⁽¹⁾ calificó como la "Parte General" del Derecho Documental español (Arts. 1216 a 1230 Cc), y todo para que finalmente hoy sean más indiscutidos sus hijos judiciales y administrativos⁽²⁾.

(1) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Valor y efectos del instrumento público. La eficacia del instrumento público entre partes y respecto de terceros: oponibilidad y utilizabilidad. Efectos traditorios y ejecutivos", *Escritos Jurídicos*, Tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pp. 265-280, en particular p. 275.

(2) Nótese que hasta 1958 no surgió la primera Ley que intentó regular de manera completa el "Procedimiento administrativo", y esta es la explica-

Explica esta falta de coerción del documento notarial el que naciera para cubrir las necesidades de una incipiente clase media en el medioevo italiano, su origen, por tanto, es previo al nacimiento del Estado. En este sentido recordaba BURDIEL HERNÁNDEZ (3) siguiendo al filósofo José Antonio MARINA que:

"... la fe pública es un producto de la inteligencia creadora del hombre... aquello que forma la cultura... el mismo Derecho... No es por tanto una atribución originaria del Estado, sino una creación que la Sociedad ha ido puliendo... y de la que el Estado se ha apropiado, la ha incorporado a su estructura, la ha regulado... a los fines propios de ese Estado, en concreto... dar seguridad jurídica..."

Así pues, el Estado pone al servicio de los particulares un sistema de seguridad jurídica preventiva, cuya utilización es por regla general voluntaria para ellos; pero esos documentos son tan públicos, que su propiedad nunca es de los particulares, sino del mismísimo Estado español.

Que nadie se engañe, la Escritura es una "forma estatal" (GARRIDO MELERO) (4), que como tal pertenece al Estado y no al que la firma y paga, que es un "usufructuario" preferente que solo tiene la propiedad de la "copia" que se le entrega; la Ley del Notariado de 28/5/1862 (LN) no deja lugar a la especulación cuando imperativamente declara que la colección de "Escrituras matrices" autorizadas por los Notarios, los "Protocolos", "*pertenecen al Estado*" (Art. 36 LN).

El Notario es depositario y archivero del Protocolo estatal (Art. 36 LN), el cual está fuera de la circulación pues ni por orden del Juez puede salir del despacho notarial (Art. 32 LN): lo único que pueden

ción de que en el Código el título de la Sección es genérico: "De los documentos públicos", y algunos de estos Arts. del Cc (1216, 1218, 1220, 1221, 1222...) se refieran no solo a los documentos "notariales", sino también a los documentos públicos en general, con lo que quedan incluidos también los "administrativos", los "judiciales" y los "registrales" (estos últimos hacen fe ex Art. 240 LH).

(3) BURDIEL HERNÁNDEZ, Julio: "Introducción", *Fe Pública. Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia en Abril de 1994*, Junta de Decanos de Colegios Notariales de España, Madrid 1994, pp. 13-14.

(4) GARRIDO MELERO, Martín: "Aplicaciones al principio de libertad civil", *La Notaría*, ponencia presentada al Segundo Congreso de Derecho Civil de Cataluña, Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, septiembre-octubre de 2003.

circular son las copias y los importantísimos datos que se suministran a las Administraciones públicas (BELDA CASANOVA) (5) por medio del Índice Electrónico Unificado. CANTOS VIÑALS (6) lo detalla con precisión quirúrgica:

*"El protocolo... no es propiedad privativa del Estado, es de **dominio público**, aunque **no de uso público**... es la que se conoce como **utilización privativa** del dominio..."*.

Pero hay más, hay mucho más. Se puede afirmar que hoy esta declaración de la propiedad del Estado sobre el Protocolo tiene rango constitucional y trasluce que estamos ante "actos de soberanía", pues en tono desusadamente imperativo ("en todo caso"), el Estado se ha reservado la competencia exclusiva para legislar sobre (Art. 149.1.8ª CE):

"En todo caso, las reglas relativas a la... ordenación de los... instrumentos públicos...".

Es evidente, que cuando en 1978 se hizo la Constitución, el legislador sabía de sobra que en los últimos 100 años se proclamaba sin ambages que las Escrituras notariales eran una propiedad estatal y se aseguró de que nadie pudiera alterar esa situación hasta el punto de que, como dice TARRAGÓN ALBELLA (7), la Ley Orgánica del Notariado de 28/5/1862 ha tenido 10 modificaciones de las que 9 son posteriores a la CE y... esa proclamación ahí sigue...

Este dominio público estatal como acto de soberanía es el *leit-motiv* que va a ir reapareciendo en estas líneas y explicaría, entre otras cosas, las graves dificultades para aceptar aquí Escrituras provenientes de la soberanía de un Estado extranjero, y también que

(5) BELDA CASANOVA, César: En la revista *Escritura Pública* (Consejo General del Notariado, Madrid, abril 2012) ya avisaba que la base de datos notarial era la segunda del Estado tras la de la AEAT. Hoy, seguramente, sea ya la primera, y mediante el Índice Único Informatizado (Art. 17.2 y 3 LN) se suministra la información relevante que no afecte a la intimidad personal –convenientemente tratada para su análisis y cruce de datos– a la Administración estatal, autonómica y local, Jueces, Fiscales, Hacienda, Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales...

(6) CANTOS VIÑALS, Francisco: "Conservación de los instrumentos públicos. El Protocolo", *GPS Notarial*, libro colectivo coordinado por Ubaldo Nieto Carol, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1085.

(7) TARRAGÓN ALBELLA, Ernesto: "La función notarial", *GPS Notarial*, libro colectivo coordinado por Ubaldo Nieto Carol, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 75.

como las Escrituras no son de una persona en concreto, cabe que sus efectos no se los apropie nadie, sino que se expandan a terceros interesados que también pueden utilizar las firmadas por otros y hasta pedir copias [vid. Resolución DGRN (Res) Sistema Notarial (SN) 21/2/17]; asimismo, explicaría que el propio Estado utilice de continuo la información que proporciona el Protocolo: es que lo ha diseñado para eso, es que lo quiere así, es que, en definitiva, las Escrituras son suyas; y tan orgulloso está de su obra (y de los fuertes efectos con los que las privilegia), que para que todos puedan disfrutarlos permite (Art. 1279 Cc) que una de las partes pueda imponer a la otra (judicialmente si llega el caso) su formalización.

Con el sistema notarial el Estado pretende el cumplimiento de sus fines entre los que se encuentra el que *"garantiza el principio de legalidad"* como medio de conseguir la *"seguridad jurídica"* que necesita impregnar la sociedad de manera capilar (Art. 9.3 CE), para lo cual se preocupa de que los medios ("sus medios") que pone a disposición de los ciudadanos para que regulen sus relaciones privadas, cumplan siempre esa legalidad y proporcionen la seguridad que buscan con no menos ahínco que el propio Estado: detrás de todo ello está la paz social, el progreso. Tan es así que los Notarios dependen orgánicamente del Ministerio de Justicia, estando incardinados en él por mediación de una Dirección General a la que hoy el Estado llama con nombre bien significativo: *"Dirección General de Seguridad Jurídica..."*(8).

Esperemos que esta perspectiva de lo que son realmente las Escrituras no la olvide el intérprete que deberá tener siempre presente que si las minusvalora, está minusvalorando al Estado mismo.

II. INTRODUCCIÓN: EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES Y DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS, EL TRIBUNAL SUPREMO ACIERTA PLENAMENTE EN EL RESULTADO... PERO FALTAN LOS ARGUMENTOS CIVILES...

Se ve que eran otros tiempos, pero en la LN y el Cc las palabras Notario, Notaría y Notariado se escribían con mayúscula, y como explicaba DE PRADA GONZÁLEZ (9), históricamente incluso se daba preeminencia a la fe pública notarial sobre la judicial en la desaparecida

(8) El RD 139 de 28/1/20 transforma la antigua DGRN en la "Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública".

(9) DE PRADA GONZÁLEZ, José María: "Los Sistemas Documentales", *Estu-*

Acta de antejuicio del Art. 769 de la LCrim de 1882, prevista para exigir responsabilidad penal a los Jueces y Magistrados en la que el Notario requería personalmente al juez para que entregara documentos.

Hoy la situación parece que ha sufrido algún ligero cambio, y ya no se sabe qué es más grave, si el menosprecio con el que se trata al documento público notarial que “hace fe” por el Art. 1 de la Ley del Notariado vigente desde 28 de mayo de 1862!, o la falta de aplicación de esa Parte General del Derecho Documental español recogida en los artículos 1216 a 1230 del Cc, y que –duele tener que recordarlo– está vigente desde 1889, por no hablar de la inaplicación de la LEC tanto de la anterior de 1881 como la actual de 2000.

El caso es que una corriente nada despreciable de resoluciones tributarias y decisiones de nuestros tribunales optaban (así, sin más) por no atribuir ningún valor frente a Hacienda al contenido de las Escrituras, con lo que se producía una inversión de la carga de la prueba con grave perjuicio al contribuyente, que veía que lo declarado en su Escritura notarial le producía una vinculación y eventuales complicaciones frente a la Administración, que podía utilizar lo que allí manifestaba en su contra y, sin embargo, cuando legítimamente pretendía valerse de ese documento resultaba que no le servía para nada y tenía que presentar otras pruebas adicionales.

Porque vamos a ver, la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 es una ley en todo vigente (acaba de ser confirmada y ampliada en 2015) que no se utiliza solo por los Notarios, sino que es de general aplicación. Sí que es cierto que tiene determinados aspectos organizativos que atañen en especial a esos funcionarios, pero eso no quiere decir que todo lo relativo a los documentos notariales deje de ser aplicable. Nótese que lo mismo ocurre con la Ley Hipotecaria (LH) respecto de los registradores, o con las referencias a Jueces en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), o a ciertos funcionarios en la Ley General Tributaria (LGT) y en la de Procedimiento Administrativo Común 39/15 (LPAC).

En otras palabras, no sería entendible que se discutiera sobre el valor de las certificaciones registrales, de los testimonios de sentencias, de las Actas de Inspección o de una licencia para importar, sin que se citara ni una palabra de la LH, la LEC, la LGT o la LPAC.

Si lo anterior es así, lo que no encuentra explicación es que se discuta sobre el valor de los documentos notariales... ¡sin citar un

dios sobre Derecho Documental”, Consejos Generales del Poder Judicial y del Notariado, Madrid 1997, p. 40.

solo artículo ni del Cc, ni de la LEC, ni de la LN!... máxime cuando el Cc en su Art. 1217 no deja lugar a dudas sobre que su remisión a la LN no es para conocer aspectos funcionariales de los Notarios, sino que lo hace expresa y únicamente para "*Los documentos...*"(10). Todo lo cual, dicho sea de paso, tiene ilustres precedentes en la STS 19/6/12, Rec 489/07, en la que a pesar de que se estudiaban las Escrituras alemanas y españolas no se citaba ni un solo artículo de la legislación notarial de ningún país y, por si fuera poco, se basaba en un "Libro Verde" que nuestro alto Tribunal citaba de oído y sin leerlo, pues como tuvimos ocasión de denunciar, el dichoso texto no se refería a la circulación internacional de documentos notariales como prometía su título, sino que era una simple encuesta sobre la supresión de la Apostilla de La Haya en el seno de la UE.

No se pide para el documento notarial que se vuelva de todo punto inatacable, sino solo que sea tratado como el resto de documentos públicos, de suerte que quién no esté de acuerdo con su contenido probatorio tenga que destruir su base, su presunción de veracidad, en el procedimiento adecuado: en el ámbito civil judicialmente, en el tributario con prueba en contrario, y en el proceso mediante una explicación judicial suficiente de las razones por las que no se tiene en cuenta. Lo que no es de recibo es pretender destruir esa eficacia simplemente no mencionando las leyes que se la reconocen.

Pero es que además, si extraño es intentar resolver cuestiones civiles sin apoyarse en las normas propias de ese ámbito, aún lo es más silenciar el Derecho Europeo sobre documentos públicos notariales a la vista de que, como bien explica MARTÍNEZ LAFUENTE(11), aquel tiene "primacía" sobre el Derecho interno de cada país. Más adelante veremos que este silencio se vuelve estruendoso cuando se observa que las referencias a estos documentos en el ámbito europeo no son aisladas, sino objeto de importantes normas y decisiones judiciales, como las SSTJUE de 7/5/20, C-267/19 sobre los Rgts UE 805/04 y 1215/12 de Título Ejecutivo, o la de 16/7/20, C-80/19 sobre el Rgto UE 650/12 de Sucesiones, por no hablar de la regulación específica que sobre los mismos contienen los recientes Rgts UE 1103/16 (Régimen Económico Matrimonial, REM) y 1104/16 (Efectos Patrimoniales de Uniones Registradas, EPUR).

(10) Art. 1217 Cc: "*Los documentos en que intervenga Notario [sic] público se regirán por la legislación notarial*".

(11) MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio: "Fuentes del ordenamiento jurídico europeo", *Cuadernos de Derecho Registral*, Fundación registral, Madrid, 2016, pp. 89-100. Con su habitual claridad el autor explica la "prevalencia" del Derecho UE glosando las SSTS 17/6/03 y 25/10/13 junto con la STC 145/12.

Y que no se piense que estas cuestiones son solo civiles, pues en el ámbito tributario la aplicación del Derecho Común no es algo exótico, sino que hay muchas remisiones específicas, aparte de la apelación general al Cc del Art. 7.2 de la Ley 58/03 General Tributaria (LGT).

Ahora bien, respecto del valor de los documentos en el ámbito tributario la llamada al Cc no es para una aplicación supletoria sino directa; lo dice con estas palabras el Art. 106.1 LGT:

"Artículo 106. Normas sobre medios y valoración de la prueba.

1. En los procedimientos tributarios serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de prueba se contienen en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que la ley establezca otra cosa".

Creemos que lo que nos está diciendo este Art. 106.1 LGT es que no existe una normativa tributaria documental propia, sino que las normas fiscales sobre el valor y efectos de los documentos, o no existen, o son de mero desarrollo o aclaración de las que existen en el Derecho privado; en otras palabras: la configuración y disciplina de los documentos no se encuentra en el ámbito tributario sino en el civil.

Si este planteamiento fuera cierto (esperamos demostrar que sí lo es), resultaría que el módulo para juzgar si las opiniones del TS sobre el valor y efectos tributarios de los documentos son acertadas, sería llana y simplemente si encuentran cobertura en la disciplina civil de los mismos... y ya adelantamos que sí... que a la presunción de veracidad ante Hacienda de las Escrituras y de las autoliquidaciones se "debe" llegar desde el Derecho Civil, aunque también se "pueda" llegar desde el Tributario...

Un ejemplo: el valor declarado en la Escritura se considera como el mínimo para pagar impuestos en los Arts. 46.3 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales del RD Legislativo 1/1993 (TRITP) y 18.2 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones de 18/12/1987 (LISD), pero cuando se presentaba para acreditar con presunción de veracidad el valor de determinado bien y evitar así una liquidación por plusvalía municipal, el Ayuntamiento podía decir que no lo aceptaba, invirtiendo la carga de la prueba contra el contribuyente que se veía abocado a aportar otras que lo sostuvieran.

El panorama era tan injusto que nos movió a publicar un artículo sobre el valor de las Escrituras con su presunción de veracidad íntegra frente a la plusvalía municipal, por más que sus conclusiones realmente se pueden generalizar a todos los impuestos(12).

Tras la publicación de nuestro artículo, las SSTS 9 y 17/7/18 RRec 6226/17 y 5664/17 (y varias más) han ratificado las mismas conclusiones que allí mantuvimos, restaurando la presunción de veracidad de las Escrituras, obligando a la Administración disconforme a probar contra ella, cosa que en nada alimenta ningún tipo de vanidad, ya que, en primer lugar, lo que dijimos no fue nada original (se conoce desde el siglo XIX), y, en segundo lugar, somos los primeros en advertir que el alto Tribunal en ningún momento sigue los argumentos que en él explicábamos: sus razonamientos van por otros derroteros fiscales.

Para llegar a esa correcta conclusión utiliza nuestro alto Tribunal un recurso novedoso y hasta llamativo, cual es el equiparar las Escrituras con documentos privados como las autoliquidaciones (*"cuyo valor probatorio sería equivalente al que atribuimos a la autoliquidación"*). Con todos los respetos, es exactamente lo contrario: son los documentos públicos notariales los que tienen por sí el valor probatorio que le da su presunción de veracidad, y excepcionalmente, algunos documentos privados, en determinadas circunstancias, y entre muy concretas personas, pueden tener una cierta presunción de veracidad muy limitada como si fuera un débil reflejo de la que tienen los notariales.

La conclusión de esas SSTS será todo lo correcta que se quiera, pero al no utilizar argumentos civiles las afirmaciones que contienen contradicen la evolución histórica de los documentos, que van del documento privado al público y no al revés. RODRÍGUEZ ADRADOS(13) explica que la Escritura es "la verdad" porque el desenvolvimiento histórico del Notariado latino se debe en gran medida a la necesidad de que la acreditación de hechos y negocios no quede al albur de la frágil memoria de los hombres; es una lucha para conseguir que el

(12) RIVAS ANDRÉS, Rafael: "Valor de las Escrituras en la plusvalía municipal", *Revista Jurídica del Notariado*, nº 105, Consejo General del Notariado, Madrid, enero/marzo 2018. Para evitar la acusación de "autoplagio", se advierte que el presente trabajo es trasunto del citado al que el autor modifica y amplía todo lo que ha considerado conveniente.

(13) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Principios notariales", recopilación de artículos publicados en la revista *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, 2013, pp. 79 a 84.

Notario que comenzó como testigo subjetivo cualificado hable única y objetivamente por los documentos que autoriza:

*"Así, como redactores privados de documentos, surgieron y se desarrollaron los tabeliones romanos... tabelión, que empezó pronto... a ser testigo cualificado... La fe pública era en su origen una fe subjetiva, una fe en la persona del tabelión... empieza a objetivizarse cuando en los tiempos intermedios el tabelión o 'escribano' va conservando la 'imbreviatura' o nota por la que ha confeccionado la Escritura; y se convierte en fe pública objetiva cuando esa nota ha de ser completa... La prueba del documento se obtiene por el cotejo con la matriz, sin declaración del escribano. **Es el documento, no el notario, el que hace fe**".*

Francamente, sorprende que el TS no se base en argumentos civiles para sostener la presunción de veracidad de las Escrituras, si lo hubiera hecho habría llegado a destino usando el transporte más directo y cómodo que le ofrece el Art. 106.1 LGT y que se utiliza desde el siglo XIX: Arts. 1216, 1217 y 1218 Cc; 1 y 17 bis.2. LN y 319 LEC, sin olvidar la normativa prevalente que hoy contienen los Rgts UE.

Por otra parte, el título de aquel artículo nuestro en el que hoy nos basamos no engañaba, dado que el objetivo era tratar básicamente las Escrituras notariales, y por eso las escasas referencias que allí se hacían a los documentos privados pecaban de parciales y hasta de apresuradas, lo que intentaremos remediar en las líneas que siguen, pues sobre los documentos privados también hay importantes novedades del Tribunal Supremo.

En efecto, cuando se acudía al procedimiento de comprobación de valores, basado en el valor catastral multiplicado por ciertos coeficientes del Art. 57.1.b LGT, se producía un fenómeno muy parecido al que acabamos de describir respecto de las Escrituras: la autoliquidación producía una vinculación y efectos negativos para el contribuyente pero ninguno positivo, ya que a la Administración (autonómica en este caso) le bastaba decir que no estaba de acuerdo con el valor declarado para que se produjera una inversión de la carga de la prueba y nuevamente se obligaba al contribuyente a aportar otras que lo apuntalaran.

La importancia de las SSTS 23/5/18, RRec 1880/17 y 4202/17 (les siguieron otras similares) es que vienen a decir que la Administración autonómica no manifestaba sin más que no aceptaba el valor autoliquidado, sino que eso lo mal vestía de una comprobación

de valores basada en el valor catastral por coeficientes; la novedad es que el alto Tribunal deja al descubierto que ese procedimiento era absolutamente artificial, era un método legal pero no idóneo para averiguar el "valor real" en el ITP y el ISD y, de hecho, lo único que hacía era invertir la carga de la prueba en contra del sufrido contribuyente; el FD 3.2 y 4 de estas sentencias deja al desnudo semejante maniobra con unas palabras que bien deberían de hacer reflexionar a las Administraciones tributarias implicadas (14).

El destilado del planteamiento que se acaba de explicar es que estas SSTS declaran inadmisibles en el ITP y el ISD el método de valoración por coeficientes, y en su argumentación atribuyen al documento privado/autoliquidación una presunción de veracidad suficiente para restaurar la carga de la prueba, lo que obligará a la Administración disconforme a probar en contrario.

Para sus conclusiones razona el alto Tribunal desde una óptica exclusivamente tributaria, partiendo del Art. 108.4 LGT, en el que las autoliquidaciones producen unos efectos negativos para el particular, puesto que queda vinculado frente a la Administración por el contenido manifestado y solo podrá deshacer esa atadura mediante prueba de que ha incurrido en un error que no le sea imputable (15).

Ahora bien, si como veremos la regla general es que los documentos privados solo producen efectos para los que los firman, la posición del contribuyente que detectan estas SSTS sería terrible, pues el autor siempre queda vinculado por su autoliquidación, mientras que la Administración podría simplemente no atribuirle ningún valor, obligándole a aportar pruebas adicionales.

El TS va más allá e intenta equilibrar la situación de manera que la Administración quede de alguna manera vinculada también por la autoliquidación, razonando que, por muy documento privado que

(14) Dicen así: "... conscientemente se apartan del valor real, ya que reflejan criterios puramente generales... dudosamente puede admitirse que la aplicación a los inmuebles transmitidos de los coeficientes generales y únicos previstos en la orden suponga, en sentido propio y genuino, una comprobación en el sentido de los artículos 57 y 135 LGT... no puede ser considerada, ni etimológica ni jurídicamente, como un medio de comprobación... la metodología empleada es puramente general y retórica... sin que sea admisible que... sea la mera disparidad del valor declarado con el que resulte de los coeficientes aprobados".

(15) Art. 108.4 LGT: "4. Los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios se presumen ciertos para ellos y solo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario".

sea, también goza de una presunción de veracidad; y para fundamentar esa presunción sigue el TS un camino un tanto tortuoso, alambicado y complejo, en el que sin llegar a afirmar que la autoliquidación es un "documento público administrativo" dice que es algo no muy lejano al que califica de "acto de ejercicio de potestad", que es categoría documental de la que hasta hoy nadie había oído hablar.

Por lo que iremos relatando en las líneas que siguen, "el resultado" de atribuir esa presunción de veracidad "limitada" a un documento privado es algo que compartimos y lleva tranquilidad a los contribuyentes, lo único que achacamos al TS es que si se hubiera basado en argumentos civiles también podría haber llegado a destino utilizando el transporte rápido y cómodo diseñado desde el Proyecto de Cc de 1851 (Proyecto 1851): los Arts. 1228 y 1229 Cc.

Llegados a este punto, si el TS ya ha devuelto las aguas a su cauce reconociendo que siempre ha existido una presunción de veracidad en el contenido de las Escrituras y las autoliquidaciones frente a Hacienda (lo que impone a esta la carga de probar en contra)... las preguntas serían... ¿qué más da que utilice para ello solo argumentos fiscales?, ¿merece la pena perder tiempo en buscar argumentos civiles si la cuestión ya está resuelta?

Nuestra respuesta a estas interrogantes es evidente al escribir estas líneas, pero ya no se trata de opiniones personales, es que hay una imposición legal en el ya transcrito Art. 106.1 LGT: el valor y los efectos de los documentos no se encuentran en el ámbito tributario sino en el civil, la LEC, el Cc, y por la remisión que este hace en su Art. 1217, la LN, junto, por supuesto, con la normativa contenida en los Rgtos UE.

Pero además hay una razón práctica de primer orden: si las presunciones de veracidad de Escrituras y autoliquidaciones no se apoyan en fundamentos civiles se deja descubierto un flanco por el que se vuelve a intentar menoscabar la posición del contribuyente frente a la Administración.

En efecto, tomando como ejemplo el de la plusvalía municipal, resulta que como lo que no se puede es desobedecer frontalmente las SSTS y las SSTC, el menoscabo llega de una manera indirecta intentando poner en boca del TS y el TC algo que jamás han dicho: que esas presunciones se dan solo respecto de algunos tipos de documentos, no de todos. Comienza así la destrucción de lo que pacientemente habían elaborado esos altos tribunales, mediante el expediente de distinguir entre Escrituras y autoliquidaciones "buenas" (las de actos onerosos que gozan de presunción de veracidad),

y “malas” (las de actos gratuitos que no tienen esas presunciones). Todo lo cual no se podría ni siquiera intentar desde los argumentos civiles, pues en la LEC, el Cc, la LN y los Rgtos UE, el valor y presunciones que se atribuyen a los documentos lo son para el “género documental” (Escritura, documento privado), no para un tipo específico de documento oneroso o gratuito... eso no existe en el derecho civil documental, ni en las sentencias que comentamos...

Así resulta que las **SSTC 26/2017, 37/2017, 59/2017 y 72/2017** negaban la posibilidad de liquidar plusvalía municipal en aquellos casos en los que no existía incremento de valor entre la adquisición y la transmisión de un inmueble urbano; concretamente el FJ.5 de la STC 59/17 se refería a situaciones:

“que no presentan aumento del valor del terreno al momento de la transmisión”.

El TC fija el punto de partida y la meta de llegada: lo relevante para evitar la liquidación de la plusvalía no es si personalmente el sujeto pasivo sale beneficiado poco, mucho o nada en la operación concreta, sino que lo importante es probar que no ha habido objetivamente incremento de valor en los terrenos urbanos. A continuación el TS completa la labor estableciendo que, dada la presunción de veracidad de las Escrituras, esa falta de incremento se puede probar presentando las de adquisición y transmisión, lo que obligaría a la Administración disconforme a ser ella la que tenga que destruir esa presunción con prueba en contrario.

Ya se ha explicado que las **SSTS 9 y 17/7/18, RRec 6226/17 y 5664/17** permiten que se pruebe la inexistencia de incremento de valor (hablan de “valor” no de “precio”) en *“la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título”*, es decir, que da igual que sea una transmisión por herencia, por donación, por compraventa, permuta, aportación a SL u otro título.

Otras cinco SSTs aplican este sistema de probar la “minusvalía” por Escrituras aunque se trate de herencia o donación: son **las SSTs 27/3/19, Rec 4924/17** (*“consecuencia de la aceptación de la donación de un inmueble”*), **20/12/18, Rec 4996/17** (*“Mediante escritura... donó a su hijo”*), **20/12/18, Rec 4980/17** (*“adquirieron por herencia, derivada del fallecimiento”*), **3/2/20, Rec 1139/18** (*“donación recibida por escritura”*); y la reciente **19/12/19, Rec 7315/18** que insiste (FD 4º) en que se tiene que cumplir *“con la carga de acreditar, siquiera indiciariamente, la inexistencia de plusvalía por... la diferencia entre el valor de adquisición y el de trans-*

misión que se refleja, en su caso, en las correspondientes escrituras públicas...”; y considera como pruebas “... la escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia, en cuya virtud adquirió el inmueble luego transmitido, así como la de enajenación, con los respectivos valores de adjudicación y precio de adjudicación”.

Hasta el mismo Tribunal Constitucional acaba de reconocer en la **STC 107 de 30/9/19** que la prueba de los valores se hace por Escrituras sin diferenciar de qué tipo son (de venta, permuta, herencia, o donación); lo dice así en el FJ 6:

“...podía probarse tal minusvalía... por... las escrituras...”.

La **STS 21/11/19, Rec 86/19**, sigue este criterio sin distinguir entre diferentes tipos de Escrituras, y ya aplica en el FD 7º la STC 107/19 con estas palabras:

“... tras la sentencia de 9-7-2018 del Tribunal Supremo, las escrituras de adquisición y transmisión del terreno constituyen un sólido principio de prueba de la inexistencia de incremento de valor del terreno... la sentencia del Tribunal Constitucional nº 107/2019... estima el recurso, declarando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del contribuyente, por no haberse valorado las pruebas (escrituras de adquisición y transmisión del terreno)... para que valore, y tenga en cuenta, las escrituras de adquisición y transmisión del terreno...”.

Pero es que otra vez el TC en la **STC 153 de 25/11/19** admite concretamente como medio de probar el valor de adquisición una “escritura de aceptación de herencia”...

Por su parte el Rgto UE 650/12 de Sucesiones en su Considerando (Cdo) 63 incluye en el contenido propio del “documento público” los “actos y relaciones jurídicas”, como son “el acuerdo entre las partes sobre la partición o distribución de la herencia”, a los que a pesar de no ser onerosos les atribuye en su conjunto “veracidad” (Cdo 62), y “autenticidad/valor probatorio” (Art. 59), que es exactamente lo mismo que hace la **STJUE de 16/7/20, C-80/19** (nº 73 y 80) cuando aplica esta normativa.

A pesar de doctrina tan clara, la **STSJMAD 18/9/19, Rec 392/17** (desautorizada ya por las últimas sentencias citadas) viene a decir que a efectos de plusvalía municipal no hay presunción de veracidad del valor declarado en las Escrituras porque, en el caso juzgado, al ser las de adquisición y transmisión de “aceptación de herencia”, ese valor se podría haber fijado de manera “arbitraria

o interesada”, frente a lo que hay que contestar dos cosas: la primera es que aunque se fije un valor de modo unilateral no quiere decir que sea arbitrario, pues tiene la aprobación tácita de la AEAT y de la Consejería de Hacienda, que en todo momento han podido comprobar esos valores para el IRPF y el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, y si no lo han hecho se supone que es porque lo dan por bueno; la segunda sería que si se han fijado unos valores de manera “*arbitraria o interesada*” mejor para la Administración, que así podría demostrarlo mucho más fácilmente, pero eso sí, siempre deberá hacerlo aportando pruebas sólidas en un procedimiento tributario contradictorio, lo que nunca es admisible es simplemente actuar como si las Escrituras no existieran, como si no tuvieran ningún valor, como si el Cc, la LEC, la LN y el Rgto UE 650/12 no existieran y no dijeran lo que dicen.

Insistimos en que si el TS hubiera completado su argumentación con fundamentos civiles, sentencias como la última comentada no serían posibles, pues con la lectura de los Arts. 1216, 1217 y 1218 Cc, junto con el 319 LEC y 17 bis LN (para las Escrituras) y 1228 y 1229 Cc (para los documentos privados) se comprueba que esas presunciones de veracidad son para los documentos en general, y no solo para los que contienen actos onerosos: esta es la razón de que en lo que resta intentemos apuntalar “civilmente” el indudable acierto de nuestro Supremo. En el mismo sentido hay que resaltar que los Rgto UE y las STJUE se refieren a “documentos públicos/notariales” en general y no solo a los que contengan actos onerosos.

III. LAS FORMAS JURÍDICAS, EL BINOMIO DE REQUISITOS Y EFECTOS DE LOS DOCUMENTOS, EL PRINCIPIO DE PRESENTACIÓN CON EL DERECHO A COPIA, Y LA DISTINCIÓN ENTRE NEGOCIO, FORMA, DOCUMENTO Y FORMALIDADES REALES

Algunas instituciones jurídicas no están en el lenguaje que usamos habitualmente en las relaciones sociales: enfiteusis, anticresis, sustitución fideicomisaria de residuo, receptación, etc. Sin embargo, otras palabras tienen una significación social que utiliza todo el mundo, pero además pueden llegar a tener un uso y un valor muy concreto en el ámbito jurídico, que es lo que desgraciadamente ocurre con el tema que nos convoca.

Lo que queremos decir con todo esto es que vamos a hacer unas puntualizaciones previas para evitar equívocos, y que nos servirán

de herramientas para explicar el valor y efectos de los documentos que es nuestro objetivo final.

Las formas jurídicas.

Si don Santiago Ramón y Cajal se hubiera dedicado al Derecho habría descrito básicamente nuestra vida de relaciones jurídicas como una inmensa sinapsis, no entre neuronas mediante impulsos eléctricos, sino entre sujetos, mediante lo que para la doctrina francesa son "actos y contratos" y para la alemana "negocios jurídicos"; es decir, mediante la manifestación de nuestra voluntad para conseguir determinados efectos jurídicos protegidos por el ordenamiento... en esto consiste nuestra autonomía de la voluntad... en esto consiste, en definitiva, el ejercicio de nuestra libertad individual...

Aquí tenemos una primera acepción técnica de la palabra "forma": la manifestación, la exteriorización de nuestra voluntad para que los actos o negocios jurídicos puedan llegar a tener trascendencia en el ámbito del Derecho. La primera y básica es la "forma oral", o ni siquiera eso, mediante signos o símbolos como darse la mano, asentir, no oponerse, entregar materialmente una cosa, el silencio etc., o como explicaba DE ÁNGEL YÁGÜEZ: la declaración expresa, tácita y presunta (16). Una manera más evolucionada y segura es la de formalizar nuestros actos, en un soporte de papel o electrónico, en "forma escrita privada", mediante toda una gama de documentos desde los más simples (tiques, recibos, albaranes, facturas), a los más complejos, incluso con intervención de testigos; o bien, se acude a las más completas y garantistas "formas escritas públicas" en las que se delega en un funcionario la elaboración del documento.

Pero el mundo de las formas jurídicas no se agota en los actos y negocios, sino que los hechos también pueden ser recogidos y comunicados verbalmente o en determinados documentos.

En una inicial aproximación parecería que la comunicación verbal o por medios telemáticos con firma electrónica o blockchain (en realidad más parecido a un sello según RODRÍGUEZ ADRADOS) (17) sería

(16) DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: "La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento", *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, Otras formas de expresión*, Consejo General del Notariado, Tomo IV, Madrid, 2012, pp. 1 a 150. En su trabajo estudia con profundidad y precisión la declaración de voluntad según la doctrina alemana, italiana y española junto con nuestra jurisprudencia, los Códigos francés, alemán, suizo, italiano, portugués de 1966, Québec de 1991, nuevo holandés, griego, brasileño de 2002, japonés reformado y también los proyectos argentino, francés y español.

(17) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "La firma electrónica y su utilización por un tercero", *El documento electrónico, un reto a la seguridad jurídica*, libro

lo más rápido y sencillo, mientras que los documentos en papel (no digamos con la intervención de funcionarios) son una rémora, una pesada carga que entorpece el tráfico jurídico y económico.

Cierto que la simplicidad y la rapidez son valores muy a tener en cuenta, pero existen otros no menos importantes como la seguridad, y hasta la protección contra uno mismo, por no hablar del Derecho Administrativo que es pura forma en garantía del ciudadano. DÍEZ PICAZO (18) lo explicaba magistralmente así:

"Las formas no son nunca exigencias vacías de sentido, sino que determinan evidentes ventajas..."

1º... puede hablarse tal vez de un 'efecto psicológico de la forma'... la sensación que los contratantes experimentan de quedar especialmente obligados... la forma contribuye a evitar la precipitación, la falta de reflexión o la imprevisión..."

2º... lo que podríamos llamar la 'función de certidumbre de la forma'... es posible aislar y determinar el verdadero contenido del contrato, separándolo respecto de los tratos preliminares o conversaciones previas... se consigue también certidumbre en torno a la identidad... capacidad... tiempo... lugar... contenido... protege a los terceros extraños..."

Y es que en nuestro Derecho Privado existe una innegable regla de "libertad de forma" en los negocios jurídicos, pero para no hacer de ella un mito debe ser reducida a sus justos términos dadas las numerosas excepciones que presenta, tanto desde un punto de vista legal como práctico, máxime cuando se ha pretendido extender a materias que nada tienen que ver, como son los documentos y la transmisión de la propiedad, que no se rigen por libertad de ninguna especie sino por el más estricto formalismo.

Limitando pues esta libertad a los actos y contratos, sí que hay que reconocer que este antiformalismo existe claramente desde la Ley única, del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá de 1348(19) que ha cristalizado en nuestro Art. 1278 Cc:

colectivo coordinado por Francisco Javier García Más, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 277-282.

(18) DÍEZ PICAZO, Luis: "Teoría del contrato", *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 289 y 290.

(19) "... mas que sea valedera la obligación ó el contracto que fueren fechos en cualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar á otro, é fazer contracto con el".

"Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez".

Ahora bien, sentada esta regla comienzan las excepciones legales, siendo la primera de ellas que se excluyen nada menos todos los negocios *mortis causa* que se rigen por el más estricto formalismo al ser siempre imprescindible la intervención notarial (*vid.* Cc y Arts. 57 a 65 LN). En efecto, siguiendo a IRURZUN GOICOA (20) resulta que en el testamento notarial abierto se produce una "documentación instantánea", pues con su otorgamiento queda incorporado de manera inmediata al Protocolo notarial, mientras que en el resto de testamentos se produce una "documentación sucesiva", cumpliendo por acumulación el resto de requisitos y plazos: comienzan en un documento privado (el cerrado, ológrafo, militar o marítimo), o incluso verbalmente (en peligro de muerte, epidemia, acción de guerra o naufragio), pero siempre han de terminar en su adveración y protocolización notarial bajo sanción de nulidad radical por más que se tenga constancia de que hubo una inicial voluntad testamentaria "aformal" (Art. 704 Cc y SSTs reiteradas desde la temprana de 9/3/1908 citada por IRURZUN).

En los documentos de negocios *inter vivos* las excepciones son pocas pero importantísimas: matrimonio, hipoteca inmobiliaria, naval o mobiliaria, la prenda "sin desplazamiento" de la posesión, donaciones de inmuebles y muebles, capitulaciones...

Pero además de las excepciones legales, y como bien explica DE ÁNGEL YÁGÜEZ, en la vida diaria la gente busca seguridad y busca formalizar documentos en cuantas ocasiones tiene...

Como se ve, cierto formalismo existe en todos los ordenamientos y para conseguirlo la Ley unas veces impone coactivamente una forma determinada bajo sanción de nulidad y otras se limita a promocionarla atribuyéndole una serie de ventajas o efectos exclusivos que es lo que ocurre en nuestro Derecho por regla general.

El binomio de requisitos y efectos de los documentos.

Ya hemos explicado en palabras de BURDIEL HERNÁNDEZ el "origen social" de los documentos notariales, y por eso es la misma sociedad que los creó la que los acepta, los valora y les da un "reconocimiento" más allá de cualquier imposición de la ley. RODRÍGUEZ ADRADOS (21)

(20) IRURZUN GOICOA, Domingo: "El Testamento *in fieri*", pendiente de publicación en *Revista Jurídica del Notariado*, copia de junio 2016.

(21) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "Valor y efectos del instrumento...", p. 269.

lo expresaba con clarividentes palabras sobre las que volveremos una y otra vez en este escrito:

*"Requisitos y efectos tienen que estar siempre íntimamente relacionados; los requisitos a exigir tienen que guardar congruencia con los efectos que se quieren atribuir; y **los efectos jurídicos deben de ser, y a la larga acabarán por ser, los que a merezcan aquellos requisitos**, exigidos y realmente cumplidos".*

Insistía RODRÍGUEZ ADRADOS (22) en esta línea cuando respecto del "instrumento público" (así se conocía a los documentos notariales desde las Partidas) decía que:

*"Los efectos del instrumento público, base de la seguridad jurídica que proporciona, no son una concesión graciosa del legislador, sino... mera consecuencia del constante cumplimiento de las exigencias de su actuación: inmediatez del Notario a los hechos que va a narrar en el documento, asesoramiento imparcial, control de legalidad, etc. **Cumplidos con rigor estos requisitos**, los efectos jurídicos fluyen naturalmente; **la Ley no hace otra cosa que reconocer una eficacia que la sociedad ya había concedido**. Y si tales requisitos no se cumplen, la pretensión del legislador de imponer una eficacia no justificada está condenada al fracaso".*

El principio de presentación con el derecho a copia.

Los actos administrativos formalizados en ese tipo de documento público solo se pueden imponer si llegan a conocimiento de los afectados; eso es lo que dice el Art. 40.1 de la Ley Procedimiento Administrativo Común 39/15 (LPAC): "1. El órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquellos...".

Igualmente los actos procesales se tienen que notificar a los interesados ex Art. 150.1 LEC: "1. Las resoluciones procesales se notificarán a todos los que sean parte en el proceso".

Por su parte, el conocimiento del contenido del registro es muy fácil, pues es de público acceso ex Art. 221 LH: "Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos".

(22) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "El documento notarial y la seguridad jurídica", *Escritos Jurídicos*, Tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, p. 133.

Y claro, cuando en estas líneas se va a sostener que determinados documentos notariales pueden tener efectos frente a terceros que no han intervenido en su redacción la pregunta surge inmediatamente... si no constan en ningún registro de acceso público susceptible de consulta... ¿cómo va a afectar a esos terceros que los desconocen?...

La cuestión tiene su importancia y requiere que nos detengamos un tanto en ella, pues dado que el Protocolo notarial es secreto, esta expansión de efectos no se puede producir por la "publicidad" propia del registro, sino por lo que siguiendo a la doctrina alemana RODRÍGUEZ ADRADOS llamaba principio de "presentación" (que sería el sustitutivo de la notificación) y que consiste en que nadie puede alegar ignorancia del contenido de la Escritura desde que se le exhiba (y solo desde ese momento).

De todas maneras, la circulación de documentos no solo se produce de esta manera pasiva (esperar a que alguien presente el documento), sino que de una manera activa también cabe que los que tengan interés legítimo puedan obtener copias de Escrituras ajenas, pues como hemos dicho al principio, al ser la Escritura propiedad del Estado, este facilita su utilización por terceros no firmantes (Art. 224.1 RN) (23).

La distinción entre negocio, forma, documento y formalidades reales.

DÍEZ PICAZO (24) ya nos prevenía sobre la conveniencia de mantener esta distinción entre forma, documento y contrato. Por nuestra parte añadimos que si el objetivo es la constitución o transmisión de un derecho real susceptible de posesión sería necesario, en algunos sistemas jurídicos, añadir un cuarto requisito adicional para lograrlo, que es lo que englobamos bajo la frase "formalidades reales".

Formulada la distinción todos caemos en la cuenta de que no es cuestión simplemente teórica y recordamos que puede haber documento sin negocio (certificado de nacimiento que recoge un hecho); también puede haber negocio sin documento, ni en forma privada, ni en forma pública (contrato verbal) y, sin embargo, necesitar

(23) Art. 224.1 RN: "1. Además de cada uno de los otorgantes, según el artículo 17 de la Ley, tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura o póliza incorporada al protocolo algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del notario, tener interés legítimo en el documento".

(24) DÍEZ PICAZO, Luis: *op. cit.*, "Teoría...", p. 295.

constitutivamente alguna forma determinada no documental como la entrega material de la cosa mueble donada del Art. 632 Cc.

Es más, sin separar estos cuatro elementos habría problemas jurídicos que carecerían de solución, ya que en determinadas circunstancias interactúan entre ellos, se influyen y condicionan, en particular en situaciones patológicas o cuando interviene un componente extranjero.

Gracias a esta distinción sabemos que la nulidad del documento notarial no tiene que acarrear necesariamente la del “negocio consensual” que puede subsistir con fecha fehaciente, como documento privado si está firmado, o verbal si no lo está (Art. 1223 Cc). No obstante, en los escasos (o no tan escasos) “negocios formales”, la nulidad del documento acarrea la del negocio, pues no puede existir el uno sin el otro, por eso la STS 11/1/07 declaró que una Escritura de compraventa que encubría una donación no cumplía los requisitos necesarios del Art. 633 Cc, con el resultado de la nulidad de esta (25).

Otra utilidad de esta distinción es cuando interviene un elemento extranjero en la relación jurídica, ya que cabe que al negocio se le aplique una ley extranjera, a la forma otra distinta, mientras que al documento se le aplicará generalmente la ley del país de su autor, lo mismo que a la propiedad inmueble se le aplica en todo caso la del país de su situación. No obstante, quede apuntado que en algunos países solo manejan dos o tres de los cuatro elementos mencionados (26).

(25) Aunque no siempre ocurre así en todos los negocios formales como en los casos de los Arts. 53 y Art. 715 Cc, o la donación mueble en Escritura nula que puede subsistir como documento privado o incluso como verbal con entrega (STS 14/4/11), o la hipoteca naval de la Ley de Navegación Marítima (LNM) que podría subsistir como documento privado (Art. 128 LNM) a reserva de que se elevara a público de nuevo (Art. 73 LNM).

(26) En UK e Irlanda (en general países anglosajones) desconocen la categoría de los documentos públicos y además la propiedad se transmite con mero contrato. En Italia, Francia, Bélgica y Portugal sí que conocen los documentos públicos y notariales pero la propiedad se transmite solo por contrato. Finalmente otros países tienen documentos públicos y/o notariales y además, la transmisión de la propiedad requiere de formalidades adicionales/reales como es en Argentina y España la *traditio*, o la inscripción registral constitutiva en Austria, Holanda, Suiza, más la “Auflassung” en Alemania.

IV. DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS, DOCUMENTOS OFICIALES, DOCUMENTOS/NO PÚBLICOS NOTARIALES EXTRANJEROS Y DOCUMENTOS NOTARIALES EUROPEOS; UN EJEMPLO PARADIGMÁTICO

La configuración de los documentos que se consagró en el Cc de 1889 se basaba en la distinción entre documentos públicos y privados, pero desde esa época hasta hoy han ocurrido muchos acontecimientos trascendentales y por una razón u otra se han consagrado, o pretenden hacerlo, nuevas categorías documentales que vamos a examinar.

Documentos públicos y privados.

Nuestro sistema jurídico (Cc y LEC) divide los documentos, según sea su autor, en dos grandes categorías: los públicos (cuando su autor es un funcionario) y los privados (cuando su autor es un simple particular); Art. 1216 Cc(27).

"Son documentos públicos los autorizados por un Notario [sic] o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley".

Como se ve la diferencia es clara: en el documento público un tercero, Notario o funcionario, "autoriza", asume su autoría, mientras que en el documento privado no hay más autor que el particular que lo "suscribe", que lo firma.

Hay que aclarar que dentro de los "particulares" que redactan y suscriben los documentos privados se deben incluir los elaborados por las Administraciones Públicas (Ayuntamientos, Diputaciones, CCAA, Estado y sus diferentes Organismos) que no son contratos "públicos" (compras, ventas, cesiones, arrendamientos... y sus auto-liquidaciones...) en los que por mucho que intervengan funcionarios (normalmente secretarios de la corporación) y testigos cualificados

(27) Son importantes: Art. 1225 Cc ("El documento privado... tendrá... valor... entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes", el Art. 317 LEC ("Clases de documentos públicos. A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos... resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales y los testimonios de las mismas... los autorizados por notario con arreglo a derecho... las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles... los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe..."), y el Art. 324 LEC ("Clases de documentos privados. Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317").

(concejales, diputados, presidentes...) no pasan de ser simples documentos privados "preparados" por una de las partes interesadas con los peligros que ello encierra (28).

Insistimos en que dentro del género de documentos públicos se encuentra el subgénero de los notariales, para los que hay una remisión a su legislación específica en el Art. 1217 Cc que ya hemos transcrito, lo cual es de importancia extraordinaria pues supone una "codificación" de la legislación notarial (LN y RN), es decir, supone el reconocimiento de la aplicación universal de las presunciones impuestas en esa legislación (legalidad, validez, veracidad íntegra) y de la fe pública en todo aquello en lo que el Cc resultara insuficiente.

Documentos oficiales.

Ya RODRÍGUEZ ADRADOS hace muchos años (y más recientemente al alabar la nueva LEC por intentar desbrozar una situación confusa) (29) nos prevenía sobre que no toda esa infinidad de documentos, partes y certificados expedidos por funcionarios de muy distinto nivel y ámbito territorial (desde un bombero hasta un secretario de diputación) son auténticos documentos públicos con todas sus características y efectos, y por eso (sigue narrando el autor) el Art. 317.5 y 6 LEC solo considera como tales los expedidos por funcionarios "*legalmente facultados para dar fe*". Sus efectos son mayores que los de los documentos privados, pero no llegan a tener todos los de los públicos, según dice el Art. 319.2 LEC y reconoce el Art. 3.6 Ley 59 de 19/12/03 (MICÓ GINER) (30).

Documentos/No públicos notariales extranjeros.

También se ha incrementado la extensión de una categoría de documentos que como ya dijimos denominamos Documentos/No públicos notariales extranjeros, que si bien no era completamente desconocida en el siglo XIX en aquella época era casi anecdótica.

(28) A estos casos se les debe aplicar la doctrina de los "actos separables", distinguiendo el "documento público administrativo" integrado por el expediente previo regido por el Derecho Público del contrato final formalizado en "documento privado" regido por el Derecho Civil (Res DGRN 22/4/16).

(29) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "*La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*", Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 23-24 y 66-67.

(30) MICÓ GINER, Javier: "*El poder inadmisibile en el ámbito judicial, notarial y registral: el apoderamiento electrónico del Art. 41 Ley 14/2013 de 27 de septiembre...*", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Fundación del Notariado, Lefebvre-El Derecho S. A., Madrid, nº 73 junio 2020, pp. 229-230.

Integran esta categoría un tercer género que serían los documentos expedidos por un Notario extranjero que tienen difícil encaje en nuestro sistema documental, dado que nuestra legislación no se refiere a ellos salvo excepciones puntuales expresas siempre para decir que son otra cosa (31).

Las dificultades que plantea la recepción de los documentos notariales extranjeros son extensas e intensas pues atañen a la soberanía de cada Estado. Seguramente esos documentos habrán cumplido la legislación de su país de origen, pero eso realmente nada importa al Estado español que lo que quiere es que, si pretenden tener algún efecto aquí, cumplan la ley española en los mismos términos que los autóctonos para que en ningún caso se abra una brecha en nuestra seguridad jurídica.

A lo anterior hay que sumar que algunos notariados (en particular los anglosajones) han aprendido a copiar nuestras Escrituras con tal grado de perfección que producen un espejismo en los lectores –incluida la DGRN (Res 22/2/12) y nuestro más alto Tribunal (STS 19/6/12)– que piensan que si el envoltorio es igual, el contenido también lo ha de ser, lo cual es tanto como comprar un libro por el color de las tapas.

El tema es mucho más complejo y como pone de relieve la mejor doctrina notarial, hay que distinguir en las Escrituras su dimensión como “papel físico” (es lo más fácil de reproducir de un país a otro pues todos vienen a decir lo mismo) y su dimensión como “acto del otorgamiento”, es decir, la actividad notarial previa, simultánea y posterior a la firma del documento en la que el Notario debe realizar con arreglo al Derecho español un exhaustivo asesoramiento para las partes y control de legalidad para ellas y para el Estado español, utilizando todos los medios tecnológicos que obligatoriamente tiene que usar bajo pena de nulidad.

No queda otra salida que someter al documento notarial extranjero a un análisis en profundidad que no se quede en la apariencia (lo que diga el papel), sino que penetre en el interior (en el otorgamiento), pues lo realmente importante es que se hayan cumplido

(31) Por ejemplo, los Arts. 323 y 525 LEC les niegan de entrada que tengan por sí solos efectos probatorios y ejecutivos, no tienen fecha fehaciente frente a Hacienda ex Art. 50.4 TRITP, como tampoco su modificación se puede anotar en la matriz según exige el Art. 1219 Cc porque en muchos países no existe sino que circulan los originales, sus copias son de un casi imposible cotejo con el original ex Art. 1220 Cc (¿en China... en Nueva Zelanda?), no se les aplicaría el Art. 14 Ley Hipotecaria pues en muchos países no hay legítimas, en fin, que son otra cosa.

de verdad todos los requisitos de la ley "española". Y ello con independencia de que el documento se inscriba o no en el registro ya que, ni la inscripción convalida actos nulos (Art. 33 LH), ni nuestro sistema es aperturista (32), pues lo único que permite el Art. 4 LH es la inscripción de los "actos o negocios extranjeros" del Art. 2 LH ("títulos en sentido material"), pero no se refiere a los "documentos extranjeros" del Art. 3 LH ("títulos en sentido formal") (33).

Este análisis se ha de practicar conforme al Derecho Internacional Privado por exigencias del Art. 36 Rgto Hipotecario (RH) (34), el cual suministra la herramienta conocida como "**Doctrina de Equivalencia de Funciones**" consagrada en la DA 3ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2/7/15 (LJV) (35); y aun superando el análisis será, no

(32) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís (*Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 384) señalaron esta falta de aperturismo hace muchos años y añadimos nosotros que el Art. 242 LH les sigue dando la razón: "En los libros de inscripciones de cada Registro se practicarán las inscripciones, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas de todos los títulos sujetos a inscripción, según los artículos segundo y cuarto".

(33) Artículo 2 LH: "En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán... Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales... Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos... reales... Los actos y contratos... Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles... Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones...". Artículo 3 LH: "Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública...". Artículo 4 LH: "También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes...".

(34) Art. 36 RH: "Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado...".

(35) DA 3ª LJV (reproduce el Art. 97 de la Ley del Registro Civil de 21/7/11): "1. Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos: a) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen. c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español".

para una equiparación absoluta, sino solo para que se le reconozcan aquí los efectos que ya producía el documento en origen; así lo imponen esta DA 3ª LJV, el Preámbulo VIII y los Arts. 56, 60 y 61 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional de 30/7/15 (LECOJI) (36) junto con otras normas cuya cita sería inabarcable (Resoluciones del Parlamento UE, Convenios, Informes, Directivas, Rgtos UE...).

Documentos notariales europeos.

Para terminar de explicar las modernas variedades documentales nos hemos de referir al Documento notarial europeo según expresión de BRANCÓS NÚÑEZ (37).

Se trataría de los primeros documentos elaborados por Notarios nacionales pero investidos para esa función específica por la UE, que quedan sometidos a normativa de la UE, y con validez y eficacia para toda la UE. En este apartado incluiríamos los "Certificados Ejecutivos" de los Arts. 25.1 Rgto UE 805/04 (Título ejecutivo europeo) y 60 Rgto UE 1215/12 (Reconocimiento resoluciones civiles y mercantiles), y el "Certificado Sucesorio Europeo" del Art. 62.1 Rgto UE 650/12 (Sucesiones). También las "Certificaciones" sobre valor probatorio y fuerza ejecutiva de los Arts. 58, y 59 de los Rgtos UE 1103/16 (REM) y 1104/16 (EPUR).

Un ejemplo paradigmático.

En fin, una vez expuesta la complejidad de las cuestiones implicadas y los muy diferentes tipos de documentos que se pueden dar, pensamos que queda plenamente justificado que propongamos reducir el ámbito de nuestro análisis, para lo que elegiremos un supuesto muy frecuente que sería el de un contrato entre españoles residentes de compraventa de un inmueble ya inmatriculado con parte del precio aplazado que deberá cobrar el vendedor incluso ante una eventual insolvencia del comprador; esto nos permitirá estudiar los efectos de las Escrituras y los documentos privados: probatorios, constitutivos, ejecutivos, prelativos, traditorios y registrales.

(36) La DA 3ª LJV exige al documento extranjero "...b) Que... surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen...". Igualmente la LECOJI en Preámbulo VIII "... habrá de ser valorada su eficacia en el país de origen a fin de establecer que allí posee al menos el mismo efecto equivalente"; y en Arts. 56.2 "... al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas"; 60 "... surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen"; y 61.1 "...no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen...".

(37) BRANCÓS NÚÑEZ, Enrique: "Circulación escrituras públicas en la UE", *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, nº 61, Madrid, mayo-junio 2015.

**V. VALOR DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES:
MULTIEFICACIA POR SUS PRESUNCIONES Y REQUISITOS
LEGALES. TODO ESTÁ EN EL ART. 17 BIS LN Y EN LOS
REGLAMENTOS EUROPEOS**

Ya hemos dicho cómo BURDIEL HERNÁNDEZ explicaba que la fe pública, los documentos notariales, eran una creación cultural de los hombres, algo que no estaba en la naturaleza... pero... ¿por qué ese esfuerzo creativo?, ¿cuál es su utilidad?, ¿qué valor tienen?

Para responder a estas preguntas hemos de partir de la magistral frase de GONZÁLEZ PALOMINO (38) cuando dijo que:

"en Derecho, todo lo que no son efectos es literatura".

Precisamente es lo que ocurre con las Escrituras, que tienen algo de literatura (muy poco, el mínimo imprescindible) y a cambio son todo, de principio a fin, pura eficacia con tantas manifestaciones que bien se puede calificar como de auténtica "multieficacia".

Este es el valor de las Escrituras, esto es lo que explica que la gente las aprecie y quiera tener sus cosas importantes respaldadas por una de ellas: son los efectos que producen en la vida diaria y que proporcionan una seguridad que permite el progreso individual y colectivo. Ciertamente que a la mayoría de la gente no le importa (legítimamente) otra cosa que el resultado final, el convencimiento de que con su sola presentación va a ser suficiente para que, por ejemplo, quede acreditada su propiedad en todo tipo de situaciones, ya sea frente a un comprador, ante el Ayuntamiento o en una expropiación; a la gente le conforta tener ese convencimiento de que nadie va a discutir los derechos reflejados en su Escritura y que con su sola presentación paralizará cualquier intento de atacarlos venga de donde venga. No obstante, para los que fabricamos Escrituras, y dado que en ciertos ámbitos se cuestiona su valor probatorio, sí es muy importante deconstruirlas para poder estudiar y explicar sus componentes, sus fundamentos, y los mecanismos que dan como consecuencia su multieficacia con ese valor probatorio base de los demás efectos.

Y para ir avanzando tomaremos como ejemplo las opiniones de unos expertos que nos ayudarán a desbrozar el camino:

(38) GONZÁLEZ PALOMINO, José: "Negocio jurídico y documento", *Estudios jurídicos de arte menor*, Vol. III, Madrid 1976, pp. 7-283. La cita la hace RODRÍGUEZ ADRADOS en *op. cit.*, "El documento notarial y la seguridad...", p. 119.

En el siglo XIX GARCÍA GOYENA(39), comentando el Art. 1199 Proyecto 1851, decía que:

*"Las **solemnidades** son parte integrante de la **autorización legal** para la **validez** del instrumento y no pueden separarse. Llámase **auténtico** todo instrumento que hace **plena fé**, y de consiguiente no pueden menos de hacer **prueba plena**, salvo el derecho de poder **redargüirlos civil ó criminalmente**".*

En el siglo XX según ÁVILA ÁLVAREZ(40):

*"... permite **presumir** iuris tantum... en la escritura pública... que el negocio en aquella recogido es **válido y legal** e incluso reconocer... la titularidad de los derechos. En esto consiste la **legitimación** que implica la escritura".*

Finalmente en el siglo XXI concluía RODRÍGUEZ ADRADOS(41):

*"La **veracidad** del instrumento público, su adecuación a la realidad, tiene que ir necesariamente acompañada de su **legalidad** o adecuación al Ordenamiento... para dotar de... **fe pública** a actos... que de esta manera habrían adquirido una **presunción de validez**..."*

Finalmente, transcribimos dos opiniones que son de singular importancia por el doble motivo de que son de hoy mismo y se refieren a UE que como queda dicho son de aplicación prevalente:

GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ(42), glosando la STJUE de 7/5/20 C-267/19 sobre los Rgtos UE 805/04 y 1215/12 de Título Ejecutivo decía que:

(39) GARCÍA GOYENA, Florencio: "Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español", Madrid 1852, edición digital preparada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla a la que hay que agradecer su acierto y generosidad al poner a disposición de todos esta valiosa obra sobre el Proyecto de Código de 1851; las citas en el texto al autor están tomadas de esta sin par edición.

(40) ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro: "Derecho Notarial", Bosch, 6ª edición, Barcelona, 1986, p. 85.

(41) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "Principios...", pp. 45-46.

(42) GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, Juan: "Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 2020, C-267/19 y C-323/19: Parking e Interplastics... efectos del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento (CE) 804/2004...", Especial *Diario La Ley Unión Europea*, edición digital, Wolters Kluwer, nº 85, octubre 2020, p. 20.

*"... un documento público de los referidos en el art. 2.c) del Reglamento Bruselas I bis... **hace fe de la firma** del requirente **y también del contenido**... tramitado por el Notario conforme a las **formalidades previstas en la Ley** y con los **efectos** de los documentos públicos notariales..."*

MARIÑO PARDO (43) también comentaba la STJUE 16/7/20, C-80/19 sobre el Rgto UE 650/12 de Sucesiones (RES) diciendo que:

*"... concepto de **autenticidad**... debe abarcar **los hechos** oficialmente consignados... Pero... va más allá... exigiendo que el mismo implique '**veracidad**', lo que parece vincularse a las aludidas... **facultades de la autoridad** que lo expide y el **procedimiento formación del documento**... referencia implícita al **control de legalidad**... los hechos consignados... se consideran **legalmente acreditados** y no será necesario probarlos mientras no se declare la nulidad de tales documentos en el marco de un procedimiento legal"*

Vemos que en todos los autores hay una cadencia básica sobre que en la Escritura o instrumento público se cumplen unos **requisitos**, solemnidades o formalidades, de manera legal o conforme al Ordenamiento, por lo que el legislador les atribuye unas **presunciones** de legalidad, validez y veracidad, que dan como resultado **el efecto** de un valor probatorio, fehaciencia o autenticidad, tanto en los aspectos formales como de fondo, que solo se puede parar como resultado del correspondiente procedimiento.

Pero lo más curioso de todo es que por mucho que se haya pretendido ignorar durante 20 años!, el Art. 17 bis.2 LN introducido por la Ley 24 de 27/12/01 resuelve completamente todas las dudas que pudiera haber sobre el valor y efectos de las Escrituras, repitiéndose la cadencia que acabamos de exponer (requisitos, presunciones, fehaciencia); vaya, es todo un tratado de Derecho documental y notarial condensado en unas escuetas líneas que dicen así:

"En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público... ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos... y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

(43) MARIÑO PARDO, Francisco: "Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, C-80/19: de nuevo sobre la actuación notarial en el marco del Reglamento europeo de sucesiones", Especial *Diario La Ley Unión Europea*, edición digital, Wolters Kluwer, nº 85, octubre 2020, pp. 18-19.

a)... el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

b) Los documentos públicos autorizados por Notario... gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”.

Descompongamos este Art. 17 bis.2 LN:

Requisitos, efectos y control notarial de legalidad. Se consagra este binomio en el sentido de que *los efectos* (los fuertes efectos) *del documento público notarial* solo se le reconocen tras haber cumplido. *En todo caso*, unas *garantías y requisitos* muy estrictos, siendo el mismo Notario el que en *el otorgamiento y la autorización o intervención notarial* tiene que vigilar que todo *se adecua a la legalidad*, a las leyes.

Presunciones de legalidad, validez y veracidad íntegra. Cumplidos los requisitos bajo control notarial se atribuyen al documento unas presunciones, se *presume* su *legalidad*, por lo que también se *presume* su validez, y *en consecuencia* todo en su conjunto se presume *veraz e íntegro*.

El efecto genérico probatorio consecuencia de las presunciones. La *consecuencia* o aplicación práctica de las presunciones de legalidad, validez y veracidad íntegra es que, genéricamente, todos *los documentos públicos autorizados por Notario* (en ningún momento se dice que sea solo para un tipo u otro de ellos) tienen efecto probatorio/fehaciencia pues *gozan de fe pública*.

El efecto probatorio subjetivamente es frente a todos. Esa *fe pública*, ese valor probatorio, es frente a todos, ya que se predica, no respecto de determinadas personas, sino *del documento público notarial* en sí, por lo que comprende a las partes y a los terceros, de suerte que para todos ellos juega a favor y en contra (el favorecido está legitimado para imponerlo y se puede defender oponiéndolo a quien sea).

El efecto probatorio objetivamente es de su contenido completo incluido el acto o negocio jurídico. La *fe pública* no se restringe a una u otra parte *del documento público notarial* sino que es genéricamente para todo su *contenido*, incluido el acto o negocio jurídico, pues para ello el Notario da *fe especialmente de la identidad, capacidad, legitimación, voluntad informada, y consentimiento libremente prestado de los otorgantes*: da fe (entre otras cosas) de

todos los elementos del negocio jurídico, lo que comprende el precio o valor.

Extrajudicialmente no se puede parar el efecto probatorio.

De acuerdo con lo dispuesto en esta Ley del Notariado la regla general es que *los documentos públicos autorizados por Notario tienen fe pública* sin restricción de ninguna clase, ya que no se ha establecido en la misma ningún límite. Esta regla general solo puede exceptuarse según lo dispongan *otras leyes*: la LEC (sentencia en juicio contradictorio), y muy limitadamente la LH y la LGT (procedimientos contradictorios registral y fiscal).

El efecto probatorio es frente a todo, también para el proceso y otros efectos específicos. La *fe pública*, el valor probatorio, de acuerdo con lo dispuesto en la LN u otras leyes, es frente a todo, ya que como se atribuye al *documento* las presunciones que lo fundamentan se mantienen en el proceso: son las mismas; y según sea el *contenido* de la Escritura puede tener además algún efecto adicional que se manifiesta por medio precisamente de ese efecto probatorio.

Llegados a este punto la pregunta sería... si el Art. 17 bis LN soluciona todas las cuestiones que aquí nos convocan... ¿para qué continuar este escrito? Nuestra respuesta es que si lo dejáramos aquí pudiera parecer que este Art. es un cuerpo extraño que ha innovado sobre la multieficacia y valor probatorio de las Escrituras, pero que como carece de precedentes y nadie sabe muy bien qué hacer con él, la única solución para los que no les agrada la vinculación que produce es simplemente orillarlo, no mencionarlo, y seguir actuando como si nunca hubiera existido, como si nunca hubiera dicho lo que dice. Y que no se nos acuse de exageración, pues hemos denunciado *ad nauseam* que a diario, en algunos sectores de administrativos y procesales, se actúa de la manera dicha: el Art. 17 bis LN no se cita, no se tiene en cuenta, no existe... y despejado el camino el problema está resuelto y la Escritura deja de tener valor probatorio en lo que moleste.

Así pues, nuestro escrito debe seguir hasta demostrar que aunque el Art. 17 bis LN no existiera la situación sería exactamente la misma, pues en realidad este Art. no es otra cosa que una condensación de lo que llevan diciendo todas nuestras leyes de manera indismayable desde al menos los tres últimos siglos XIX, XX y XXI. En palabras, cómo no, de RODRÍGUEZ ADRADOS (44):

(44) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Incidencias en la seguridad jurídica pre-*

"...mediante la expresión tradicional de fe pública y la referencia a sus notas de veracidad e integridad; aunque en el fondo el artículo 17 bis no contenga en ello novedad alguna, reafirma así, con un texto explícito, claro y terminante, la teoría general de la eficacia de los instrumentos públicos..."

De todas maneras, si termináramos este capítulo aquí, podría quedar incompleto para los que pensarán que la situación que acabamos de describir es un localismo español fruto de una peculiar evolución histórica que no se ha repetido fuera de nuestras fronteras. Esta es la razón por la que la referencia al Derecho Europeo sea obligada, pues así quedará claro que los Rgts UE son de aplicación prevalente y que dicen exactamente lo mismo que nuestro Derecho interno plenamente inserto en la tradición jurídica europea.

Como otra cosa excedería con mucho del objetivo de este artículo y de nuestras capacidades, concentraremos las referencias europeas a lo que nos parece más cercano en el tiempo y en la materia, comenzando por los Rgts UE 804/04 y 1215/12 sobre Título Ejecutivo, en los que ya se reconoce "autenticidad" (o sea, fehaciencia o valor probatorio) no solo de forma, sino de fondo o contenido, a los documentos públicos con referencia implícita al cumplimiento de "requisitos legales" que les sirven de fundamento, pues otra cosa no cabe cuando solo pueden ser realizados por autoridades a las que se les atribuya esa competencia; el Art 4.3.a Rgto UE 804/04 (el Art 2.c Rgto 1215/12 es igual) se expresa en estos términos:

*"a) un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva, y cuya **autenticidad**: i) se refiera a la **firma y al contenido** del instrumento, y ii) haya sido establecida por un poder público u otra **autoridad autorizada** con este fin por el Estado miembro de donde provenga".*

Pero tal vez sea en los Rgts UE 650/12 de Sucesiones (Cdos 62, 63 y Art 59), 1103/16 REM (Cdos 59, 60 y Art 58) y 1104/16 EPUR (Cdos 58, 59 y Art 58) los que con mayor precisión aclaran esta materia en plena concordancia con lo que hace nuestro Art. 17.bis.2 LN; transcribiremos solo el primero ya que los dos últimos vienen a decir lo mismo:

venta de la Ley 24/2000, Colegios Notariales de España, Madrid, 2004, pp. 23-24 y 66-67.

"(62) La '**autenticidad**' de un documento público debe ser un concepto autónomo que incluya aspectos como su **veracidad**, sus **requisitos formales previos**, las facultades de la **autoridad** que formaliza el acto y el procedimiento por el cual se formaliza este. También ha de abarcar los **hechos** oficialmente consignados por la autoridad competente en el documento público, como que las partes indicadas han comparecido ante la autoridad en la fecha señalada y que han formulado las declaraciones que en él se expresan. La parte que desee recurrir contra la autenticidad de un documento público debe hacerlo ante el tribunal competente...

(63) Los términos '**los actos jurídicos o las relaciones jurídicas** consignados en un documento público' deben interpretarse como una referencia al contenido material registrado en el documento público. Los actos jurídicos consignados en un documento público podrían ser, por ejemplo, el acuerdo entre las partes sobre la **partición** o distribución de la herencia, un testamento, un pacto sucesorio u otra **declaración de voluntad**. Las relaciones jurídicas podrían ser, por ejemplo, la determinación de los herederos y demás beneficiarios establecidos en virtud de la ley aplicable a la sucesión, sus partes alícuotas respectivas y la existencia de legítima o cualquier otro elemento establecido en virtud de la ley aplicable a la sucesión. La parte que desee recurrir contra los actos jurídicos o las relaciones jurídicas consignados en un documento público debe hacerlo ante los tribunales..."

Por su parte el Art 59.2 y 3 Rgto 650/12 Sucesiones dice que:

"Todo recurso relativo a la autenticidad de un documento público... relativo a los actos jurídicos o las relaciones jurídicas consignados en un documento público se interpondrá **ante los tribunales** competentes... Los documentos públicos recurridos carecerán de **valor probatorio**..."

Las líneas que siguen desarrollarán el plan, la cadencia que adivinamos en el Art. 17 bis LN, en los Rgto UE y en los autores citados, y, aunque sea adelantarnos, diremos que hay unos requisitos básicos documentales a cumplir en todas las Escrituras (papel, gráfica, lectura, firma...), y luego puede que sean necesarios requisitos adicionales dependiendo del acto o negocio jurídico que incorporen, pues no es lo mismo un poder para retirar un título académico, que nuestro ejemplo de venta de un inmueble con precio aplazado que se va a reclamar en un juzgado en una situación de insolvencia.

Con la multieficacia ocurre lo mismo, pues tiene una primera manifestación en forma de eficacia genérica probatoria que se da siempre en todas las Escrituras (también potencialmente en el proceso y en el efecto constitutivo del negocio, como veremos), y que al tener muy sólidos fundamentos (sus variadas presunciones), es una eficacia muy extensa y muy intensa; pero dependiendo de las circunstancias y/o del acto o negocio jurídico que incorporen, algunas Escrituras pueden tener otras manifestaciones de la multieficacia además de ese efecto probatorio genérico, y producir ciertos efectos específicos (ejecutivo, traditorio, registral...).

Hoy, eso sí... todo está ya en el Art. 17 bis LN y en los Rgto UE...

1. Los requisitos impuestos por ley a todas las Escrituras cumplidos bajo control notarial

Según lo dicho hasta aquí habremos de comenzar por el estudio de los muchos requisitos cuyo cumplimiento es el que justifica los fortísimos efectos de las Escrituras.

Si recordamos el ejemplo paradigmático que hemos propuesto resulta que contiene los cuatro elementos a tener en cuenta (negocio, forma, documento y formalidades reales) y cada uno con sus propios requisitos que se han de cumplir de manera estricta:

El negocio jurídico ha de cumplir (Arts. 1261 y ss Cc) el consentimiento sin vicios de persona capaz, objeto lícito, cierto y posible, junto con causa no solo existente, sino también lícita.

Esa concorde voluntad se habrá de expresar mediante alguna **forma jurídicamente admitida**, y sin desdeñar otras como la verbal o documental privadas, si la elegida es la notarial entramos en un complejo campo de requisitos y garantías que exponemos a continuación.

Desde luego que **el documento notarial** en su "**dimensión papel**" tiene requisitos tan puntillosos (basta seguir el RN) como: un estilo claro y preciso en caracteres legibles; no utilización de abreviaturas, guarismos y espacios en blanco; el soporte de papel que ha de ser especial de la FNMT para uso exclusivo notarial sellado y numerado; el idioma de redacción oficial (en su caso a doble columna en dos idiomas); las formas de impresión de las palabras de manera indeleble; el número de ellas por línea (15 sílabas) y de líneas por hoja (20 o 24), más los márgenes admisibles, todo ello para dificultar y/o detectar interpolaciones; también están comple-

tamente regulados los requisitos del soporte y firma electrónicos, y su transmisión por medios seguros etc.

No menos detallados son los requisitos de la Escritura en su **"dimensión de acto de otorgamiento"**, aclarando que en su sentido estricto consiste en la manifestación, en la exteriorización de la voluntad creadora del negocio que se plasma con la firma de los interesados junto con la del Notario que simultáneamente "autoriza el documento" (asume su autoría) imponiéndole "fe pública", pues el Notario es "redactor" del documento y no solo un simple "autenticador" de firmas como algunos notarios anglosajones (LÓPEZ BURNIOL) (45).

Pero en un sentido amplio pensamos que el acto del otorgamiento y autorización se puede entender como que incluye toda la actividad notarial desplegada para el cumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación vigente en la redacción de los documentos notariales: los anteriores (sin los que el acto del otorgamiento en sentido estricto no existiría), los simultáneos al acto en sí (que le dan realidad), y los posteriores (sin los que este quedaría incompleto); lo único que ocurre es que por su propia naturaleza, por simples limitaciones físicas, no se pueden cumplir todos a la vez y siguen esa cadencia temporal. Este concepto amplio del acto del otorgamiento encuentra su base en el Art. 1258 Cc, pues si los contratos obtienen todas las consecuencias que sean *"conformes a la ley"* aunque no se soliciten específicamente por los contratantes, por analogía, los documentos han de cumplir todos los requisitos necesarios aunque no se pidan expresamente uno a uno por los comparecientes. Como dice MICÓ GINER (46) de manera gráfica y precisa: *"... hoy la autorización notarial no es un acto, sino un proceso que comienza mucho antes del otorgamiento y concluye mucho después..."*.

Así tenemos que **antes** el Notario cumple una serie de solemnidades para que el consentimiento de las partes no sea una pantomima y sí realmente informado: recibe la voluntad de las partes, la cual deberá interpretar y adecuar a la legalidad comprobando que es libre y no impuesta o coaccionada, redactando el documento para que produzca los efectos perseguidos, y para ello deberá proceder al examen de los títulos previos y comprobar toda una serie de extremos importantes, en su gran mayoría mediante herramientas

(45) LÓPEZ BURNIOL, Juan José: "La Escritura Pública", *Estudios sobre Derecho Documental*, Consejos Generales del Poder Judicial y del Notariado, Madrid, 1997, pp. 47-85.

(46) MICÓ GINER, Javier: *op. cit.*, p. 220.

telemáticas solo a disposición de los que sean funcionarios españoles (47).

Durante el otorgamiento en sentido estricto se ponen en juego todos los elementos acumulados previamente, emitiendo unos juicios y un relato de los hechos que se producen en su presencia: impone un número de protocolo a la Escritura, la califica con el nombre con la que es conocida en el tráfico, se identifica a sí mismo y al lugar y fecha de actuación (en su caso hora y minutos), emite juicio de identificación de las partes (con su NIF/CIF a efectos fiscales y de blanqueo) y de su capacidad y legitimación para actuar en ese supuesto concreto con juicio específico sobre suficiencia de poderes, describe el objeto del contrato y su situación de cargas, incorpora las licencias y certificados necesarios (de obras o de su terminación, de 1ª ocupación, permisos de costas, de carreteras, de calificación de terrenos, de equivalencia catastral etc.), relata cómo en su presencia los intervinientes hacen las declaraciones negociales pertinentes, a los que hace las reservas y advertencias que legalmente correspondan sobre la trascendencia y consecuencias de sus actos (VPO, impuestos, retractos...), controla la legislación de cambios y pagos, y se procede a la lectura y aceptación de la Escritura mediante la firma que, entonces sí, refleja un consentimiento verdaderamente libre e informado que se adecua a la legalidad, procediendo a asumir su autoría (solo por el que sea Notario "competente"), autorizando el documento, y dotándolo de fe pública mediante su signo, firma, rúbrica y sello, en su doble condición ya dicha de redactor y autenticador.

(47) Resumidamente: 1.- conservación por escáner de documentos de identidad; 2.- consulta de bloqueo de fondos de ciertas jurisdicciones o personas; 3.- consulta sobre si estamos ante una (PRP) Persona con Responsabilidad Pública inmersa en negociaciones impropias; 4.- consulta al Registro mercantil de sociedades sobre sus administradores, poderes, objeto, capital domicilio, CIF, etc.; 5.- consulta al Registro concursal sobre solvencia de personas y entidades; 6.- consulta a la Base de Datos de Titularidades Reales (BDTR) para detectar testaferros; 7.- consulta sobre la situación de pagos a la comunidad de propietarios; 8.- consulta sobre pago de IBI pendiente; 9.- obtención de certificación catastral sobre la descripción de inmuebles y sus eventuales discrepancias con la titulación; 10.- información del registro de la propiedad sobre titularidad, situación de cargas y descripción de inmuebles; 11.- información sobre la existencia de posibles seguros de vida a incluir en una herencia; 12.- consulta de todos los documentos otorgados por una persona en cualquier notaría de España para detectar eventuales deudas, avales o fianzas de una herencia; 13.- certificación del Registro de últimas voluntades; 14.- certificación del Registro de seguros; 15.- solicitud de copias telemáticas notariales...

Pero para que el otorgamiento sea completo y produzca todos los efectos legales (y dado que físicamente es imposible hacerlo todo a la vez), **después** de los anteriores requisitos se tienen que seguir cumpliendo por el Notario otros más, sobre todo teniendo en cuenta que la Escritura así alumbrada es propiedad del Estado español, que quiere que también produzca efectos para las Administraciones públicas, y eventualmente para otros particulares cuyos derechos e intereses deriven o se relacionen con ella; la mayoría de estos requisitos requieren elementos telemáticos solo a disposición del Notario del foro (48).

Respecto de las **formalidades reales** en el caso de que la Escritura pretenda la transmisión de la propiedad o derecho real susceptible de posesión (como en el paradigma que seguimos), la redacción del documento deberá ser tan clara y precisa que ni resulte, ni pueda deducirse (Art. 1462 Cc) que se está excluyendo la *traditio* o entrega, como ocurriría en los casos de venta de cosa ajena, permuta de futura, o reserva de dominio.

Como no se pretende en estas líneas el estudio completo de todos estos requisitos y remitimos gustosamente a los magníficos manuales de los autores citados en el texto, en donde se podrán desentrañar las particularidades de los actos jurídicos, formas y documentos notariales, no obstante, con lo dicho pensamos que es suficiente para que se pueda apreciar el valor añadido de toda la actividad notarial que hay detrás de su cumplimiento, pues en palabras de TENA ARREGUI (49): *"El valor del documento notarial no es evidente"* porque la *"seguridad jurídica no es una realidad tan evidente como puede ser la salud"*.

En fin, acabamos de ver que en una Escritura se han de cumplir gran número de requisitos (sobre todo si los comparamos con los

(48) En síntesis: 1.- presentación inmediata del documento para reserva de rango e inscripción en los registros jurídicos de la propiedad y mercantil; 2.- cambios de catastro; 3.- liquidación telemática de impuestos; 4.- notificación telemática de procuradores en poderes de pleitos; 5.- notificación a la AEAT de poderes fiscales; 6.- notificación de operaciones sospechosas al Organismo Centralizado de Prevención (OCP) del Consejo General del Notariado para que en su caso informe al Servicio de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC); 7.- remisión de copias electrónicas de documentos; 8.- notificaciones específicas a autoridades fiscales (Ayuntamientos, CCAA, Estado); 9.- remisión de índice electrónico de documentos (con información para Jueces, Fiscales, AEAT, SEPBLAC...); 10.- remisión de declaraciones sobre inversiones extranjeras en modelos D-1A y D-1B...

(49) TENA ARREGUI, Rodrigo: "Valor del documento notarial", Colegios Notariales de España, Madrid 2003, pp. 7 y 9.

escasos que se exigen a los documentos privados) y dado que todos ellos vienen exigidos en diferentes leyes (sustantivas, notariales, hipotecarias, administrativas, fiscales, internacionales, europeas, etc.) se puede afirmar que con todo ello lo que se pretende es cumplir la ley, las leyes, en todos sus aspectos.

Teóricamente cabría pensar que se impusiera sobre los hombros de los particulares el pesado deber de cumplir todos estos requisitos, pero seguiríamos teniendo el mismo problema: siempre existiría la duda de si los particulares pondrían el mismo empeño en defender la legalidad que en defender sus propios intereses, con lo que no habríamos avanzado gran cosa. Es por esto por lo que el control del cumplimiento en los actos extrajudiciales de la ley, las leyes, se encarga a un tercero, al Notario, que es un funcionario bajo la dependencia orgánica, disciplinaria y sancionatoria, de la DGRN (hoy DGSJFP) y del Ministerio de Justicia. En otras palabras, en una economía de mercado, los particulares bastante tienen con defender sus intereses (eso sí, de buena fe) y lo demás son cosas que le compete organizar, no a ellos, sino al Estado y sus funcionarios.

Vemos que es importante la "cantidad" de requisitos que se exigen a las Escrituras, pero lo es mucho más la "calidad" de que esos requisitos se cumplan conforme a ley, con la garantía de que un tercero, el Notario, los cumplimenta directamente en un gran número, y los que no –como las declaraciones de verdad y la prestación de una voluntad concorde (el consentimiento)–, sí que al menos se realizan bajo la estricta vigilancia y control de ese funcionario, que las recibe, las moldea y adapta a la legalidad, todo lo cual impide o dificulta los errores, las falsedades y la simulación.

Es este control de legalidad más que el número de requisitos el que realmente diferencia a los documentos notariales de los meramente privados, y es, en el fondo, el que fundamenta que tengan unos efectos impensables en otras variedades de forma.

No hay duda, nuestras normas le imponen al Notario en todas sus actuaciones el deber inexcusable de cumplir la ley y hasta le obliga a decirlo así en el documento; por citar las más importantes: Art. 1199 Proyecto 1851 (*con las solemnidades requeridas por **la ley***); Art. 1216 Cc (*con las solemnidades requeridas por **la ley***), Art. 1 LN (*dar fe, conforme a **las leyes***); Art. 17 bis.2.a LN (*el notario deberá dar fe de que a su juicio el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento **se adecua a la legalidad** y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes*); Art. 24 LN (*los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la **regularidad no solo formal***

sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas); Art. 43.2.A.c y B.c Ley 14 de 29/12/00 considera infracción notarial muy grave/grave "... la autorización... de documentos contrarios a **lo dispuesto en las leyes...** las conductas que impidan... las obligaciones de **control de legalidad**"; y es que no hay margen de actuación posible, pues cuando observe que exista vulneración de la ley lo que debe hacer (Art. 2 LN) es abstenerse de autorizar el documento, negar "la intervención de su oficio", o como dice el Art. 19.2 de la Ley 10 de 28/4/10 de Prevención del Blanqueo de Capitales este control de legalidad puede ser "...justa causa que motive la negativa a la autorización del notario...".

En el ámbito europeo ocurre exactamente igual y recordamos que el cumplimiento de requisitos legales se encuentra en las referencias de los Rgts UE 804/04 y 1215/12 a que los documentos públicos solo pueden realizarse por "poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado"; lo mismo que los Rgts UE 650/12 RES, 1103/16 REM y 1104/16 EPUR, hablan de "sus requisitos formales previos, las facultades de la autoridad, el procedimiento por el cual se formaliza".

Por mencionar una sentencia relevante sobre el tema, transcribimos la STC 207/1999:

"... a los notarios... les incumbe... el juicio de legalidad... La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad... el deber del notario de velar por la legalidad forma parte de su función como funcionario público".

Se nos dirá que el Notario no solo hace un control de legalidad sino que también hace un asesoramiento a las partes, pero resulta que este no es otra cosa que seguir cumpliendo la ley dado que este asesoramiento viene impuesto en los Arts. 17 bis LN (consentimiento libre/voluntad informada, 24 LN (regularidad formal y material) y 194 Rgto Not (explicar reservas y advertencias legales).

Valga como **resumen** lo dicho sobre el Art. 17 bis.2 LN: "**Requisitos, efectos y control notarial de legalidad**. Se consagra este binomio en el sentido de que *los efectos* (los fuertes efectos) *del documento público notarial* solo se le reconocen tras haber cumplido, *en todo caso*, unas *garantías y requisitos* muy estrictos, siendo el mismo Notario el que en *el otorgamiento y la autorización o inter-*

vencción notarial tiene que vigilar que todo *se adecua a la legalidad, a las leyes*".

2. Las presunciones de todas las Escrituras: legalidad, validez y veracidad íntegra

Por lógica, el cumplimiento de tantos requisitos bajo control de legalidad debe ser para obtener alguna utilidad práctica que sea algo más que unos folios dentro de una carpeta, y en efecto, como el Estado sabe que por el mero hecho de la firma se ha cumplido lo que él exigía, premia a la Escritura con unos valores bajo la forma de presunciones.

El que adopten esa forma de presunciones es comprensible, pues como (salvo para alguna confesión religiosa) no hay ningún hombre infalible, se busca esa solución parcial que suponen garantías no indestructibles, pero sí suficientes para el tráfico. Ya hemos visto que GARCÍA GOYENA comentando el Art. 1199 Proyecto 1851 también reconocía que estamos hablando de presunciones, pues siempre quedaba a *"salvo el derecho de poder redargüirlos"*. Por su parte los Rgts UE 650/12 RES, 1103/16 REM y 1104/16 EPUR, confirman que estamos ante presunciones frente a las que cabe *"recurso ante los tribunales"* para detener su *"veracidad/valor probatorio"*.

No obstante, advierte certeramente NIETO SÁNCHEZ (50) que en buena técnica jurídica no nos encontramos ante las auténticas presunciones del Art. 385 LEC (antiguos Arts. 1249 a 1251 Cc) sino más bien ante la atribución directa de la ley de un efecto probatorio extrajudicial inmediato; a pesar de ello considera muy útil esa expresión, porque deja bien claro que el favorecido nada tiene que probar al ser la ley la que le da esa eficacia, y que siempre cabe la prueba en contrario del perjudicado (Art. 385.1 y 3 LEC: *1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba... a la parte a la que este hecho favorezca. 3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario...*").

Siguiendo el plan del Art. 17 bis LN, los Rgts UE y los autores antes citados, expondremos las de legalidad, validez y veracidad, aunque realmente se podrían condensar en una sola, ya que cuando hablamos de la presunción de "veracidad íntegra" del documento

(50) NIETO SÁNCHEZ, José: "Valor Jurídico del Instrumento Público...", *Derecho Notarial*, obra colectiva coordinada por Joaquín Borrell, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 696.

quedarían englobadas las dos previas: nadie se prestaría a creer en algo nulo e ilegal.

La presunción de legalidad.

En suma, el Notario debe cumplir en todos los aspectos la ley, las leyes, y consecuencia de ello es que en el tráfico jurídico, frente a todos y frente a todo, la Escritura lleva el marchamo, la presunción, de legalidad. Así la calificaba la DGRN en sus RRes 14, 20 y 28/2/07:

"... implica que su contenido y efectos están ajustados al ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma, que el acto o negocio jurídico y por extensión el mismo documento es conforme a la legislación que rige aquel, desplegando por ellos unos efectos privilegiados respecto de otros tipos documentales...".

La presunción de validez.

A partir de la anterior presunción aparecen en cascada otras presunciones esenciales para que el documento notarial sea verdaderamente útil y no quede reducido a un adorno fruto de la inventiva jurídica; en primer lugar la "presunción de validez" (con ese nombre se referían a ella las SSTs 20/2/1943 y 24/3/1961) sobre la que hay poco que explicar pues va de suyo que lo que es legal tiene que ser válido, y lo válido solo puede serlo por cumplir la ley. Recordamos aquí las opiniones antes transcritas que durante los últimos tres siglos llevan resaltando esa íntima unión entre legalidad y validez como fundamento de la veracidad; por eso la Res SN 12/6/19 habla de:

"... las presunciones de exactitud y validez que se derivan de la fe pública...".

La presunción de veracidad íntegra.

Con la garantía de que el documento es legal y válido se avanza mucho, pues sabemos que por causa de invalidez no dejará de tener los efectos que el ordenamiento le atribuya; pero el problema es que eso solo no le otorga una eficacia concreta ya que en la normalidad del Derecho miles de actos y documentos son legales y válidos y no tienen efectos privilegiados.

Pues bien, en los sistemas jurídicos continentales (no en los anglosajones como ya hemos dicho) el complemento al que nos referimos consiste en atribuir a los documentos públicos un plus de valor en forma de "presunción de veracidad" que tiene importancia extraordinaria, pues nada menos que supone que los no confor-

mes con el contenido del documento han de cargar con el deber de impugnarlo en procedimiento contradictorio aportando las pruebas necesarias, con lo que la eficacia de aquellos se multiplica exponencialmente (lo mismo ocurre con los documentos registrales, judiciales y administrativos ex Arts. 317 y 319 LEC)(51). Insistimos en que los Rgtos UE 650/12 RES, 1103/16 REM y 1104/16 EPUR, expresamente atribuyen "veracidad" al documento público en tanto no sea recurrido en procedimiento adecuado.

De todas maneras, si se dijera sin más que la Escritura es vezaz sería algo muy importante pero no suficiente, pues siempre cabría pensar que existieran otros contradocumentos distintos que pudieran modificarla. Afortunadamente, para el documento notarial nos encontramos ante una veracidad muy especial y reforzada

(51) **Registrales**, en los que hay un control de legalidad mediante la calificación del Art. 18 LH, lo que produce el principio de "legitimación" con la presunción de veracidad íntegra frente a terceros de que los derechos existen y pertenecen a sus titulares (Arts. 38 y 32 LH), terceros que no se pueden "oponer" a esa eficacia salvo sentencia firme, pues los asientos registrales tienen eficacia inmediata (Arts. 1 y 66 LH), son ejecutivos (Arts. 38 y 41 LH) y que incluso en beneficio de algunos terceros de buena fe que inscriban se vuelven inatacables mediante el principio de "fe pública" ("lo no inscrito no les perjudica" ex Arts. 606 Cc y 32 LH, y "la anulación o resolución de una adquisición previa no perjudica al subadquirente posterior oneroso" ex Art. 34 LH). **Judiciales**, en los que por definición sus autores, Jueces, Fiscales y Letrados, no hacen otra cosa que aplicar la ley en todos sus actos y documentos (Art. 117.1 CE: "*sometidos únicamente al imperio de la ley*"; Art. 1 LOPJ 6/1985: "*sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley*"), y cuyo contenido, acabado el sistema de recursos, se vuelve inatacable para todos los afectados, siendo de eficacia inmediata y ejecutivos ("*ejecutar lo juzgado*" dicen los artículos citados). **Administrativos**, en los que los funcionarios tienen que actuar con cumplimiento estricto de la Ley (Arts. 9.1 CE "... *los Poderes públicos sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico*"; 103.1 CE "*1. La Administración Pública... actúa... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*"; 34 LPAC: "*1. Los actos administrativos... se producirán... ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido. 2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico...*"; 3.1 LRJSP 40/15 "... *con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho*"), por lo que se les atribuye una presunción de "legalidad", de que han cumplido la ley en todos sus aspectos y en consecuencia se presumen "válidos" (otra cosa no cabe) y "veraces" (obligando a quien se sienta perjudicado a probar en contrario como bien sabe cualquier funcionario tributario o judicial que ha recibido una multa de tráfico), y además son "eficaces y ejecutivos" de manera inmediata (Art. 39.1 LPAC "*1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten...*").

(a diferencia de la "limitada" que veremos que tienen unos pocos documentos privados), ya que tanto nuestro alto Tribunal (SSTS 6/10/1984 y 3/10/1991) como la DGRN (RRes 14, 20 y 28/2/07) llaman "**presunción de veracidad íntegra**" y la Res SN de 12/6/19 "exactitud", con lo que ya quedaría a salvo de esa eventual modificación, y sería no solo "**la verdad y nada más que la verdad**", sino también "**toda la verdad**", de suerte que los terceros (y también las partes y hasta el Notario según veremos) tienen derecho a considerar que la Escritura de la que se sirven contiene toda la verdad y lo que no consta en ella es como si no existiera, con la única excepción de que una Escritura no inscrita nada puede contra el registro (Arts. 606 Cc y 32 LH: lo no inscrito no perjudica al tercero que inscriba) (52).

ÁVILA ÁLVAREZ (53) explicaba que esta integridad notarial es paralela a la que hay en el registro de la propiedad cuando se presume en el Art. 38 LH no solo que el derecho existe, sino que lo es precisamente "*en la forma determinada en el asiento respectivo*", de manera que cualquier pacto o situación ajena a ese asiento es como si no existiera, pues como se acaba de decir lo no inscrito no perjudica a tercero (Arts. 606 Cc y 32 LH). No obstante, hay que hacer notar que la integridad no la tienen los documentos privados y tampoco los judiciales y administrativos ya que a ellos no se refiere la LH, ni los Arts. 1219 y 1230 Cc, y 17 bis LN, que solo hablan de "*escritura*" y "*documentos públicos autorizados por Notario*".

Esta presunción tiene una formulación negativa en el Art. 1230 Cc, ya que el contradocumento privado "nunca" puede modificar en perjuicio de tercero (sí a su favor) el contenido de una Escritura, de suerte que el tercero que base su actuación en ella puede considerar a todos los efectos que contiene toda la verdad sin que nada ajeno le pueda afectar:

"Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en Escritura pública, no producen efecto contra tercero".

Pero, sobre todo, la veracidad íntegra está también reforzada y reconocida negativamente en el Art. 1.219 Cc:

(52) Arts. 606 Cc y 32 LH ambos con el mismo contenido: "*Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero*".

(53) ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro: *op. cit.*, pp. 92 y 93.

"Las Escrituras hechas para desvirtuar otra Escritura anterior entre los mismos interesados, solo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquellas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la Escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero".

O sea, que tampoco la "contraescritura" hecha para modificar otra Escritura anterior (la básica o primordial) puede perjudicar a terceros (sí favorecerles) salvo en esas condiciones estrictas (anotaciones en matriz y copia o registro) y por eso, el tercero tiene derecho a pensar que su Escritura primordial es "íntegra", es "la verdad, nada más que la verdad y toda la verdad", sin que "nunca" puedan afectar a su contenido, ni los pactos y contradocumentos puramente privados (ningún documento privado puede perjudicar a tercero), ni las contraescrituras "salvo con esas estrictas condiciones" de su anotación o registro, y a salvo siempre el límite general de que se trate de una propiedad inmobiliaria registrada frente a la que nada puede una Escritura no inscrita (Art. 606 Cc y 32 LH). Nótese que el tercero que no puede ser perjudicado por la contraescritura siempre tiene que ser de buena fe, cosa que no ocurriría si conociera o hubiera participado en la misma (BLANQUER UBEROS)(54).

La veracidad íntegra tiene en nuestro ordenamiento sólidas raíces pues los precedentes de los Arts. 1230 y 1219 Cc aparecían refundidos en el Art. 1214 Proyecto 1851:

"Los documentos privados, hechos por los contrayentes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero. Tampoco le producen las contra-escrituras públicas cuando no se ha anotado su contenido al margen de la escritura matriz reformada, y del traslado, en cuya virtud ha obrado el tercero".

En palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS (55):

"... si la contraescritura no perjudica al tercero, a no ser con los requisitos que el artículo 1219 establece, es porque ese ter-

(54) BLANQUER UBEROS, Roberto: "La escritura pública en la Unión Europea." *Estudios sobre Derecho Documental*, Consejos Generales del Poder Judicial y del Notariado, Madrid, 1997, p. 384.

(55) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Escrituras, contraescrituras y terceros", *Escritos Jurídicos*, Tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, p. 363.

cero está protegido por la Escritura primordial, de manera que el instrumento público no solo produce efectos contra tercero, sino también en beneficio de tercero; si el documento primordial no produjera esos efectos protectores del tercero, la contraescritura le perjudicaría siempre”.

Esta presunción se manifiesta en otra cuestión trascendental para el tráfico jurídico: la Escritura de Poder cuya eficacia es tan importante que hay fuertes restricciones para la obtención de copias (Art. 227 RN). En efecto, el que negocia con un apoderado tiene derecho a considerar que ese Poder es toda la verdad, sin que deba hacer otras averiguaciones más allá de comprobar que están incluidas las facultades suficientes para ese acto, y sin que le afecten hechos que no aparecen en el documento, como el fallecimiento del poderdante o su revocación, a menos que se le notifique o se haga constar en la copia del poder. Lo dice así el Art. 1734 Cc:

“Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a estas si no se les ha hecho saber”.

Y también el Art. 1738 Cc:

“Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”.

Como apunta RODRÍGUEZ ADRADOS (56):

“A quien contrata con un apoderado... hay que asegurarle la vinculación del verdadero... mandante... hay que protegerle de la contraescrituración, modificatoria o revocatoria, y hay que imponer la continuación del poder extinguido en beneficio de ese tercero... y... en beneficio del apoderado, frente a cualquier otra causa de extinción...”.

Y concluye señalando que:

(56) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, “Escrituras, contraescrituras...”, p. 370.

"...los terceros tienen derecho a pensar que en la Escritura primordial está contenido el negocio íntegro, la totalidad del negocio...".

Es más, la veracidad íntegra se da también entre partes que tienen todo el derecho a sostener que la totalidad del negocio es tal y como aparece reflejado en su Escritura sin que sean admisibles declaraciones en contrario de quienes intervinieron, o de testigos, o incluso del mismo Notario sobre las conversaciones, matizaciones o interpretaciones que se hicieron pero por la razón que fuera finalmente no se incorporaron al texto leído, consentido y firmado. También las partes pueden considerar que el texto que firmaron es la verdad, nada más que la verdad y toda la verdad.

El Art. 1220 Proyecto 1851 era bien claro sobre que la veracidad íntegra del documento notarial también existía entre las partes:

"... Tampoco se admitirá prueba de testigos, para acreditar una cosa diferente del contenido en los instrumentos, ni para justificar lo que se hubiere dicho antes, al tiempo ó despues de su otorgamiento...".

GARCÍA GOYENA hacía unos certeros comentarios a este Art. diciendo que:

"Es preciso estar al simple y literal tenor del instrumento; en vano pretendería el acreedor probar por testigos que se pactaron intereses, ni el deudor que se pactó plazo, y ni uno ni otro que se designó lugar para hacer el pago, si nada consta en el instrumento, porque todo esto es cosa diferente de su contenido: cúlpense á sí mismos de no haberlo expresado así en el instrumento".

En esta línea insiste RODRÍGUEZ ADRADOS⁽⁵⁷⁾ en que lo no recogido por escrito en el documento "no existe" en términos notariales:

"El resto de la realidad no narrado no ha sido consentido, y su omisión es sinónima de inexistencia (NÚÑEZ-LAGOS), incluso a fines interpretativos (CC, art. 1282), porque lo que el instrumento no dice, tampoco nosotros debemos decir, axioma común en la boca de los Doctores según PAREJA Y QUESADA".

(57) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "Principios...", p. 96.

Ya dijimos siguiendo a RODRÍGUEZ ADRADOS (58) que esta veracidad íntegra lo es también para el Notario autorizante, que tiene todo el derecho a sostener que la Escritura es la verdad, nada más que la verdad y toda la verdad, y puede negarse a declarar sobre el contenido del documento por él autorizado, pues lo que tenía que decir al respecto está expresado en el mismo "íntegramente"; lo contrario, como ya se explicó al principio, sería volver a los tabeliones del Derecho Romano, cuyos documentos no tenían otra fuerza que la subjetiva que mereciera la persona de su redactor cuando testificaba. Hoy esta afirmación tiene el aval de la Res SN 6/6/14:

"... que el Notario declare... sobre el contenido del instrumento otorgado... carece de sentido y sería una redundancia al no tener nada que añadir a lo que ya consta en el propio instrumento... (artículos 17 bis de la Ley del Notariado y 143 del Reglamento Notarial)...".

Valga como **resumen** lo dicho sobre el Art. 17 bis.2 LN: **"Presunciones de legalidad, validez y veracidad íntegra.** Cumplidos los requisitos bajo control notarial se atribuyen al documento unas presunciones, se *presume su legalidad*, por lo que también se *presume su validez*, y *en consecuencia* todo en su conjunto se *presume veraz e íntegro*".

3. Multieficacia genérica de todas las Escrituras: efecto probatorio extenso e intenso

Siguiendo el plan de exposición corresponde estudiar ahora el valor o multieficacia de las Escrituras y la más importante manifestación de esa multieficacia es el efecto genérico probatorio que se califica como tal por doble motivo: porque sea cual sea el acto o

(58) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "La prueba...", p. 42. Nos ilustra sobre lo que al respecto dicen los Códigos civiles, francés (art. 1.341.1 "no se recibirá ninguna prueba de testigos contra o fuera del contenido de los documentos, ni sobre lo que se alegue haber dicho antes, al tiempo o después de ellos"); italiano (siguiendo los precedentes del de 1865 y del Código de Italia de 1845, dice el art. 2722 del vigente "La prova per testimoni non è ammessa se ha per oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento"); y más acertado todavía el artículo 992 del Código Civil argentino: "Los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él..."). Y concluye "En otro caso la prueba del documento público dejaría de ser "plena", y toda la seguridad negocial se vendría abajo".

negocio que incorpore siempre se produce en todas las Escrituras, y genérico también porque los efectos específicos que pudieran darse en alguna de estas siempre se manifiestan, precisamente, por el efecto probatorio ínsito en ellas.

Lo que queremos decir con todo esto es que el lector es muy dueño de compartir o no los valores y efectos que atribuimos a las Escrituras, pero sean los que fueren hay una cosa segura: solo se pueden mostrar y apreciar por medio del efecto probatorio; RODRÍGUEZ ADRADOS(59) lo explica así:

"Los hechos que no pueden probarse es como si no existiesen; falta de prueba e inexistencia no tienen nada que ver ontológicamente, pero prácticamente son equivalentes...".

Antes de nada dos precisiones terminológicas. La primera es que hay autores como NIETO SÁNCHEZ(60) que consideran que el efecto genérico es directamente la presunción de veracidad íntegra, mientras que aquí se opta por considerar como tal al efecto probatorio. En cualquier caso, esta elección no se basa en que ambos conceptos sean incompatibles o contradictorios, sino simplemente en considerar que el efecto probatorio es la consecuencia práctica, el aspecto externo de la presunción de veracidad, y esta sería más bien el componente esencial, la cara interna del efecto probatorio; visión esta última que es la que mantiene el TS en las Sentencias citadas al principio en las que se sigue la secuencia de veracidad que da lugar al valor probatorio, lo mismo ocurre como hemos visto en los documentos administrativos (Art. 39.1 LPAC) y registrales (Art. 38 LH) y, en fin, también lo mantiene así RODRÍGUEZ ADRADOS(61) al decir:

"La verdad o veracidad del documento es, en todo caso, el fundamento de su eficacia, de la fe pública... que... no podría subsistir sin la veracidad...".

Segunda precisión... ¿efecto probatorio o "fe pública/fehaciencia?...

Para RODRÍGUEZ ADRADOS(62) lo correcto en los documentos notariales es decir que tienen "fe pública/fehaciencia" (lo que la doctrina francesa llama "autenticidad") que además de ser mayoritario en

(59) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "El documento notarial y la seguridad...", p. 108.

(60) NIETO SÁNCHEZ, José: *op. cit.*, "Valor...", p. 696.

(61) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "Principios...", pp. 27 y 30.

(62) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Comentario al Art. 17 bis LN", *Nueva*

Códigos extranjeros, hizo el Art. 1199 del Proyecto de 1851 ("*hacen plena fe*") , y continúa haciendo nuestra LN (Arts. 1 "*dar fe*" y 17 bis "*gozan de fe pública*"); la razón es que "*los efectos de los documentos públicos no son solo probatorios*" pues veremos que los notariales tienen otros más (traditorios, registrales, constitutivos...) y hasta tienen un reconocimiento social que hacen que la fe pública, la fehaciencia, sea prueba... y mucho más. No está de más recordar que los Notarios dependen orgánicamente del Ministerio de Justicia a través de una Dirección General cuyo nombre es muy expresivo: "*Dirección General de... Fe Pública*". Por su parte ya hemos visto que los Rgts UE 804/04 y 1215/12 de Título Ejecutivo, 650/12 RES, 1103/16 REM y 1104/16 EPUR, atribuyen al documento público "*autenticidad/valor probatorio*".

Sin embargo, en ámbitos administrativos y judiciales se ha hecho común la utilización de los términos más extendidos de "prueba/efecto probatorio" que es la que utiliza la LEC y el Cc. No sabemos exactamente en qué medida haya podido influir el subconsciente, pero es posible que si se va a defender en aquellos ámbitos que los documentos notariales no solo no tienen unos efectos superiores a los demás de su clase, sino que hasta carecen de fuerza para probar ciertos hechos, no sería muy congruente comenzar por ensalzarlos con algo tan especial como que tienen "fe pública", para acto seguido concluir que no se acepta el valor declarado en ellos...

En fin, dejémoslo aquí, y para no perdernos en cuestiones terminológicas utilizaremos los términos "prueba/efecto probatorio" que parecen más extendidos.

Confirma RODRÍGUEZ ADRADOS(63) que estamos ante una eficacia genérica de todas las Escrituras ("*los documentos tienen siempre una eficacia probatoria*"), y que es la Escritura la que se prueba por sí misma sin necesidad de ningún otro elemento adicional ("*la eficacia de los documentos públicos para probar su contenido*", "*los documentos públicos se prueban ellos mismos*", "*hacen prueba de su autenticidad*", "*la prueba del contenido del documento por el documento mismo*").

No obstante, contra todo pronóstico, hay voces que pretenden negar la evidencia atribuyendo a los documentos notariales una eficacia probatoria pero solo en el proceso, cuando ocurre exactamente lo contrario, pues aunque en juicio pudiera sufrir alguna restricción

legislación notarial comentada, Tomo I de Legislación Notarial, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, p. 101.

(63) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "*La prueba...*", pp. 26 a 28.

(lo veremos), es precisamente en el ámbito extrajudicial donde no tiene cabida la "apreciación conjunta de la prueba" (64).

Frente a esta visión reductora se alza no solo la misma ley, sino la doctrina procesalista en bloque, pues, como bien explica RODRÍGUEZ ADRADOS (65), es la LEC la que en su Exposición de Motivos avisa sobre que este efecto probatorio tiene dos vertientes: la judicial (EM XI: "se ocupa de los documentos, dentro de los preceptos de la prueba, a los solos efectos de la formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos"), y la extrajudicial [EM XX: "algunos de estos preceptos (del Cc) que permanecen ha de entenderse que tratan de la certeza y eficacia extrajudiciales"]; y aunque el valor extrajudicial de las Escrituras se encuentra regulado tanto en el Cc como en la LEC, los preceptos de ambas leyes "no son contradictorios, sino armónicos" (EM XX), de manera que ambas regulaciones se complementan y serían aplicables dentro y fuera del proceso.

En este sentido, hemos de decir que el valor probatorio de la Escritura es aludido en muchos Arts. del Cc (*vid.* 1220 y 1221) y de la LEC (*vid.* 323), pero destacan en ese reconocimiento los 1218 Cc y 319 LEC que, sin perjuicio de que más adelante hagamos una explicación más pormenorizada de ellos, dicen así:

(64) Un ejemplo: un miembro destacado de la judicatura cuando estudia en su publicación los Arts. 1216 a 1230 Cc, los despacha negándoles el más mínimo valor extraprocesal repitiendo en todos que son "*Norma de carácter procesal... cuya jurisprudencia y doctrina son procesalistas*".

(65) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "La prueba...", pp. 8-10 que cita en este sentido la opinión unánime de los procesalistas:

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, en "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", Iurgium-Atelier Editores, dic. 2000, p. 1514: "*es que se admite que el documento tiene una dimensión que supera la meramente probatoria*".

REPRESA, Sacristán, en la obra coordinada por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS citada: "*La cuestión relativa a la eficacia actual de estos preceptos del Código, se presenta indudable en relación con asuntos sustantivos, en concreto su dimensión obligacional al margen del proceso*".

MONTERO AROCA, Juan, en "Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)", de *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2000 del Consejo General del Poder Judicial, p. 23: "*el mito de que las normas relativas a la prueba son siempre procesales no puede mantenerse*".

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, en "Derecho Procesal Civil" con Ignacio Díez-Picazo Giménez, Areces 2000, p. 287: que refiriéndose a los artículos que comentamos del Cc dice "*se mantienen en cuanto pueden tener virtualidad extraprocesal*".

Art. 1218 Cc. *"Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este."*

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros".

Art. 319.1 LEC. *"1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella".*

Por último, como esta multieficacia genérica es fortísima (de todo y frente a todos), para mejor explicarla separaremos en los próximos apartados los mecanismos mediante los que se desarrolla: su extensión e intensidad.

Valga como **resumen** lo dicho sobre el Art. 17 bis.2 LN: **"El efecto genérico probatorio consecuencia de las presunciones.** La consecuencia o aplicación práctica de las presunciones de legalidad, validez y veracidad íntegra es que, genéricamente, todos los documentos públicos autorizados por Notario (en ningún momento se dice que sea solo para un tipo u otro de ellos) tienen efecto probatorio/fehaciencia pues gozan de fe pública".

3.1. Su extensión subjetiva pluridireccional: legitimación y oponibilidad a favor y en contra de partes y terceros

El "documento", como soporte que contiene un mensaje, está destinado a viajar, al ser más sencillo y práctico enviar el documento que el que lo confirmen de viva voz los partícipes en él.

Además, los documentos notariales suman dos datos que expliquen que su eficacia se expanda a favor y en contra de terceros; en primer lugar su contenido está garantizado y no se puede contradecir por nadie, pues el documento (no las personas) es la verdad, nada más que la verdad y toda la verdad, lo que necesariamente tiene que ser ante todos pues en esas condiciones no puede ser "un poco falso".

En segundo lugar, recordamos aquí lo antes dicho sobre que esta circulación está impulsada por la configuración misma de las Escrituras que *"pertenecen al Estado"* (Art. 36 LN), y este lo que quiere es que los valores que portan se multipliquen y sean aprovechados

por cuantos tengan interés legítimo en su contenido además de los firmantes: estas son las bases que explican la expansión de la eficacia probatoria del documento notarial con un aspecto activo (el favorecido puede imponerla frente a cualquiera), y también pasivo (el favorecido se puede defender oponiéndola a cualquier pretensión que la contradiga).

Aunque es común en la doctrina hablar de efectos legitimadores de la Escritura, RODRÍGUEZ ADRADOS considera que los dos aspectos entran dentro de lo que llama "oponibilidad", aunque nosotros preferimos reservar este término para la defensa pasiva, mientras que denominamos "legitimación" a la utilización activa de la eficacia probatoria, ya que son términos que nos parecen de mayor expresividad.

De esta manera la eficacia probatoria tiene aplicación pluridireccional a las relaciones entre las partes, entre estas hacia los terceros, entre estos hacia las partes, y hasta de tercero a tercero.

El que **entre las partes** la Escritura tenga eficacia, realmente no requiere mucha explicación, pues bastaría para ello aplicar los principios generales, como el exigirse recíprocamente una actuación coherente y de buena fe respecto del cumplimiento del contrato, evitando el enriquecimiento injusto y abusivo de una sobre la otra y no permitiendo que nadie vaya contra sus propios actos; por ejemplo, con su Escritura el vendedor puede exigirle al comprador que acabe de pagar el precio pendiente, lo mismo que este se puede negar a pagar intereses que no estuvieran pactados en ella.

Pero hay que observar que también están legitimadas para imponer su Escritura **las partes a terceros**, por ejemplo para demostrarles que tienen derecho a cobrar la renta del arrendamiento, o para exigir paso para su finca enclavada.

Así mismo se pueden servir de la Escritura ajena **los terceros frente a las partes** para, por ejemplo, dirigir su acción de retracto de colindantes contra el comprador, ante lo que este no podría alegar su propia simulación absoluta o relativa pretendiendo decir ahora que no existe compraventa sino que fue solo para lograr una inmatriculación, o que lo que hubo realmente fue una donación; lo mismo que tampoco podrán alegar su propio fraude diciendo ahora que el precio fue muy superior al declarado, o que existe un contra-documento privado o una contraescritura no anotada ni inscrita, que derogan la de compra.

Sin embargo, lo más curioso es que incluso están legitimados y pueden oponer la Escritura ajena **unos terceros a otros terceros**,

por ejemplo para defenderse de un posible embargo de cuentas por gastos de comunidad o de IBI de finca que en realidad no es suya.

Esta eficacia pluridireccional ("utilizabilidad" la llaman los autores siguiendo a RODRÍGUEZ ADRADOS), intuitivamente y en la práctica jurídica es fácil de apreciar a diario, pero es que además está impuesta en muchas y variadas normas.

El Art. 1218 Cc cuando proclama efectos "aun contra terceros" da por supuesto que hay efectos que son para las partes y a favor de terceros; el Art. 1219 Cc que implícitamente reconoce que la contraescritura sí que tiene efectos a favor de las partes y terceros, incluso contra estos si está anotada o inscrita; igualmente el Art. 1280 Cc se refiere a efectos contra terceros del documento público en sus apartados 2º (*"arrendamientos que deban perjudicar a terceros"*) y 5º (*"el poder que haya de perjudicar a tercero"*); según el Art. 1526 Cc es necesario el documento público con fecha fehaciente para que la cesión de crédito surta *"efecto contra tercero"*; por su parte el Art. 1734 Cc establece que la revocación del poder para contratar con determinadas terceras personas *"no puede perjudicar a estas si no se les ha hecho saber"*; la fecha de la prenda ordinaria del Art. 1865 Cc debe constar en Escritura para que surta *"efecto contra tercero"*...

RODRÍGUEZ ADRADOS (66) nos recuerda que los efectos a favor de terceros de las Escrituras públicas es un principio que también tiene una formulación positiva en muchos preceptos de la legislación española, especialmente en los antiguos

Art. 24 Ccom. *"Las Escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen; pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrán utilizarlas en lo favorable"*.

Art. 29 Ccom. *"Los poderes no registrados producirán acción entre mandante y mandatario; pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables"*.

Hasta tal punto es importante esta expansión de la Escritura que el autor continúa diciendo que para acotar su "ultra eficacia" y el temor a que siempre pudiera aparecer alguien blandiendo una de ellas se creó el registro de la propiedad con su principio de que lo

(66) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "El documento notarial...", pp. 121-122.

no inscrito no perjudica a ciertos terceros de buena fe que inscriban (Arts. 606 Cc y 32 LH).

Como única matización veremos en el próximo apartado que (Art. 1218.2º Cc) las manifestaciones unilaterales realizadas por una de las partes y que no sean "contenido" estricto del acto, solo afectan al que las hace y sus causahabientes, pero no perjudican a la otra parte ni a los terceros que, eso sí, pueden aprovecharse de ellas.

Valga como **resumen** lo dicho sobre el Art. 17 bis.2 LN: "**El efecto probatorio subjetivamente es frente a todos.** Esa *fe pública*, ese valor probatorio, es frente a todos, ya que se predica, no respecto de determinadas personas, sino *del documento público notarial* en sí, por lo que comprende a las partes y los terceros, de suerte que para todos ellos juega a favor y en contra (el favorecido está legitimado para imponerlo y se puede defender oponiéndolo a quien sea)".

3.2. Su extensión objetiva completa: incluye todo su contenido

Para ver el alcance objetivo de la presunción de veracidad y, por tanto, si el valor probatorio lo es de toda la Escritura o hay alguna parte que queda excluida, hemos de volver al Art. 1218 Cc:

"Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este.

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros".

En una primera lectura rápida de este Art. parecería que los efectos contra tercero son solo de los "hechos" relatados por el Notario (entre ellos, que en su presencia se han realizado unas declaraciones), pero no del acto o contrato en sí, ya que las "declaraciones" (el negocio jurídico) solo afectan a las partes y sus causahabientes.

Se debe a RODRÍGUEZ ADRADOS (67) la explicación de las razones por las que la anterior interpretación del Art. 1218 Cc no es aceptable, pues tras estudiar la tormentosa historia prelegislativa del precepto y de sus antecedentes de los Códigos francés e italiano, dice que de no entenderse así sería contradecir

(67) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Valor y efectos de la escritura pública", *Estudios sobre Derecho Documental*, Consejos Generales del Poder Judicial y del Notariado, Madrid, 1997, p. 93.

"el tenor literal del Código, que no habla del acto del otorgamiento, sino del acto que 'motiva'... el otorgamiento de la escritura pública no es otro que el contrato o, en general, el negocio jurídico sujeto a escrituración".

Y añade como argumentos complementarios que así lo confirman los Arts. de la LN a los que remite el Art. 1217 Cc: el 1 LN ("... *dar fe... de los **contratos** y demás **actos** extrajudiciales*") y el 17.1 ("... **contrato o acto** sometido a su autorización..."). Para el autor(68) hoy ya no hay duda posible pues el Art. 319 LEC expresamente se refiere a que la prueba plena del documento notarial ya no es solo de "los hechos" sino del "acto", del "negocio" lo que incluye necesariamente el precio o valor del contrato.

En efecto, hay que recordar que el actual Art. 319.1 LEC contrapone "hecho" a "acto" (negocio) y predica respecto de ambos que el documento hace "prueba plena":

*"... harán prueba plena del hecho, **acto** o estado de cosas que documenten..."*.

La discusión se puede dar por superada por la aplicación del Derecho europeo en el que los Rgts UE 804/04 y 1215/12 de Título Ejecutivo predicen la autenticidad no solo de los aspectos fácticos ("*firma*"), sino también del "*contenido*". Igualmente los Rgts UE 650/12 RES, 1103/16 REM y 1104/16 EPUR atribuyen valor probatorio/autenticidad a los "*hechos consignados*", pero también a "*los actos jurídicos... las relaciones jurídicas... u otra declaración de voluntad*".

Por otro lado, "las declaraciones" cuya eficacia limita el párrafo 2º del Art. 1218 Cc a quien las realiza no pueden ser las declaraciones negociales que como acabamos de explicar están incluidas en el párrafo 1º y afectan a terceros, sino que son manifestaciones que se refieren a hechos pasados o extraños al contrato (por ejemplo, que la finca vendida tiene una servidumbre a su favor sobre finca ajena). El mejor argumento es el literal que explica RODRÍGUEZ ADRADOS(69):

"que tales declaraciones no son las declaraciones de voluntad del contrato escriturado resulta de la misma letra del artículo 1218-2º del Código, porque no producen efecto, como sería evi-

(68) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "La prueba...", p. 37.

(69) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "Valor y efectos de la escritura pública", *Estudios...* p. 95.

dente, 'entre' las partes contratantes, sino solo 'contra' alguna de ellas".

Todavía más claro estaba este tema en Proyecto 1851 pues se trataba en un artículo independiente de los dedicados a la eficacia general de los documentos públicos (1199 y 1201), concretamente el Art. 1213 que decía así:

"El instrumento público ó privado hace fé entre las partes contratantes, aun respecto de lo que se haya espresado en él en términos enunciativos con tal que tenga relación directa con lo dispuesto en el contrato: en otro caso no puede servir la enunciación mas que de un principio de prueba por escrito".

GARCÍA GOYENA ponía un ejemplo clarificador sobre que este tipo de manifestaciones o enunciaciones no eran las del contrato:

"En otro caso: ejemplo. Pedro me vende una finca, que dice haber heredado de Pablo. Si uno de los herederos parciales de este pretende revindicar su parte respectiva en la finca, no podrá fundar su demanda en la sola enunciación que Pedro hizo en el instrumento de haberla heredado de Pablo, aunque yo fuese parte en él: la enunciación es estraña á lo dispositivo del instrumento, y yo no tenia entonces interés en oponerme á ella".

Valga como **resumen** lo dicho sobre el Art. 17 bis.2 LN: **"El efecto probatorio objetivamente es de su contenido completo incluido el acto o negocio jurídico.** La *fe pública* no se restringe a una u otra parte *del documento público notarial*, sino que es genéricamente para todo su *contenido*, incluido el acto o negocio jurídico, pues para ello el Notario da *fe especialmente de la identidad, capacidad, legitimación, voluntad informada, y consentimiento libremente prestado de los otorgantes*: da fe (entre otras cosas) de todos los elementos del negocio jurídico lo que comprende el precio o valor".

3.3. Su intensidad fuerte: solo se puede parar en procedimiento contradictorio judicial y, en alguna medida, registral o tributario

Pese a quien pese, la eficacia probatoria extrajudicial de la Escritura es de tal potencia, de tal intensidad, que en principio solo se puede detener destruyendo su base (su veracidad íntegra) mediante sentencia obtenida en juicio contradictorio.

ÁVILA ÁLVAREZ (70) citaba una Orden del Ministerio de Justicia de 31/8/1963, que ya en aquellos tiempos aclaraba perfectamente el valor probatorio de la Escritura:

"La fuerza del instrumento público estriba, cabalmente, en la privilegiada virtud de la fe notarial, cuyas declaraciones son incontrovertibles fuera de la esfera judicial y, por tanto, toda afirmación en contrario, no solamente no puede, sino que no debe, ser tomada en consideración por órgano administrativo alguno".

Nuestro TS (RODRÍGUEZ ADRADOS) (71) siempre ha dicho que la fuerza probatoria de la Escritura solo se puede destruir ante los Tribunales en juicio contradictorio, ya que *"la fuerza y eficacia de los documentos públicos hay que reconocerlos mientras otros elementos de prueba no patenten distinta cosa"* (SSTS 3/7/1981 y 14 /3/1983), y la Escritura *"en tanto no sea declarada nula, produce todos sus efectos"* (STS 8/6/1985).

De entre las numerosas decisiones de la DGRN que apoyan lo dicho, traemos a colación la cercana Res SN 12/6/19:

"...las presunciones de exactitud y validez que se derivan de la fe pública notarial solo pueden ser desvirtuadas por los Tribunales de Justicia en Sentencia recaída en juicio contradictorio".

En este sentido recordamos que los Rgts UE 650/12 RES, 1103/16 REM y 1104/16 EPUR confirman que la *"autenticidad/valor probatorio"* del documento público solo se puede detener presentando *"recurso ante los tribunales"*.

La Escritura completa, en todas sus partes, goza de presunción general de veracidad, pero como ha destacado la mejor doctrina, hay una parte que está defendida especialmente.

En efecto, se deben distinguir los **hechos narrados por el Notario**, que son los que aprecia directamente por sus sentidos lo que comprende el relato de la escena producida ante el funcionario en el acto del otorgamiento: su propia identificación y competencia, lugar, fecha (y hasta la hora), que han comparecido unas personas, que se ha leído el documento, que han dicho tal o cual cosa, que dicen haber prestado el consentimiento, que se les han hecho unas ad-

(70) ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro: *op. cit.*, p. 88.

(71) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Comentario a la Sección de los documentos públicos", *Escritos Jurídicos*, Tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pp. 265-280, en particular p. 239.

vertencias, etc. Según NIETO SÁNCHEZ (72) también se incluye en este apartado el juicio de identidad de los comparecientes por el Notario, dado que priman en él los aspectos fácticos y la grave responsabilidad penal del delito de suplantación de personalidad.

Estos hechos son los cimientos y estructura del documento, de manera que quien quiera ponerlos en tela de juicio no le bastará con presentar una simple prueba en contrario, sino que deberá de atacar el documento en sí, imputándole en juicio falsedad civil o penal. Aclara NIETO SÁNCHEZ (73) que en nuestro sistema, a diferencia del francés e italiano, no existe un procedimiento específico para obtener la declaración de falsedad civil, con lo que esta se tendrá que dilucidar en el juicio que corresponda.

Y no es solo la dificultad que entraña el tener que acudir a la vía judicial para imputar de falsedad al documento, sino que las consecuencias de utilizar esta vía pueden ser bastante graves para el que las usa de manera irresponsable, pues existe el delito de imputación falsa y hasta los Colegios Notariales se querellan de oficio en estos supuestos, como también cabe una condena por vulneración del derecho al honor (STS nº 337 de 29/5/17), o por demanda abusiva (SSTS 6/2/1999, 10/12/00 y 7/7/05).

Además, **el Notario emite unos juicios** (suficiencia de la representación alegada, capacidad de las partes, legitimación concreta para disponer, advertencias sobre las consecuencias, prestación del consentimiento libre e informado, juicio de legalidad...), lo que evidentemente son apreciaciones suyas que se podrían impugnar en vía judicial simplemente por error (entre otras muchas STS 7/10/1982 y Res 12/6/1985).

Por otro lado, en la Escritura hay partes que hay que imputar más bien a los intervinientes, como serían sus **declaraciones de verdad o conocimiento** (por ejemplo la titularidad, las cargas) que muy seguramente serán ciertas, pues les vinculan a ellos y sus causahabientes y hasta se pueden considerar como confesión extrajudicial de la que les va a ser muy difícil que se puedan desdecir. Por ejemplo (ÁVILA ÁLVAREZ) (74), la confesión de un cónyuge sobre la privaticidad del precio pagado por el otro exige para desdecirse cumplida y difícil prueba de error o falsedad (STS 28/10/1965).

Finalmente, las partes también emiten unas **declaraciones de voluntad** (en realidad son siempre notariales pues siempre las ex-

(72) NIETO SÁNCHEZ, José: *op. cit.*, "Valor...", p. 701.

(73) NIETO SÁNCHEZ, José: *op. cit.*, "Valor...", pp. 699 y 730.

(74) ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro: *op. cit.*, p. 89.

presa el Notario que las redacta) que integran el negocio jurídico y que habrán de considerarse por principio como verdaderas y reales. La impugnación de estas declaraciones de voluntad por error o simulación se podría llevar acabo por vía judicial ordinaria (SSTS 13/3/1962 y 6/10/1984).

Nótese que los terceros que pretendan zafarse de los efectos de una Escritura ajena pueden oponerse a ella probando que las partes han incurrido en todo tipo de defectos (error, dolo, fraude, simulación, etc.), pero la afirmación contraria no es cierta, pues para las partes hay vicios o defectos que no pueden alegar si ello perjudica a terceros.

Ya GARCÍA GOYENA comentando el Art. 1220 Proyecto 1851 que establecía la veracidad integra de los instrumentos públicos, recordaba que eso era a favor de las partes y terceros, pero no contra terceros que tenían la puerta abierta para defenderse con todos los argumentos que encuentren (simulación, fraude, existencia de contradocumentos modificativos, etc.):

"Y es de advertir, por último, que la prohibición de probar por testigos cosa diferente del contenido de los instrumentos, solo habla con las partes, no con los terceros, en cuyo fraude ó perjuicio se hayan hecho en aquellos enunciativos contrarias á la verdad: nada puede imputarse al que no fue parte en el instrumento...".

También las partes se pueden alegar entre ellas cualquier defecto (error, dolo, coacción, fraude, contradocumentos modificativos, etc.), y por eso GARCÍA GOYENA, comentando también ese Art. 1220 Proyecto 1851, decía que por mucho que el instrumento fuera "toda la verdad" eso no les impedía intentar probar en su contra:

"De todos modos, el artículo no excluye la prueba testimonial acerca de la violencia ó intimidación que haya podido intervenir para la celebración del contrato, ni del dolo con que haya sido sorprendido el consentimiento ó firma, y otros hechos semejantes...".

Como explica el Magistrado ROUCO RODRÍGUEZ⁽⁷⁵⁾ las alegaciones de las partes contra su propio documento (por ejemplo, por su pro-

(75) ROUCO RODRÍGUEZ, Vicente Manuel: "Eficacia de la escritura pública en los procesos declarativos", *Estudios sobre Derecho Documental*, Consejos Generales del Poder Judicial y del Notariado, Madrid, 1997, pp. 167 y 168.

pia simulación admitida en las SSTS 17/12/1984 y 22/12/1987) nunca pueden perjudicar los derechos de los terceros adquiridos de buena fe sobre la base de la apariencia documental creada, por eso no se debería admitir contra tercero que las partes aleguen su propio fraude, simulación o contradocumentos modificativos tal y como bien hicieron las SSTS 5 y 10/11/1988.

Asimismo RODRÍGUEZ ADRADOS (76) pone de relieve que el TS no admitió a las partes alegar su propia simulación absoluta o relativa para evitar retractos (SSTS 1/12/1959 y 9/3/1962), pero no siempre lo ha hecho así, lo que para ese autor carece de fundamento, pues si fuera necesario en algún supuesto concreto evitar un resultado injusto se pueden acudir a instituciones como el enriquecimiento sin causa o el abuso de derecho sin que sea necesario destruir el valor probatorio documental.

La regla de que extrajudicialmente nada detiene el valor probatorio de la Escritura no tiene excepción, pero sí dos matizaciones en el ámbito registral y en el tributario, en los que el funcionario calificador y el de tributos tienen el privilegio de intentar parar el valor probatorio en sendos procedimientos contradictorios no judiciales.

En el **procedimiento registral**, el registrador con su calificación puede llegar a alterar la eficacia normal de la Escritura, pero como observaba RODRÍGUEZ ADRADOS (77) esto es excepcionalísimo:

— Solo la puede practicar el calificador y nadie más, teniendo los interesados a su disposición los correspondientes recursos contra la calificación (la sustitutoria, y el recurso gubernativo ante la DGRN y/o ante la autoridad judicial hasta llegar al TS).

— Solo se refiere la calificación registral a unos cuantos documentos: los que sean inscribibles en registros jurídicos, pues hay otros cientos de miles que nada tienen que ver con registro de ningún tipo: testimonios, actas, pólizas incluso con fianzas y derechos reales de prenda millonarios, o Escrituras importantísimas sin aspectos patrimoniales o que puedan contener fianzas y garantías de prenda no inscribible.

— Solo respecto de ciertas partes del documento, pues no se puede contradecir en este trámite el relato de hechos practicado por el Notario (fecha, identificación, legitimación de firmas, lectura, etc.).

(76) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "La prueba...", p. 45.

(77) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "Valor y efectos del instrumento...", p. 275.

— Solo en cuanto a uno de los efectos de la Escritura: el registral, pero no a los demás, como el probatorio en otros aspectos, el constitutivo, el ejecutivo, el traditorio...

— Solo, en fin, a los meros efectos de su inscripción, pues como en ningún caso se prejuzga la validez del documento, no suponen "cosa juzgada", de manera que aunque se llegara a inscribir porque lo ordenara el TS como resultado de un recurso contra la calificación, y dado que la inscripción no convalida actos nulos (Art. 33 LH), los interesados pueden seguir pleiteando sobre la validez o nulidad de los títulos aunque estén inscritos, de suerte que una sentencia distinta siempre podría anular la inscripción practicada por orden judicial y ordenar la desaparición del asiento.

Igualmente en el **procedimiento tributario** (NIETO SÁNCHEZ)(78) se puede intentar paralizar la eficacia normal de la Escritura sin procedimiento judicial al amparo de los Arts. 13 y 16 de la LGT(79), pero esto también es excepcionalísimo:

— Solo puede actuar para ello quien sea "auténtico funcionario de carrera" y que tenga "competencia específica para actos administrativos que entrañen ejercicio de autoridad", y siempre en el seno de un procedimiento en el que el interesado tiene a su disposición toda la gama de recursos tanto en vía administrativa como contenciosa. Pero solo pueden actuar funcionarios y no profesionales o empresas privadas (STSJ País Vasco nº 519 de 14/12/15), ni quien ejercite privadamente funciones públicas como las Cámaras de Comercio (SANTA MARÍA PASTOR)(80); que sean realmente de "carrera"

(78) NIETO SÁNCHEZ, José: *op. cit.*, "Valor...", p. 704.

(79) Art. 13 LGT: "*Calificación. Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez*".

Art. 16 LGT: "*Simulación. 1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes. 2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios*".

(80) En la revista *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 14, de 30/7 a 14/8 de 2016 (Editorial Wolters Kluwer), se estudiaba la cuestión de si se podía entregar la liquidación de la plusvalía municipal a las Cámaras de Comercio bajo el título "*Posibilidad de otorgar encomienda de gestión a corporaciones de derecho público*". Esta posibilidad es rechazada tajantemente, pues no se trata de Administración ordinaria (SSTC 76/1983 y 89/1989, y Res DGRN 25/10/18), que al igual que otros casos como permisos de con-

tal y como se exige a nivel estatal, autonómico y local (Art. 9.2 TR del Estatuto básico del empleado público de 30/10/15, Art. 10.4 Dcto 3/2019 del Consell sobre Estatuto Agencia Tributaria Valenciana, y Art. 92.3 Ley 7 de 2/4/1985 de Bases del Régimen Local); no simples contratados laborales (STSJ Asturias sede Oviedo nº 336 de 11/5/15); ni tampoco funcionarios “de hecho” (STS nº 1093 de 20/6/17).

— Solo se refiere este tipo de procedimiento a unos cuantos documentos: los que tengan trascendencia tributaria, pues son miles los que no la tienen.

— Solo respecto de ciertas partes del documento, pues no se puede contradecir el relato de hechos practicado por el Notario (fecha, identificación, lectura, etc.).

— Solo con una limitada eficacia restringida a los aspectos impositivos, pues como reconoce el Art. 16.2 LGT “*sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios*”, es decir, que pase lo que pase en el procedimiento tributario, la Escritura seguirá produciendo fuera de ese ámbito todos sus efectos.

Valga como **resumen** lo dicho sobre el Art. 17 bis.2 LN: “**Extrajudicialmente no se puede parar el efecto probatorio.** De acuerdo con lo dispuesto en esta Ley del Notariado la regla general es que *los documentos públicos autorizados por Notario* tienen *fe pública* sin restricción de ninguna clase, ya que no se ha establecido en la misma ningún límite. Esta regla general solo puede exceptuarse según lo dispongan *otras leyes*: la LEC (sentencia en juicio contradictorio), y muy limitadamente la LH y la LGT (procedimientos contradictorios registral y fiscal)”.

ducir o de caza, ORA, o ITV, no emiten “actos administrativos”, y no están sujetas ni a la de la Ley 30/1992 (DT 1ª LRJAPYAC), ni a la Ley 29/1998 (Art. 1 de la LJCA), ni a la Ley 39/15 (Exp. Motivos V y Art. 2.4). El artículo hace suya la opinión de SANTA MARÍA PASTOR: “*el desempeño de funciones públicas no convierte a las Corporaciones en Administraciones públicas... se trataría de supuestos calificados de participación privada en el ejercicio de funciones o potestades públicas*”.

4. Multieficacia específica de algunas Escrituras: seis efectos específicos (probatorio/procesal, constitutivo, ejecutivo, prelativo, traditorio y registral) además del efecto genérico probatorio

En este capítulo nos referiremos a una serie de efectos específicos que tienen aplicación práctica enganchados al probatorio: solo están en determinadas Escrituras dependiendo de las circunstancias o del acto o negocio que incorporen, afirmación que no obstante requiere unas matizaciones para dar coherencia a la exposición que sigue.

El efecto probatorio procesal se podría considerar un efecto genérico, pues “en potencia” lo tienen todas las Escrituras, lo que ocurre es que se estudia dentro de este apartado porque, en la normalidad del Derecho, la inmensa mayoría de ellas nacen, crecen, se reproducen y mueren sin que afortunadamente pisen un juzgado.

Así mismo el efecto constitutivo del acto o contrato que se documenta se da siempre en todas las Escrituras y si se trata aquí es más por una cuestión terminológica, por un cierto error de denominación del Cc, que llama “Escritura” a la que es puramente reconocitiva y que sería más bien un Acta como enseguida explicaremos.

Por su parte, el efecto ejecutivo es específico porque solo se da en la Escritura que tiene prestaciones pendientes, no en la completamente consumada; lo mismo ocurre con el prelativo, que solo aparece en situaciones de insolvencia; o el traditorio respecto de Escrituras que no se relacionan con derechos reales; y, finalmente respecto del efecto registral, ya no es solo que el registro sea de acceso voluntario salvo para unos cuantos casos (millones de fincas sin inmatricular se transmiten en Escrituras sin problemas desde hace generaciones), sino que hay un porcentaje altísimo de Escrituras muy importantes que no son registrables.

Con esas advertencias continuaremos la exposición volviendo a nuestro ejemplo de Escritura de venta con precio aplazado que transmite la propiedad de un inmueble inmatriculado en el registro, e imaginaremos que ante el impago del precio hay que ejecutar judicialmente la deuda en una situación de insolvencia.

Efecto probatorio/procesal.

La eficacia probatoria de la Escritura en el proceso la tenemos reconocida en artículos de la LEC como los 317, 319.1 y 323.1 y 3, sin que, a diferencia del documento privado, sea necesario ningún trámite especial de reconocimiento/no impugnación ante los tribunales.

Dentro del proceso, dice RODRÍGUEZ ADRADOS (81), el documento notarial es medio de prueba de su contenido, de "valoración legal" ya que vincula al órgano judicial al pronunciar sentencia, y es "prueba plena" según la actual LEC tal y como dijeron antes todos los proyectos y hasta la edición primitiva del Cc de 1888.

En el mismo sentido se manifiestan procesalistas como ROUCO RODRÍGUEZ (82), que explica que en el proceso *"los documentos públicos llevan consigo una presunción iuris tantum de veracidad (SS 25-1-1984, 3-10-1991), la presunción de su veracidad y validez... basta para llenar la exigencia de la prueba (SS 20-2-1943, 24-3-1961)"*; lo que trae como consecuencia que *"la carga de la alegación de las tachas de nulidad, incorrección, falta de integridad, insinceridad, etc., y la carga de la prueba para desvirtuar aquella presunción, corresponde a quien ataca al instrumento público (SS 20-2-1943, 30-11-1961, 6-10-1984)"*.

También ROUCO RODRÍGUEZ (83) aclara que la prueba documental es prueba "legal" lo que define así: *"cabe que la Ley señale al juez el valor que debe atribuir a una determinada actividad destinada a la fijación de los hechos. Estamos entonces ante... una apreciación o valoración legal de la prueba"*.

Consecuencia de lo anterior sería que si en el proceso el juez pretendiera apartarse de lo probado por la Escritura sería necesario que explicara cumplidamente las razones de ese rechazo; pero la realidad es bien otra, ya que en la resolución del pleito se aplica lo que en palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS es la "nefasta jurisprudencia de la apreciación conjunta de la prueba" en virtud de la cual se orilla y degrada cuando conviene al documento público en aras de una agilidad que no se sabe muy bien a quién beneficia.

El mismo ROUCO RODRÍGUEZ (aunque personalmente discrepe) cita el criterio de otros procesalistas como ORTIZ NAVACERRADA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y DE LA OLIVA SANTOS contrarios a la "apreciación conjunta de la prueba" y que insisten en exigir al Juez que motive específicamente las razones por las que se aparta de la prueba documental pública: *"se echa mano de la apreciación conjunta para no exponer por qué no se ha atribuido a un medio de prueba legal... el valor probatorio que la Ley exige otorgarle"*.

Eso sí, todos coinciden en que el Juez (con independencia de que lo motive mucho, poco o nada) no puede rechazar sin más el

(81) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "La prueba...", pp. 8-10.

(82) ROUCO RODRÍGUEZ, Vicente Manuel: *op. cit.*, pp. 167 y 168.

(83) ROUCO RODRÍGUEZ, Vicente Manuel: *op. cit.*, pp. 155 y 156.

valor probatorio de la Escritura, sino que para ello debe de haberse producido, con oportunidad de contradicción, la aportación de otras pruebas que desvirtúen su presunción de veracidad íntegra.

Efecto constitutivo.

Respecto de algunos negocios estrictamente formales la Escritura es "constitutiva", dado que el negocio solo nace con el otorgamiento de la misma como ocurre con la donación de inmuebles del Art. 633 Cc, las hipotecas, capitulaciones, etc.

En los negocios que no son formales también la Escritura es constitutiva cuando se hubiera pactado así, o cuando sin pacto, de hecho, se formalizan directamente en documento notarial. Incluso respecto de negocios que ya existieran antes de la Escritura el otorgamiento de esta también es constitutivo, pues con la prestación del nuevo consentimiento se produce lo que DEGENKOLB llamaba la *renovatio contractus* que da lugar a todos los efectos propios de las Escrituras normales, y ello tanto si se oculta el negocio previo, como si se declara expresamente en la "elevación a público".

La única excepción (aparente) sería la Escritura puramente "reconoscitiva" sin novación (Art. 1224 Cc), en la que los comparecientes se limitan a manifestar que existe un negocio previo, pero, como con el mismo esfuerzo se puede obtener una Escritura de elevación del negocio privado con todas sus presunciones y efectos, esta figura ha desaparecido de la práctica salvo casos de arqueología jurídica (AGUSTÍN Y AGUSTÍN) (84).

Para RODRÍGUEZ ADRADOS (85) esta reconocitiva no contiene declaraciones de voluntad, sino de conocimiento o de verdad según quien las haga, y su naturaleza es por tanto confesoria o testifical, siendo más bien una simple Acta de manifestaciones.

Efecto ejecutivo.

Las primeras copias de las Escrituras tienen el privilegio de ostentar "fuerza ejecutiva" para reclamar el cumplimiento de la prestación (Arts. 17.1 LN y 517.2.5º LEC). Según NIETO SÁNCHEZ (86) habría

(84) AGUSTÍN TORRES, Carmelo y AGUSTÍN JUSTIBÓ, Jaime: "Reconocimiento de dominio a favor de persona determinada...", Revista *La Notaría*, editada por Colegio Notarial de Cataluña, nº 3, marzo 2001, pp. 89 a 94. Citan: el "Reconocimiento enfiteútico" del Art. 1647 Cc, y otros dos más de la antigua Compilación Catalana de 21/7/1960, la "Cabrevación" del Art. 316 y la "Carta Precaria" del Art. 317.

(85) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "Valor y efectos de la escritura pública", *Estudios...* pp. 112, 114 y 115.

(86) NIETO SÁNCHEZ, José: "Valor jurídico del instrumento público", *GPS Notarial*, libro colectivo coordinado por Ubaldo Nieto Carol, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 380.

que incluir también el ser medio de ejecución de garantías como la prenda ordinaria (Art. 1872 Cc), o la hipoteca inmobiliaria (Art. 129 LH), mobiliaria (Arts. 94 y 95 LHMPD) y naval (Art. 144 Ley Navegación Marítima 14/2014 y Res 14/12/18).

Efecto prelativo.

En supuestos de insolvencia del deudor hay que recordar este importante efecto a resultas del Art. 1924.3º Cc:

"Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia... 3.º Los créditos que sin privilegio especial consten: A) En escritura pública. B) Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio. Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias".

Efecto traditorio.

Dado que en España la transmisión y constitución de derechos reales susceptibles de posesión requieren de "título y modo" (Arts. 609 y 1093 Cc), el otorgamiento de la Escritura supone el cumplimiento del requisito de la tradición, lo que además soluciona el acceso al registro de la propiedad, pues lo que allí llega es ya una indiscutible transmisión consumada con efectos reales. Recordamos que el Art. 1462.2º dice así:

"Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

Efecto registral.

Veremos que los documentos privados no producen en principio efectos contra terceros y esa es la razón (entre otras) por la que no pueden acceder al registro, para evitar así que por esa vía indirecta acaben teniendo una proyección hacia personas extrañas a su creación. Frente a lo anterior las Escrituras sí que tienen, a favor y en contra, efectos frente a terceros, por lo que parafraseando a MARTÍN ROMERO (87) podríamos decir que "las Escrituras no producen efectos frente a terceros porque se inscriban en el registro, sino que precisamente se inscriben porque ya tienen efectos frente a terceros".

(87) MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: "El principio de equivalencia: las Resoluciones de la DGRN de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005", *Libro homenaje a Juan Francisco Delgado de Miguel*, obra colectiva del Consejo General del Notariado, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 568-608.

Es precisamente esta configuración "civil" de los documentos la que explica que el Art. 3 LH exija titulación auténtica para inscribir.

Valga como **resumen** lo dicho sobre el Art. 17 bis.2 LN: **"El efecto probatorio es frente a todo, también para el proceso y otros efectos específicos.** La *fe pública*, el valor probatorio, *de acuerdo con lo dispuesto en la LN u otras leyes*, es frente a todo, ya que como se atribuye al *documento* las presunciones que lo fundamentan se mantienen en el proceso: son las mismas; y según sea el *contenido* de la Escritura puede tener además algún efecto adicional que se manifiesta por medio precisamente de ese efecto probatorio".

VI. VALOR Y EFECTOS DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS: REGLAS GENERALES Y EXCEPCIONES

Hay un amplio consenso doctrinal y jurisprudencial sobre que los documentos públicos notariales tienen una eficacia intensa y extensa; frente a ello se acepta comúnmente que los documentos privados tienen menos efectos y no contra terceros.

Esto que se acaba de expresar de los documentos privados es "verdad"... pero así dicho, sin más, no es "toda la verdad", por cuanto estaríamos ante reglas generales de las que intentaremos mostrar en las líneas que quedan, importantes excepciones, tanto respecto de su eficacia genérica probatoria como de sus efectos específicos.

1. Los requisitos de los documentos privados: su cumplimiento sin control extrajudicial les priva de las presunciones, valor probatorio y efectos de las Escrituras

Parece que el único requisito que tiene que cumplir el documento privado sería (Art. 1225 Cc) el de que aparezca firmado ("*suscrito*" dice el Art. 1225 Cc) por el interesado, pero ni siquiera eso es imprescindible pues según los Arts. 1228 y 1229 Cc basta que aparezca "*escrito*" por él (y hasta por otro como veremos), es decir, que de alguna manera se le pueda imputar su autoría.

El problema es que por su propia naturaleza, en su redacción, no ha intervenido ningún funcionario independiente que preste su asesoramiento imparcial y controle la legalidad del documento, tanto para las partes como para el Estado.

Nadie duda de que haya documentos privados que cumplan todos los requisitos legales bien asesorados por letrados expertos, pero hay otros muchos que carecen del asesoramiento jurídico preciso, y de los que sí lo tienen resulta que el Estado no puede distinguirlos de los segundos puesto que no ha controlado su génesis de principio a fin.

Con esas condiciones, el documento privado es percibido por el Estado como algo en buena medida ajeno (no es de su propiedad como el notarial) y esa falta de control le lleva a no prestarle su incondicional apoyo desde el principio como hace con "sus" Escrituras, remitiendo a trámites posteriores la resolución de los problemas que pueda plantear su circulación y aceptación.

En fin, volviendo al binomio de requisitos y efectos, sea porque no se han cumplido los mismos requisitos que se exigen en las Escrituras, sea porque no hay garantías de ese cumplimiento, el caso es que el Estado no atribuye a los documentos privados las presunciones de los notariales y, al carecer de ellas, los documentos privados no tienen el efecto probatorio genérico que es su consecuencia, ni los específicos antes vistos. En palabras de la Res 20/12/19:

"... El artículo 1227 del Código Civil efectivamente determina la fehaciencia de la fecha de los documentos privados, en los supuestos que se contemplan en dicho precepto... pero la concurrencia de dichos supuestos no atribuye a los documentos privados ninguna presunción de autoría, ni de capacidad, ni de validez de los mismos..."

2. Algunos efectos específicos excepcionales de algunos documentos privados

Que la regla general sea que los documentos privados no tienen los mismos efectos que los públicos no debe llevar a la conclusión de que carezcan de efecto alguno, es más, pretendemos exponer las relevantes excepciones a esa regla que como tales singularidades deben de ser tratadas. Así veremos que mediante salvedad en determinadas normas algunos concretos documentos privados pueden tener algún efecto específico más propio de una Escritura.

Efecto probatorio/procesal.

Dentro del proceso tienen una fuerza probatoria mermada. RODRÍGUEZ ADRADOS(88) aclara que por sí mismos carecen de eficacia

(88) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "La prueba...", pp. 45-66.

documental, *"no se prueban así mismos, sino que necesitan ser probados"* mientras no se les añada alguna actuación funcional pública; y siguiendo en este punto a SACRISTÁN REPRESA dice que podrán valorarse con otros elementos de juicio (STS 12/6/86) y poseen un valor probatorio deducido de las circunstancias del debate (SSTS 22/10/92 y 10/2/95).

Ahora bien, esta eficacia probatoria en el proceso se incrementa cuando el documento privado es reconocido en sede judicial (reconocimiento de firma del antiguo Art. 1226 Cc) tal y como relata el Art. 1225 Cc:

"El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes".

Hoy el Art. 326.1 LEC asimila al reconocido el documento no impugnado o cuya impugnación no triunfe:

"1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen".

No parece el mejor momento para extenderse en estas cuestiones, simplemente apuntar que cuando estos artículos atribuyen al documento reconocido/no impugnado el valor de la Escritura (1225 Cc) o del documento público (319 LEC), siempre ha sido y es, una auténtica exageración, una forma de hablar. Hay que tener en cuenta que según el autor citado estamos tratando solo el valor probatorio procesal, solo entre esas partes, y solo para ese proceso en concreto, no para otro aunque sea entre ellas mismas; tampoco sería oponible a terceros, pues aunque sean parte en el proceso no son parte en el documento, y no se convierten en Escrituras como bien dijo ÁVILA ÁLVAREZ (89).

(89) ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro: "Derecho Notarial", Bosch, 6ª edición, Barcelona, 1986, p. 71. Decía el autor que no tiene más valor probatorio extrajudicial, ni valor traditorio, ni valor registral, ni valor prelativo, y el hecho de que su autor reconozca su firma en el documento no excluye que pueda impugnar la fecha consignada o su contenido alegando que es una firma en blanco de documento que se rellenó después, o que el documento ni le fue leído ni se le permitió leerlo, o que sufrió engaño, dolo o fraude para que estampara esa firma, o que le fueron sustraídas las claves de la firma electrónica, etc., cosas todas ellas que por definición no pueden ocurrir en una Escritura.

Efecto constitutivo.

Es evidente que se puede pactar de manera expresa que el negocio no exista hasta que se formalice en documento privado, o que se formalice directamente en él, con lo que en este sentido el documento privado se puede considerar constitutivo del acto.

También sería constitutivo (Art. 632 Cc) respecto de la donación de cosa mueble que no se haya entregado manualmente ni formalizado en Escritura, pues el hecho de que existan estas formas alternativas no resta ni un ápice a este carácter.

Efecto ejecutivo y traditorio.

En este apartado citaremos ejemplos, tanto pretéritos como vigentes, de documentos privados con fuerza ejecutiva y algunos también traditorios.

— Tendrían efecto ejecutivo:

Las letras/pagarés/cheques (fuerza ejecutiva por sí en algunos casos Arts. 49 y 51 LC y Ch); la hoy derogada póliza privada de préstamo de la Prenda Aceitera sin Desplazamiento de Posesión (Arts. 7º Dcto 29/11/1935 y 15 Rgto de la Orden de 2/1/1936), y el hoy derogado documento privado de Prenda sin Desplazamiento de menos de 5.000 pts. (Arts. 1868 bis y 1873 bis Cc), tienen efecto ejecutivo; también es ejecutiva la prenda ordinaria del Art. 1872 Cc.

— Tendría efecto traditorio documental:

La Donación de cosa mueble formalizada en documento privado del Art. 632 Cc (RODRÍGUEZ ADRADOS) (90).

— Sería título de tradición:

La Carta de porte (del Art. 10 de la Ley de Transporte terrestre de mercancías de 11/11/09 que sustituye a la Exposición de Motivos y el Art. 350 Ccom, y que como dice el Art. 14 de la Ley, firmada por las partes, "hace fe" de la entrega de las mercancías).

— Tendrían efecto ejecutivo y serían títulos de tradición:

Los Conocimientos de Embarque (Exposición de Motivos y Arts. 708 y 715 Ccom de 1885, y Art. 21 de la Ley 22/12/1949 sobre unificación de conocimientos, hoy todo derogado por la Ley de Navegación Marítima, en particular Arts. 251 y 253 de esta Ley sobre efecto traditorio y ejecutivo), los Resguardos de Depósito y de Prenda de Compañías de Almacenes Generales (Arts. 195, 196 y 197 Ccom), los Resguardos de Depósito y Warrants en Almacenes

(90) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *op. cit.*, "Valor y efectos de la Escritura pública", *Escritos Jurídicos*, Tomo VI, Colegios Notariales de España, Madrid 1996, p. 303.

Generales (Arts. 16 y 22 RD de 22/9/1917 sobre Prenda Agrícola), los Resguardos y Warrants de mercancías de cualquier clase en Puertos, Zonas y Depósitos Francos (Base 17 del RD Ley 11/6/1929 y Arts. 8º y 276.3º del Rgto de 22/7/30), los Resguardos y Warrants de Almacenes de Aduanas (Arts. 205 y 240 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas del TR del Dcto 17/10/1947).

Efecto registral.

Habría que incluir aquí ciertos casos excepcionales como las instancias de heredero único, distribución hipotecaria, anotación de refacción, nombramiento de administradores, auditores y cuentas anuales (Arts. 14 LH, 216 RH etc); y aunque no sea traditorio también es inscribible el documento "privado" de venta de fincas rústicas de menos de 150.000 € por parte del Estado (Art. 113.2 Ley Patrimonio Administraciones de 3/11/03).

3. Eficacia genérica excepcional de algunos documentos privados: efecto probatorio contra algunos terceros por su "presunción de veracidad limitada" de los Arts. 1227, 1228 y 1229 Cc

Nuestra opinión es clara: no puede haber efecto probatorio sin presunción de veracidad, pues sería una aberración jurídica que se impusiera por ley la creencia en algo que sea (o se sospeche que sea) falso, nulo e ilegal. Si la veracidad es íntegra el efecto probatorio será fuerte, si la veracidad es débil el efecto probatorio también lo será, pero en ningún caso este puede existir sin aquella. Nótese que esta idea de ligar el efecto probatorio a la veracidad es la que late en las SSTS 23/5/18, RRec 1880/17 y 4202/17 que hablan de la "*verdad presuntiva*" como base del valor probatorio del documento privado/autoliquidación, y la que ya se mantenía para los notariales en el Art. 17 bis LN y en autores citados de los últimos tres siglos (GARCÍA GOYENA, ÁVILA ÁLVAREZ y RODRÍGUEZ ADRADOS).

Volviendo a la regla y su excepción diremos que las afirmaciones sobre que el documento privado no goza de las presunciones de los públicos, y sobre que solo produce efectos entre los que lo suscriben, son ciertas en la medida en que serían la regla general, pero a partir de ahí llegan las excepciones y matizaciones.

Lo primero que habría que aclarar es que la búsqueda de las anunciadas excepciones tiene apoyos bien sólidos, pues no existe en ningún ámbito la presunción de ilegalidad, mala fe o culpabilidad, bien al contrario, los principios que rigen en nuestro Ordenamien-

to son los de la presunción de inocencia (Art. 24.2 CE) y buena fe (Arts. 34 LH, y 434 Cc: "*la buena fe se presume siempre*") incluso en el ámbito tributario, tal y como proclama por ejemplo la cercana STSJ Valencia 14/3/18, Rec 574/14, al hablar de la culpabilidad en las sanciones.

Esta perspectiva amplia es la que nos va a permitir explorar situaciones en las que el documento privado muestra tener una eficacia probatoria extrajudicial en el tráfico jurídico que no llega a la de los públicos pero tampoco es desdeñable.

Es cierto que para los documentos privados no hay unas normas tan claras y rotundas como los Art. 17 bis LN, 1218 Cc y 319 LEC, pero sí que encontramos determinados Arts. del Cc que les atribuyen una cierta eficacia genérica que se traduce en unos efectos probatorios a favor y en contra de partes y de terceros, lo que implícitamente supone que tienen una presunción de veracidad que le da soporte, que a su vez implica su legalidad y validez; cierto también que esta presunción de veracidad es muy limitada y precaria, solo respecto de algunos terceros, y no para todo el género documental, sino para algunos documentos privados que reúnan unas muy concretas circunstancias; sí, todo eso es cierto, pero sea como sea nos encontramos ante una presunción de veracidad al fin y al cabo, pues es la única que puede atribuir efecto probatorio.

Hay evidencias prácticas de que en la normalidad del Derecho, terceros ajenos al documento lo utilizan y se sirven de él continuamente; es más, todos en la vida diaria aceptamos como buenos documentos privados de otros para las más variadas cuestiones: tickets, albaranes, resguardos, facturas, contratos, precontratos etc.

Así mismo esta utilización **a favor de terceros** está implícita o explícitamente reconocida por diferentes Arts. del Cc: la fecha del 1227 no se "*contará*" contra ese tercero, pero no se le prohíbe que se beneficie de ella; el 1228 permite que se "*aproveche*" del documento, lo mismo que el deudor del 1229 puede "*aprovecharse*" de él; el 1230 prohíbe que los contradocumentos perjudiquen a terceros, pero no impide que estos se beneficien de su contenido.

Y no son solo los efectos a favor de terceros, sino que determinados aspectos de ciertos documentos pueden llegar imponerse hasta **contra terceros** les guste o no, como sería **la fecha**, cuya presunción de veracidad y valor probatorio siempre es algo prestado, bien de acontecimientos extradocumentales, bien de los documentos notariales. Además, esta presunción (salvo la que viene de documentos notariales) objetivamente es limitada, pues sería solo a partir de la producción del hecho extradocumental aunque en la realidad

pudiera ser anterior, pero subjetivamente es muy amplia, pues se produce entre partes, entre estas y terceros, entre estos y aquellas, y de tercero a tercero: para todos. El Art. 1227 Cc es claro:

"La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio".

A lo anterior habría que añadir que también se ha admitido que la fecha se pueda acreditar mediante "prueba extrínseca" al documento mismo (SSTS 24/6/05 y 3/11/10, RRec 4198/05, 5860/10, y Consulta V0432-14).

Súmense los casos de fecha fehaciente que provienen del ámbito notarial (siempre que ella misma no sea la causa de nulidad), como el Acta nula de testamento cerrado que puede dar lugar a un testamento ológrafo en escrito privado con fecha fehaciente (Art. 715 Cc), y la Escritura nula de negocios consensuales que podría dar paso a un documento privado con fecha fehaciente y firmas legítimas, y si no está firmada, a un pacto verbal también con fecha fehaciente (Art. 1223 Cc).

Además de la fecha, **otros aspectos del contenido** del documento privado pueden llegar a tener presunción de validez y valor probatorio a favor y en contra de partes y terceros por los Arts. 1228 y 1229 Cc cuyos precedentes pasamos a exponer.

Dentro del Proyecto 1851 los Arts. 1210, 1211 y 1212 se referían a unos documentos concretos *"asientos de los tenderos y vendedores... asientos, registros y papeles domésticos... la nota escrita ó firmada por el acreedor en una escritura ó de un instrumento ó recibo"*, y sentaban el principio de que *"el que quiera aprovecharse de ellos, no podrá rechazarlos en la parte que le perjudique"*.

Con estos precedentes, el actual Cc condensa esta materia en dos artículos, el 1229 que es muy restringido por cuanto se refiere a una relación específica entre acreedor y deudor, y el 1228 que se ha querido que fuera mucho más amplio que sus precedentes evitando así el tener que recurrir a la aplicación analógica y sus peligros: se refiere a cualquier relación jurídica. Veamos.

Dice el Art. 1229 Cc:

"La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que obre en su poder, hace prueba en todo lo que sea favorable al deudor."

Lo mismo se entenderá de la nota escrita o firmada por el acreedor al dorso, al margen o a continuación del duplicado de un documento o recibo que se halle en poder del deudor.

En ambos casos el deudor, que quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique”.

El más amplio Art. 1228 Cc se expresa así:

“Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad, pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen”.

La conclusión común de estos dos artículos es lo que se ha dado en llamar el principio de “indivisibilidad de la prueba” por cuanto la veracidad del documento se ha de aceptar como un todo, tanto en lo favorable como en lo perjudicial.

Una lectura rápida del Art. 1228 podría dar la falsa sensación de que solo es aplicable a los documentos “escritos” por propia mano de aquel al que se le va a imputar y que está “prohibido” que lleven su firma, pero no es verdad ni lo uno ni lo otro...

Veamos... desde POTHIER la doctrina tradicional (GARCÍA GOYENA) distinguía dentro del supuesto dos tipos de documentos, los “cuadernos, manuales o diarios” y los “papeles sueltos”. Respecto de los primeros no podemos extendernos y simplemente diremos que como revelan una mayor formalidad y diligencia se venían admitiendo aunque estén escritos por otra mano y sin firma.

Sí que nos detendremos respecto de los “papeles sueltos” porque lo que digamos será aplicable al resto de documentos privados unilaterales incluidas las autoliquidaciones, y ya adelantamos que no solo “pueden”, sino que “deben” estar firmados. En efecto, lo primero que hay que observar es que no hay prohibición expresa de que estén firmados, pues el hecho de que algún caso se admita el documento solo escrito, no justificaría el que se rechazara si tuviera añadida una firma que solo presta mayor garantía, y de hecho en el Art. 1229 Cc, que tiene el mismo fundamento, se admite la alternativa “escrito o firmado”. Es más, la doctrina exigía que estuvieran firmados siempre, lo decía GARCÍA GOYENA comentando el Art. 1211 Proyecto 1851 (“*Los papeles sueltos en mi opinión deben estar firmados*”), y lo decía RODRÍGUEZ ADRADOS (91) siguiendo a BONEL.

(91) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “El documento en el Código Civil”, *Es-*

No obstante, esta presunción de veracidad y el valor probatorio a que da lugar es muy limitada, objetiva y subjetivamente.

Objetivamente resulta que tiene tres importantes limitaciones: la primera es que solo se refiere a unos documentos muy concretos, los **unilaterales**; la segunda es que su contenido tiene que ser **parte favorable y parte perjudicial** respecto de terceros, con lo que quedarían fuera los que son solo favorables (su utilización por terceros no necesita de normas especiales pues basta exigir un comportamiento coherente, de buena fe y que respete los propios actos), y también los que sean en todo perjudicial para el tercero (nada permite perjudicar a un tercero con el propio documento privado en el que no ha participado); la tercera limitación es que **la veracidad no es "íntegra"**, y eso le hace ser más precaria al estar siempre bajo la amenaza de la posible aparición de un "contradocumento", dado que para los privados no existe nada parecido a los Arts. 17 bis LN o 1219 y 1230 Cc (que solo se refieren a los notariales), y hay que observar que implícitamente este último sí que admite que el contradocumento de uno privado perjudique a terceros, pues lo que prohíbe es solo el perjuicio de la Escritura.

Subjetivamente, la aplicación de este efecto también es muy limitada, ya que **solo se da entre el autor y el tercero**, pero no de tercero a tercero entre los que por definición no aparecería el que lo ha "*escrito o firmado*".

En fin, podemos concluir que, probablemente los bilaterales (la "indivisibilidad de la prueba" tiene alcance general), pero en todo caso los documentos privados unilaterales con partes favorables y perjudiciales, tienen una presunción de veracidad limitada pero suficiente para que el tercero esté legitimado para oponer al autor lo que le beneficie, lo mismo que el autor está legitimado para oponer al anterior lo que le perjudique. Lógicamente, al estar en el campo de las presunciones el que quiera liberarse de lo que se le quiere imponer deberá de paralizar ese efecto probatorio mediante la oportuna prueba en procedimiento contradictorio que destruya esa veracidad.

critos Jurídicos, Tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, p. 47.

4. La autoliquidación es un documento privado que elabora el contribuyente en provecho de la Administración Tributaria

Para la liquidación de impuestos finalmente se ha generalizado el sistema de autoliquidación, en virtud del cual es el mismo particular el que tiene que rellenar unos formularios con los datos de hecho y de derecho necesarios, interpretando bajo su responsabilidad la normativa tributaria, que no solo es compleja, sino que además está en continuo cambio (se publican en España todos los años hasta 800.000 páginas de normas).

Las autoliquidaciones son todo ventajas para la Administración, pues sin ningún coste obtiene una información muy valiosa para recaudar los impuestos sobre el mínimo declarado por el contribuyente, y en último extremo siempre tiene en su mano la posibilidad de revisar lo recibido en pos de una mayor recaudación.

Los beneficios del sistema para los contribuyentes parecen más bien escasos por no decir inexistentes, ya que deben perder gran cantidad de tiempo y trabajo en rellenar intrincados formularios para suministrar unos datos a la Administración (presión fiscal indirecta) y además en plazos perentorios que en muchos casos tampoco están tan claros a la vista de que en España tenemos 18 leyes fiscales distintas.

Además, las autoliquidaciones producen una vinculación para el contribuyente que se puede volver en su contra. Por ejemplo, la Administración puede considerar como mínimo el valor declarado aunque en una hipotética revisión se hubiera conformado con mucho menos; lo dicen en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales el Art. 46.3 del TRITP RDLeg 1/1993, y en el de Sucesiones el Art. 18.2 LISD de 18/12/1987(92).

Pero las autoliquidaciones también tienen partes perjudiciales para la Administración que ve cómo no puede rechazar sin más el documento que se le presenta diciendo que hay partes que son una exageración, o no tienen fundamento, o simplemente no le gustan.

(92) Art. 46.3 del TRITP: "3. Cuando el valor declarado por los interesados fuese superior al resultante de la comprobación, aquel tendrá la consideración de base imponible. Si el valor resultante de la comprobación o el valor declarado resultase inferior al precio o contraprestación pactada, se tomará esta última magnitud como base imponible".

Art. 18.2 de la LISD: "2. Los interesados deberán consignar en la declaración que están obligados a presentar según el artículo 31 el valor real que atribuyen a cada uno de los bienes y derechos incluidos en la declaración del impuesto. Este valor prevalecerá sobre el comprobado si fuese superior".

En suma, fuera del hecho de que la autoliquidación es de obligada redacción para el contribuyente y de obligada recepción para la Administración, en lo demás es un documento privado elaborado unilateralmente por aquel y que tiene partes favorables y perjudiciales, vaya, que encaja perfectamente en el art. 1228 Cc, por lo que se ha de aceptar como un todo haciendo recaer sobre los hombros de quien pretenda zafarse de su valor probatorio la carga de probar contra la presunción de veracidad de que disfruta.

La aplicación de este Art. 1228 Cc al ámbito tributario está reconocida incluso por el TEAC en su Res de 27/2/08 (rec. 2829/2005; res. 64/2008; Nº Resolución 00/2829/2005), que citando la Res TEAC de 10/2/1994 dice:

"... hay que estimar acertada la resolución del Tribunal Regional que, con fundamento en el artículo 1228 del Código Civil, dictamina la necesidad de la utilización de las facturas... no solo en aquello que favorezca a la Administración, sino también en la parte que la perjudique... si se utilizan por la Inspección para cuantificar la base imponible..."

VII. CONCLUSIONES. LA CARGA DE LA PRUEBA PARA DESTRUIR FRENTE A HACIENDA EL VALOR PROBATORIO DE AUTOLIQUIDACIONES Y ESCRITURAS RECAE EN LA PROPIA HACIENDA

Tras el recorrido hecho en las líneas que preceden por la legislación relativa a los documentos públicos notariales y los documentos privados, toca volver al principio para ver si las afirmaciones tributarias de nuestro alto Tribunal tienen o no sustento en argumentos civiles.

Recordamos que respecto de las **autoliquidaciones/documentos privados** las SSTS 23/5/18, RRec 1880/17 y 4202/17 les atribuían una presunción de veracidad que se traducía en su valor probatorio o de acreditación de los hechos alegados:

FD 3.4: *"... no cabe desdeñar que tales autoliquidaciones contengan también una **verdad presuntiva** de lo que en ellas se declara o afirma, incluso en lo favorable... solo reconociendo tal valor de presunción, respaldado por la ley, un acto puramente privado puede desplegar sus efectos en el seno de una relación jurídico fiscal de Derecho público..."*

FD 6º.A.4: *"El interesado no está legalmente obligado a **acreditar** que el valor que figura en la declaración o autoliquidación del impuesto coincide con el valor real..."*.

Pues bien, ahora estamos en condiciones de afirmar que por mucho que el TS se empeñe en no apoyarse en el Cc, este le da la razón desde 1889, pues establece una presunción de veracidad limitada para los documentos privados que les atribuye un valor probatorio ("indivisibilidad de la prueba" de los Arts. 1228 y 1229) frente a los que se quieran aprovechar de ellos como la Administración Tributaria.

También a las **Escrituras** las SSTs 9 y 17/7/18, RRec 6226/17 y 5664/17 les reconocían presunción de veracidad con su correspondiente valor probatorio:

FD 5º.2: *"... podrá el sujeto pasivo (a) ofrecer cualquier principio de **prueba**... que se refleja en las correspondientes escrituras públicas [cuyo valor probatorio sería equivalente al que atribuimos a la autoliquidación... en **nuestras sentencias** de 23 de mayo de 2018..."*.

Igualmente aquí, el TS se empeña en no apoyarse en el Cc, pero sus Arts. 1218, 1219 y 1230 le dan la razón desde 1889, al igual que lo hacen los Arts. 1 y 17 bis.2 de la LN de 1862 y los Rgts UE, cuando todos atribuyen a las Escrituras una "presunción de veracidad íntegra" con su autenticidad/fehaciencia/valor probatorio.

La conclusión no puede ser otra que si la Administración quiere zafarse de esa vinculación, la tiene que romper probando en su contra, que es lo que afirma el TS para las autoliquidaciones en sus SSTs 23/5/18 (FD 6º.A.4: *"... siendo la Administración la que debe probar esa falta de coincidencia"*); y para las Escrituras en las SSTs de 9 y 17/7/18 (FD 5º: *"3.- Aportada... por el obligado tributario la prueba... deberá ser la Administración la que pruebe en contra... en el seno del procedimiento tributario... el obligado tributario dispondrá de los medios de defensa que se le reconocen..."*).

... y desde luego... ninguna norma interna o europea, ninguna Sentencia del Tribunal Supremo, del Constitucional o de Justicia UE, han dicho nunca que las Escrituras de donación o de herencia tengan menos fuerza probatoria que el resto...

BLOCKCHAIN Y FUNCIÓN NOTARIAL (1)

Manuel González-Meneses García-Valdecasas

Resumen: A primera vista, notariado y blockchain parecen dos sistemas de gestión y conservación de la información no solo heterogéneos sino contrapuestos, de manera que el posible éxito del modelo blockchain tendría un efecto excluyente del primer modelo. Sin embargo, las cosas son un poco más complicadas. Este ensayo muestra, en primer lugar, cómo la autosuficiencia tecnológica del modelo originario y más genuino de blockchain –la blockchain que sirve de base al experimento Bitcoin–, en el que se prescinde no solo de los terceros de confianza sino también de cualquier elemento jurídico, queda bastante relativizada como consecuencia de esa evolución y complicación del modelo que resulta de incorporar a este nuevos elementos como los tokens, la tokenización de activos, las ICO, los smart contracts, las plataformas permissionadas o las stablecoins. Por la propia naturaleza de las cosas, estos aditamentos a blockchain terminan llevando consigo una reintroducción del derecho y de los terceros de confianza. En este contexto, en la segunda parte del trabajo se proponen algunas posibles aportaciones de la función notarial al ecosistema blockchain. Por último, se apunta cómo el propio modelo notarial podría beneficiarse también de ideas procedentes del modelo blockchain.

Palabras clave: Blockchain, tercero de confianza, notarizar, tokens, tokenización de activos, ICO, smart contracts, stablecoins, oráculo.

Abstract: At first sight, public notaries and blockchain seem two systems of managing and recording information not only different but also opposite. Thus a possible success of the blockchain system could mean the exclusion of the former system.

(1) Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Bancario y Bursátil, *Aspectos legales de la transformación digital de los mercados financieros*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (14 y 15 de noviembre de 2019).

Nevertheless, things are far to be so simple. This essay suggests, firstly, how the technological isolation of the original and more authentic model of blockchain –the blockchain that supports the Bitcoin experiment–, in which not only trusted third parties but also any legal element are excluded, may be relativized when one considers the evolution and complication of that model with the addition of those new elements as tokens, assets tokenization, ICO, smart contracts, permissioned platforms or stablecoins. As an exigence of the very nature of things, this additions to blockchain result in a reintroduction of law and trusted third parties. In this context, the second part of the essay proposes some possible contributions of public notaries to the blockchain ecosystem. Lastly, it is briefly advanced how the notarial model can profit from ideas coming from the blockchain system.

Key words: Blockchain, trusted third party, notarize, token, tokenization, ICO, smart contracts, stablecoins, oracle.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. DOS MODELOS OPUESTOS
- II. PROBLEMAS DE SEGURIDAD INHERENTES AL MODELO BLOCKCHAIN
- III. LA EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO BLOCKCHAIN. DE LA AUTOSUFICIENCIA TECNOLÓGICA A LA REINTRODUCCIÓN DEL DERECHO
- IV. POSIBLES APORTACIONES NOTARIALES AL ECOSISTEMA BLOCKCHAIN
 - 1. El notario como oráculo
 - 2. Depósito con firma múltiple
 - 3. Formalización notarial del negocio de emisión de una ICO
 - 4. Participación en la tokenización de activos
 - 5. Quema de tokens bajo control notarial
 - 6. Depósito notarial de criptoactivos
 - 7. La herencia de criptoactivos
 - 8. Soporte notarial de la identidad digital
- V. APRENDIENDO DE BLOCKCHAIN
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN. DOS MODELOS OPUESTOS

El tema de esta ponencia parece bastante paradójico e incluso contradictorio. La idea básica del proyecto blockchain es la desintermediación de la economía, es decir, la supresión de intermediarios o mediadores en el tráfico y, en particular, hacer innecesarios a los llamados “terceros de confianza”. Y precisamente, en el ámbito jurídico al que yo pertenezco –que también es el de ustedes–, el ámbito del derecho continental europeo o del derecho de tradición romanista, el tercero de confianza por excelencia es el notario, ese agente público que tiene delegada por el Estado la función y la potestad de generar documentos con un valor probatorio privilegiado, con el valor de verdad oficial, y que no solo presta a los ciudadanos un servicio de preconstitución de pruebas de toda clase de hechos y cosas, sino que, sobre todo, está presente e interviene prestando su fehaciencia y un control de regularidad jurídica en las transacciones negociales de mayor trascendencia económica. Y esta interposición o mediación del notario responde, por supuesto, a un modelo que podríamos calificar como:

i) centralizado (aunque al mismo tiempo atomizado), por cuanto cada notario individual lleva su propio registro o protocolo de los documentos por él autorizados o intervenidos, de manera que, si se destruye esa especie de silo aislado que es el protocolo a cargo de un determinado notario, se pierden todos los documentos en los que tuvo participación;

ii) personalista, porque en él tiene un significado esencial la persona del propio notario, y ello porque la seguridad que proporciona este sistema se basa tanto en su cualificación profesional como en su probidad u honestidad como individuo (sin perjuicio del peso que puedan tener los elementos institucionales o corporativos –la supervisión de la función por el Ministerio de Justicia, la colegiación obligatoria y el sometimiento al control de la profesión por los Colegios Notariales–);

y iii) de pago, porque la función notarial tiene un coste, que –según el modelo más extendido– se soporta directamente por los usuarios del sistema mediante el pago de un arancel.

Y todo esto, registro centralizado, personalista y de pago, choca frontalmente con las ideas básicas que inspiran a los registros de tipo blockchain –en especial, en el modelo originario y más genuino que representan las blockchains públicas o no permitidas–: registros descentralizados con toda la información replicada o multi-

plicada en una multitud de nodos, de manera que el registro puede sobrevivir pese a la destrucción de toda la información conservada por cualquiera de sus nodos; despersonalizados, porque la función de los nodos es completamente anónima, cualquiera puede hacer de nodo, porque el sistema está diseñado de tal modo que, por su propio mecanismo, funciona de manera correcta con independencia de quiénes sean sus nodos; y con un coste de funcionamiento que se soporta por los propios nodos y solo de una forma difusa por los usuarios del sistema en la medida en que los nodos son retribuidos mediante la atribución de nuevas unidades monetarias nativas del propio sistema.

De manera que notariado y blockchain representan modelos de seguridad para la información con posible relevancia económica completamente heterogéneos, por no decir contradictorios. Y en la medida en que estos dos modelos compitan en un mismo mercado, ofrezcan lo mismo aunque de forma diferente, podríamos verlos como excluyentes. Así, no han sido pocos los que, cuando comenzó a difundirse en los medios la información acerca de blockchain y de todo lo que esta tecnología traía de disruptivo, afirmaron que su implantación iba a suponer el comienzo de unas largas vacaciones para los notarios.

Y desde luego, en una primera aproximación, podría pensarse que no es para menos, porque la idea de sustituir la credibilidad de uno por una credibilidad basada en el consenso de una red de muchos y en la objetividad que proporciona por sí misma la tecnología (especialmente, herramientas criptográficas tan potentes como las que entran en juego en la arquitectura de blockchain, en particular, la criptografía asimétrica o de doble clave para asegurar la procedencia de los mensajes y el encadenamiento de los hashes de los sucesivos bloques de mensajes registrados como forma de asegurar la integridad e inalterabilidad de la base de datos), y además a un coste mínimo para el usuario, es una idea muy potente y muy atractiva.

Pensemos que en el plano de la simple prueba fehaciente de hechos y de su fecha –un *time stamping*–, la funcionalidad y eficiencia de blockchain son extraordinarias. De cualquier fichero o archivo informático –un documento negocial o contractual escrito en formato electrónico, una fotografía o un vídeo que obtengo con el teléfono móvil o celular– se puede calcular un hash y este hash se puede registrar fácilmente en una blockchain con una simple aplicación en el *smart-phone* que genera una transacción a la que se incorpora ese hash que queda registrado con ella.

Como saben, un hash es un número de dimensión fija y que se suele representar en notación hexadecimal como una cadena de 30 o 40 caracteres alfanuméricos, que se obtiene aplicando un determinado algoritmo o función matemática sobre un archivo digital y que tiene la extraordinaria propiedad de que siempre que se aplica el algoritmo sobre el mismo archivo el hash resultante es idéntico, basta con alterar un solo bit del archivo original para que el hash resultante sea completamente diferente, y además, la función es unidireccional, es decir, no reversible, lo que hace que, aunque una colisión de hashes sea técnicamente posible (porque, como la salida del algoritmo tiene una dimensión fija y limitada mientras que las posibles entradas son infinitas, es posible que dos archivos diferentes arrojen el mismo hash), sin embargo, precisamente por la irreversibilidad del algoritmo, no es posible generar de forma premeditada esa coincidencia para dos archivos distintos, que es lo que resultaría peligroso a efectos de un posible fraude o falsificación.

Estas propiedades de la función hash o de hashing son las que permiten su uso como instrumento no para impedir la alteración de un archivo, sino para hacer detectable cualquier modificación y, por tanto, para asegurar que un archivo no ha sido alterado, es decir, para garantizar y verificar su integridad e identidad.

Si es así, la incorporación a una blockchain del hash de un archivo digital de cualquier naturaleza y contenido genera una prueba indirecta pero muy fuerte de la existencia de ese archivo con su concreto contenido en una fecha determinada, la fecha en que se cerró e incorporó a la cadena de bloques el bloque que contenía la transacción donde se reflejó dicho hash. Esto es lo que algunos llaman “notarizar” un archivo mediante blockchain. Algo que se puede hacer por cualquiera, de forma casi instantánea y con un coste reducidísimo.

Es verdad que ante los tribunales de justicia –por lo menos ante los de mi país y que yo sepa– no se ha hecho todavía uso de blockchain como medio de prueba de hechos o circunstancias, ni tampoco el hash es una herramienta conocida fuera de círculos especializados. Pero tiempo al tiempo. Porque ¿a ver quién discute el valor probatorio de algo de lo que ha quedado constancia coincidente en los registros que llevan de forma independiente una multitud de sujetos sin interés alguno propio en el asunto repartidos por todo el mundo y que se apoya en la sólida intangibilidad matemática de la función de hashing? Y, si es así, la función notarial como medio de fehacencia, de generación de prueba, podría quedar pronto obsoleta.

No obstante, aunque nadie debería ser juez *in rem suam*, créanme si les digo que las cosas son un poco más complicadas. Y ello por dos motivos: primero, porque la seguridad que proporciona por sí misma la tecnología blockchain en su planteamiento originario y más genuino tiene importantes limitaciones; y segundo, porque en cuanto nos apartamos de ese planteamiento originario que se manifiesta por excelencia en la blockchain de Bitcoin, cuyo diseño explicaba el misterioso Satoshi Nakamoto en su *white paper* del año 2008, y analizamos con atención todo lo que ha venido después –los tokens, la tokenización de activos, las ICO, los smart contracts, la combinación de blockchain con la Internet de las cosas, las *stable coins* como pretende ser la Libra de Facebook, las blockchains privadas o permissionadas, la identidad digital soberana–, la autosuficiencia tecnológica del modelo blockchain resulta cada vez más cuestionable. O dicho de otra forma, la evolución y complicación del modelo originario de blockchain lleva, por la propia naturaleza de las cosas, a una reintroducción del derecho y de los terceros de confianza.

Desarrollaré ahora las dos cuestiones aludidas y aun me ocuparé al final de una tercera: de cómo ideas propias del modelo blockchain podrían ser aprovechables para una mejor y más segura prestación de la función notarial tradicional.

II. PROBLEMAS DE SEGURIDAD INHERENTES AL MODELO BLOCKCHAIN

En cuanto a lo primero, lo que podríamos considerar los problemas de seguridad inherentes o consustanciales al propio modelo blockchain, no me voy a referir ahora detenidamente al problema clave de la sostenibilidad de este tipo de registro. Simplemente les recuerdo que, precisamente por su carácter distribuido, por ser un registro que se lleva mediante una red de iguales, en la que no existe un responsable de su llevanza, ni público ni privado, identificable individualmente sobre la base de una norma o de una relación de carácter institucional o contractual, la misma existencia y mantenimiento del registro requieren la presencia de forma sostenida de un incentivo económico suficiente para que una multitud de sujetos privados se involucren espontáneamente en su llevanza. Y así, la viabilidad de una blockchain pública descansa en un sutil equilibrio económico entre, de un lado, el coste de los equipos, el *software* y la energía eléctrica que hay que poner a disposición de la red para que esta realice de forma confiable la tarea de computación que tiene encomendada (la recogida, validación y estructuración en

bloques de las transacciones y la competición de prueba de trabajo que condiciona el consenso sobre el contenido del registro) y el valor económico que la propia plataforma es capaz de generar materializado en la cotización de mercado de su token nativo, de otro lado. Así, la tecnología inherente al modelo blockchain dota de seguridad a las funciones de registro o procesamiento de los datos, de la información, pero por sí sola no garantiza el mantenimiento del registro, que es algo que depende de circunstancias económicas o de mercado.

Sí, quiero referirme más detenidamente a otra cuestión de gran relevancia y de especial interés si se enfoca el asunto desde una perspectiva notarial: las limitaciones inherentes a la propia tecnología criptográfica sobre la que descansa básicamente la seguridad del modelo. Estas limitaciones se pueden sintetizar diciendo que blockchain es un sistema de registro muy seguro y eficiente en cuanto a la conservación de la información que pasa a integrar su base de datos, pero, en cuanto a la generación de esa información registrada concerniente a unas determinadas transacciones económicas, confía toda la seguridad de la negociación a la autotutela por el propio usuario y, en particular, al control que este pueda mantener sobre la conservación reservada y la aplicación voluntaria de una o varias claves criptográficas privadas.

Así, como sabemos, para disponer de una determinada suma de bitcoins –generando una transacción registrable en la cadena de bloques– es condición necesaria pero también suficiente conocer una clave privada de encriptación (la clave privada correlativa a la clave pública de la dirección de Bitcoin indicada en la base de datos como beneficiaria de la transacción de cuyo saldo se pretende ahora disponer). Por tanto, quien *de facto* conoce esa clave privada es el que tiene la posibilidad real de disponer de ese saldo de bitcoins, y de una manera además irreversible, generando una transacción que, una vez registrada en la cadena de bloques, deviene inmodificable. Que la persona que conoce la clave privada y la ha aplicado para firmar una transacción es realmente el titular legítimo de esa suma de bitcoins, o alguien que ha sustraído esa clave de forma subrepticia, fraudulenta o empleando la coacción –the *rubber hose attack*– es algo completamente indiferente y ajeno al protocolo o código que rige la blockchain de Bitcoin.

Por tanto, sin necesidad de cuestionar la seguridad técnica de las herramientas criptográficas con que opera el sistema, es preciso señalar que esas herramientas, por su propia naturaleza, no están en absoluto exentas de riesgo. Así, ¿nos parece realmente seguro un

sistema en que toda nuestra fortuna dineraria depende del conocimiento confidencial de una o varias claves? Pues, quizá no. Y es que la desintermediación tiene también su coste. Cuando ingresamos dinero en una cuenta bancaria hacemos un acto de confianza en la correspondiente entidad bancaria, pero al mismo tiempo estamos trasladando el riesgo de conservación de ese dinero al banco. Y la propia operativa bancaria, que tan farragosa nos puede parecer, también nos está protegiendo, incluso de nosotros mismos. Así, todos aceptamos de buen grado que nuestra tarjeta de crédito tenga un límite cuantitativo bastante reducido, o que la habilitación para operar *online* con nuestra cuenta bancaria tenga también limitaciones, o incluso que podamos dar de baja una tarjeta que se nos ha perdido o ha sido sustraída.

Sin embargo, ninguna automilitación de este tipo encontramos en el diseño de Bitcoin, que se asemeja en su funcionamiento práctico más al dinero efectivo que al dinero en cuenta –con todo lo que ello supone en términos de seguridad–, y que parece presuponer que todos los usuarios de esta moneda son adultos, plenamente capaces y más que medianamente diligentes, e incluso que nunca van a verse afectados por circunstancias excepcionales, o no tan excepcionales, como son el simple envejecimiento o incluso la muerte.

Podríamos decir que las criptomonedas son dinero para *millennials*, para las generaciones que han crecido familiarizadas con Internet, los *smartphones* y las redes sociales, que se encuentran cómodas generando usuarios y perfiles y gestionando y guardando contraseñas. De hecho, la gestión y custodia de las claves privadas se convierte en una tarea tecnológicamente compleja que los usuarios de criptomonedas terminan encomendando a un tercero de confianza (*custodial wallet service*), lo cual no deja de ser paradójico. Para mucha otra gente plantean un considerable umbral de entrada. Para no mencionar que los propios *millennials* no siempre van a tener veinte o treinta años, también irán envejeciendo y perdiendo facultades y, por supuesto, muriendo. ¿Qué pasará entonces con sus claves secretas y los activos a ellas vinculados, cuando la “herencia digital” no consista solo en fotos, archivos de vídeo y canciones, sino también comprenda dinero y otras formas de valor económico en la red? Luego volveré sobre esta cuestión, pero de momento les anticipo que ahora mismo muchos tenedores de criptoactivos están volviendo los ojos a los notarios en demanda de nuestra asistencia para poder gestionar con seguridad este tipo de herencia.

Por otra parte, el protocolo de Bitcoin tampoco cuestiona si el acto de aplicación de la clave privada de un usuario a un mensaje

de transacción responde o no a un conocimiento y consentimiento real e informado acerca del contenido y significado de esa transacción, o a la contemplación o no de la existencia de una determinada "causa" o "consideration". Y así, esto de que la simple aplicación de una clave privada a un mensaje produzca por sí sola una transferencia de valor irreversible no deja de chocar con toda una cultura jurídica –la mía y la de ustedes– que, por razones tanto de respeto a la autonomía personal como de justicia material o equidad, ha venido condicionando durante siglos la validez jurídica de cualquier pretendido negocio o transacción económica a la existencia de un consentimiento real por parte del sujeto al que se imputa ese negocio, así como a la existencia de una causa legítima que justifique el desplazamiento patrimonial. En definitiva, en una blockchain lo que se refleja es un tráfico entre claves de encriptación que se materializa en un simple hacer clic en una pantalla, de manera que todas las cuestiones que tradicionalmente merecen la atención y sutileza de los juristas (y que los notarios tenemos como función verificar y asegurar) concernientes a la identidad personal, la capacidad, la realidad del consentimiento, la ausencia de vicios del consentimiento, la causalización de la negociación patrimonial, etc., quedan completamente fuera del modelo.

Esto es algo que no podemos dejar de considerar cuando blockchain pretende convertirse no solo en un registro de pagos dinerarios, sino también en una plataforma para el desarrollo automatizado –mediante los llamados *smart contracts*– de esas relaciones económicas complejas que tradicionalmente han encontrado su cauce en el derecho contractual, y también –mediante el mecanismo de la tokenización– para hacer más ágil el tráfico de toda clase de bienes y derechos.

Así, cuando se habla de la posibilidad de tokenizar inmuebles, quizá no terminamos de darnos cuenta de lo que ello supone: un cambio radical de su "ley circulatoria". Y es que no se trata de la simple titulización de una cartera de inmuebles de propiedad de un fondo: se adquieren un conjunto de inmuebles por algún tipo de "vehículo" y luego se emiten tokens que representan de algún modo partes alícuotas de la propiedad de ese vehículo –que es algo similar a un fondo de inversión inmobiliaria–. La genuina tokenización de inmuebles consistiría en la incorporación del derecho de propiedad sobre un concreto inmueble –identificado unívocamente, por ejemplo, mediante su referencia catastral– a un determinado token (una referencia o metadato criptográfico), de manera que la circulación de este implicase jurídicamente la transmisión a todos los efectos

de la propiedad de dicho inmueble. Así, este inmueble tokenizado pertenecería a una determinada dirección de usuario, es decir, a una clave pública de encriptación, y para su transmisión irreversible a otra dirección de usuario sería necesaria y suficiente la aplicación de una simple clave privada, es decir, algo que se podría hacer con una aplicación descargada en un teléfono móvil. ¿Nos parece realmente que esta es una forma de tráfico que conviene aplicar a los bienes inmuebles, a la vivienda habitual de la que uno es propietario?

III. LA EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO BLOCKCHAIN. DE LA AUTOSUFICIENCIA TECNOLÓGICA A LA REINTRODUCCIÓN DEL DERECHO

La segunda cuestión que anuncié y de la que me quiero ocupar es la siguiente: cómo la evolución del fenómeno blockchain más allá del modelo originario de Bitcoin está haciendo que algo que nació como alternativa al derecho y a las instituciones jurídicas en general no pueda mantener en la práctica su solipsismo o autosuficiencia tecnológica, por razones meramente prácticas.

Al respecto, tenemos que partir de la idea de que, en su planteamiento más genuino, blockchain es una manifestación concreta de una tendencia de alcance más general que pretende nada menos que sustituir el derecho, en el sentido más amplio del término –no solo las normas, sino las instituciones, los procedimientos, los agentes del mundo jurídico, e incluso en último término, las propias organizaciones políticas estatales que crean y sostienen los ordenamientos jurídicos que conocemos–, por la tecnología. La gente corriente, con la ayuda de Internet y de unas determinadas herramientas tecnológicas, puede hacer las cosas de forma más directa y eficiente, al margen completamente de todo el aparataje jurídico que sostienen los Estados y en último término al margen de los propios Estados.

Esto nos puede parecer un tanto utópico, y hasta descabellado, pero es la esencia última del fenómeno blockchain, al menos en su planteamiento original y más genuino, es decir, en el caso Bitcoin. Hagamos un rápido repaso.

¿Qué es Bitcoin? ¿Una empresa?, ¿una organización no gubernamental?, ¿un consorcio?, ¿una cooperativa?, ¿un sistema jurídico alternativo?

Nada de eso. Simplemente, un protocolo informático, un programa de ordenador. Un programa *open source*, de código abierto, que no tiene dueño. De hecho, ni siquiera se sabe quién es su creador

o creadores, porque este o estos se ocultaron bajo el seudónimo Satoshi Nakamoto. Esto puede parecer anecdótico o como mucho novelesco y ha dado lugar a todo tipo de entretenidas especulaciones y pesquisas. Pero para mí tiene un significado más profundo o estructural. No se sabe quién es el creador de Bitcoin, porque Bitcoin no tiene dueño, no pertenece a nadie, y por ello, nadie se responsabiliza de su funcionamiento. Si algo funciona mal, no tengo a nadie a quien reclamar, porque nadie me ha prometido nada, ni se ha obligado a algo a mi favor.

Bitcoin, como digo, es tan solo un programa de ordenador que alguien ha diseñado y colgado en Internet, para que lo use cualquiera, de forma libre y gratuita y, por supuesto, a su propio riesgo. Como es de código abierto, todo el programa es conocible y auditable. Cualquiera lo puede examinar. Si después de este examen me convence, lo uso, y si no, pues no, y ahí se acaba todo.

De conformidad con este programa o protocolo, unos determinados mensajes de datos, que adoptan una determinada estructura y cumplen ciertos requerimientos, son registrables en una base de datos acumulativa (*append only*), que se va formando con la participación de una pluralidad de nodos, que lo único que hacen es procesar esos mensajes, es decir, procesar una información, lo que es una tarea puramente informática. Y lo hacen –como los propios usuarios– porque quieren y mientras quieran. No hay ningún requisito de acceso a la actividad, a la condición de nodo, ni tampoco de salida. Cuando quiera, dejaré de ser nodo, sin tener que dar cuentas a nadie.

De hecho, la condición de nodo es completamente anónima, nadie identifica personalmente a los nodos. ¿Por qué? Porque no hace falta, ya que estos, en esa condición, no han asumido ninguna obligación ni responsabilidad frente a los usuarios del sistema. Ellos participan espontáneamente en el juego, contribuyendo con sus equipos y su trabajo de computación y el consiguiente consumo de energía eléctrica, simplemente porque, según las reglas del protocolo, aquel nodo que incorpora un nuevo bloque de transacciones procesadas a la base de datos compartida tiene la posibilidad de incluir en ese bloque una transacción a su favor de un determinado número de unidades nuevas de bitcoin, de las que él podrá a su vez disponer, poniéndolas en circulación con transacciones a favor de otros usuarios.

Y solo de esta forma completamente programada y en pequeñas dosis se van generando las unidades cuyas transacciones constituyen el objeto del sistema, sin que dependa de la discrecionalidad de

autoridad alguna, ni de administrador alguno del sistema, sino por efecto de la propia ejecución del programa y de conformidad con sus reglas.

Unas reglas que, por supuesto, se pueden cambiar, pero para ello no existe ningún órgano competente, ni ningún procedimiento habilitante, sino que simplemente cualquiera puede modificar el programa (que por eso también es de código abierto) y proponer su versión modificada al resto de los nodos y usuarios. Si estos, *de facto*, aceptan la modificación de forma mayoritaria, el cambio habrá tenido éxito y si no, pues no.

Y los bitcoins, en sí mismos, ¿qué son?

Pues unas unidades de cuenta que se inventó el creador del protocolo y que no existen más que como una idea a la que se refieren los mensajes que se procesan y se integran en la base de datos. Y son puras unidades de cuenta, endógenas del sistema y autorreferenciales.

Endógenas, porque no existen más que dentro de este sistema de registro y son creadas por él, por el propio dinamismo o funcionamiento de su protocolo, como retribución para los nodos que lo sostienen y que estos pueden poner en circulación generando transacciones a favor de otros usuarios.

Y autorreferenciales, porque no se refieren más que a sí mismas. Un bitcoin solo es un bitcoin, no representa ni simboliza ni sustituye a ninguna otra cosa.

¿Y qué valor tienen? Pues el que le quieran atribuir espontáneamente sus usuarios.

¿Y dan derecho a algo? A nada. Porque no representan ni incorporan un derecho de crédito frente a persona o institución alguna. Los bitcoins no son canjeables, ni rescatables. Nadie se ha comprometido a recomprármelos o reemplazarlos por otros bienes.

¿Pueden ser objeto de propiedad jurídica según alguno de los ordenamientos jurídicos que conocemos?

Pues, en realidad, es indiferente, porque –observen esto– el reconocimiento y la seguridad de su tenencia o “titularidad” se basan exclusivamente en herramientas tecnológicas, criptográficas. Mientras conserve reservada mi clave privada (la clave privada correlativa a la clave pública en que consiste la dirección de usuario beneficiaria de una transacción registrada) nadie, *de facto*, me puede privar de esos bitcoins.

Y si alguien conoce mi clave privada y sin mi conocimiento y contra mi voluntad dispone de mis bitcoins o si yo lo hago por error, no hay nada que hacer, por la inalterabilidad e irreversibilidad del regis-

tro. Porque solo el beneficiario de una transacción puede revertirla, generando una nueva transacción a mi favor, algo a lo que nadie puede forzarle porque, aun en el supuesto de que fuera conocida su identidad, la generación de esa nueva transacción requiere el conocimiento y aplicación de su clave privada.

De esta manera, Bitcoin es un sistema completamente autosuficiente. No necesita de nada ajeno a su propio código o protocolo para ser efectivo, ni conexión alguna con el mundo *off-chain*, porque no tiene relación con cosa u objeto alguno del mundo físico. En concreto, no necesita en absoluto del derecho. Si buscamos un solo elemento de técnica o tecnología jurídica en este sistema (un contrato, una persona jurídica, unos estatutos, una obligación jurídica a cargo de alguien, una responsabilidad patrimonial, un derecho subjetivo real u obligacional, una autoridad judicial, arbitral, notarial o registral), no lo vamos a encontrar. Solo tecnología, teoría de juegos y liberalismo económico extremo.

En definitiva, en su planteamiento más genuino, blockchain no es un fenómeno "antijurídico" –aunque sí sea susceptible de utilizaciones antijurídicas–, sino "ajurídico": un sistema de interacción social y económica que pretende vivir al margen del derecho, de los derechos nacionales hasta ahora conocidos, bajo la pretensión de que la tecnología por sí misma puede reemplazar al derecho.

Partiendo de este planteamiento, todo lo que ha venido después de Bitcoin podemos decir que es una adulteración o contaminación del diseño original de Nakamoto.

Los tokens. Ya no son unidades de cuenta autorreferenciales, sino fichas o vales digitales que representan algo: el derecho de usar una aplicación o servicio, un derecho de crédito contra alguien, un derecho de participación en una empresa o compañía, o el derecho de propiedad sobre todo o parte de un objeto.

Por tanto, aquí –a diferencia de lo que sucede en Bitcoin– ya dependemos de alguien que se supone que ha de hacer algo; o presuponemos que existe un determinado objeto material en algún lugar del mundo físico y del cual de una forma u otra puede disponer el emisor del token. Y, sobre todo, si quiero que se vea reconocida la efectividad del derecho o pretensión práctica que la titularidad del token me atribuye frente a alguien o sobre un objeto, la propia blockchain, como mero registro de información, como simple base de datos, no va a ser suficiente. En último término, si encuentro resistencia o pasividad por parte del que prometió hacer algo o interferencia de algún tercero sobre el mismo objeto, tendré que acudir a los tribunales de justicia de alguna jurisdicción para obtener su

auxilio, tribunal de justicia que tendrá que decidir, de acuerdo con las normas jurídicas vigentes en su jurisdicción, cuál es el significado y validez jurídica de mi token.

¿Y las ICO (*initial coin offerings*)? Pues más de lo mismo. No se trata, como en Bitcoin, de la generación programada de un determinado número de criptomonedas cada cierto tiempo según unas reglas objetivas que todos conocemos, sino de que un sujeto cualquiera decide en un momento determinado el número que él tiene por conveniente de fichas digitales que emite para ofrecerlas en el mercado a quien quiera adquirirlas a cambio de activos preexistentes del mundo *off-chain* o de criptomonedas ya consolidadas. Esto ya no es un simple protocolo que se ejecuta objetivamente, sino que hay una concreta empresa emisora, cuya identidad y solvencia no nos son en absoluto indiferentes, porque la utilidad y el valor de las fichas que hemos adquirido van a depender fundamentalmente de la actuación de esa empresa.

Y también hemos de confiar en que el emisor se ajustará a su *white paper*, a su plan de emisión y que no nos defraudará emitiendo un mayor número de fichas que las anunciadas. Por tanto, cuestiones de solvencia, de seriedad, credibilidad y honestidad de una persona o empresa determinada (todo lo que estaba completamente ausente en Bitcoin).

¿Y los *smart contracts*? Pues en la medida en que no se limiten a operar con información existente o generada dentro del propio sistema, o que pretendan condicionar el funcionamiento de objetos del mundo físico (una casa, un automóvil, un patinete) pues volvemos a encontrarnos con que blockchain ya no es autosuficiente.

En muchos casos vamos a necesitar eso que se conoce como un "oráculo", que aporte la información del mundo *off-chain* que necesita como *input* nuestro *smart contract* para desencadenar un determinado *output*. ¿Y qué hace que el oráculo sea fiable? Pues tendremos que confiar en alguien, en una institución o en un agente del mundo *off-chain*.

Y si nuestro *smart contract* no tiene por objeto solo activos puramente digitales, sino que interactúa con objetos del mundo material, estos pueden requerir mantenimiento y custodia frente a una posible sustracción o vandalización, y esto es algo que no nos va a dar la blockchain por sí sola, pues esta solo procesa información de una determinada manera. Otra vez tendremos que contar con los derechos de propiedad o los derechos obligacionales para la efectividad de nuestras pretensiones y en último término con los tribunales de justicia.

¿Y las blockchains permisionadas o privadas, que se nos presentan como la solución para los problemas de sostenibilidad, escalabilidad y anonimato de las blockchains públicas y libertarias como Bitcoin? Pues al final lo que tenemos es un consorcio de empresas que se responsabilizan del asunto, y que, de alguna manera, asumen compromisos entre sí y frente a los usuarios, lo que presupone a su vez alguna figura asociativa de naturaleza jurídica: una sociedad, una cooperativa, una *joint venture*, una AIE, es decir, otra vez con el derecho a cuentas y con la confianza intrasubjetiva, aquello de lo que se quería prescindir con la tecnología blockchain.

Y con ello llegamos a la última gran novedad; el rutilante proyecto Libra, la criptomoneda que pretende lanzar Facebook para este próximo año 2020.

Una criptomoneda basada en blockchain y de operativa criptográfica, pero que, a diferencia de la mayor parte de las criptomonedas preexistentes, aspira a ser una moneda estable, es decir, que no se vea afectada por esa volatilidad que han venido padeciendo Bitcoin y sus seguidoras y que las termina inhabilitando como dinero.

Para conseguir la deseada estabilidad de su valor, se nos dice que cada libra emitida va a tener el respaldo de una cesta de monedas fiat y otros activos reales de valor estable, que serán aportados y mantenidos en propiedad por el consorcio de empresas privadas participantes en el proyecto, empresas estas que se encargarán también de la llevanza de los nodos que integran el registro distribuido de las transacciones de esta moneda.

Pues bien, sobre este proyecto –que tiene ahora mismo muy preocupadas, por no decir enfurecidas, a las autoridades monetarias europeas, hasta el punto de que muchas de las empresas que habían anunciado su participación (como Visa, Mastercard o Vodafone) ya se han desmarcado prudentemente del asunto– es posible observar lo siguiente:

- Un consorcio de empresas va a requerir algún tipo de contrato asociativo entre ellas, unos estatutos, unas reglas de gobernanza.

- La cesta de divisas nacionales y otros activos de respaldo no es jurídicamente de propiedad de los usuarios de Libra, sino del propio consorcio, que debe adquirir esos activos y mantenerlos todo momento en su poder. ¿Será embargable este fondo patrimonial por las deudas del propio consorcio, o de alguno de sus miembros?

- Y, sobre todo, ¿qué tipo de herramienta jurídica va a asegurar la vinculación entre las libras emitidas y la cesta de activos de respaldo?: ¿va a existir una convertibilidad forzosa de las libras?, ¿un

compromiso de recompra o rescate a cargo del consorcio?, ¿podré sustituir mis libras en cualquier momento a cambio de activos de la cesta? Si es así, alguien tendrá que obligarse jurídicamente a mi favor. ¿Será siempre solvente?

En definitiva, queremos dejar atrás el derecho y los sistemas monetarios tradicionales dependientes y controlados por los Estados y terminamos reinventando el patrón dólar. Queremos dejar atrás la confianza interpersonal, con todos sus problemas e incertidumbres, y acabamos dependiendo de la solvencia de alguien. ¿Y de quién nos vamos a fiar más, de la Reserva Federal estadounidense o del Sr. Mark Zuckerberg?

A la vista de todo esto, a mí al menos me parece claro que ni la práctica jurídica ni sus agentes tradicionales –jueces, fiscales, abogados, pero también notarios y registradores públicos– van a desaparecer como consecuencia del fenómeno blockchain.

IV. POSIBLES APORTACIONES NOTARIALES AL ECOSISTEMA BLOCKCHAIN

Concretando un poco más esta idea y centrándonos en los notarios, es posible señalar, sin ánimo exhaustivo, lo siguiente:

1. El notario como oráculo

La aludida función de oráculo, que se precisa para el adecuado funcionamiento de muchos *smart contracts* en todos aquellos casos en que el programa debe tener acceso a determinados datos externos al sistema y no programables *a priori*, puede ser desempeñada por excelencia por ese tercero de confianza con credibilidad tanto legal como, sobre todo, social que es el notario. A tal efecto, el código del *smart contract* en cuestión ha de tener habilitada una clave en poder de un notario determinado que permita generar un mensaje dirigido a la cuenta del *smart contract* mediante el cual se aporte un determinado input que desencadenará el *output* correspondiente.

2. Depósito con firma múltiple

Una aplicación particular de esta idea puede ser la participación del notario en la operativa de un *escrow* de criptomonedas o tokens sometido a un protocolo de firma múltiple. Pensemos en el caso de una compraventa inmobiliaria con el pago del precio en dinero elec-

trónico o en criptomoneda y recordemos el problema que suscita la venta de cualquier activo cuando el precio se paga mediante una transferencia bancaria, la generación de un bucle o círculo siempre insatisfactorio: o se firma la escritura por el vendedor antes de la que la transferencia sea ejecutada y por tanto ha de fiarse del comprador, o este ordena la transferencia antes de que la escritura haya sido firmada por el vendedor, con el consiguiente riesgo para el comprador.

Pues bien, un *smart contract* podría ser una buena solución para este sempiterno problema: el comprador transfiere los fondos a una cuenta programada informáticamente para operar con tres firmas, la del comprador, la del vendedor y la del notario, pero de manera que para retirar los fondos sea necesario y suficiente aplicar dos de esas firmas. Una vez que se sabe que los fondos están en la cuenta, el vendedor puede firmar la escritura con absoluta tranquilidad porque el comprador por sí solo no puede retirar los fondos. El comprador también sabe que el vendedor no puede retirar los fondos sin la firma del propio comprador o la del notario, que solo la aplicará cuando la escritura haya sido firmada por el vendedor. Y si la escritura no se llega finalmente a otorgar, el notario firmará junto con el comprador para que este pueda retirar los fondos. Como ven, un protocolo de actuación tan simple como eficiente. En este caso, el notario actúa como oráculo, firmando con una de las partes según lo que haya sucedido con el otorgamiento de la escritura.

3. Formalización notarial del negocio de emisión de una ICO

En relación con los tokens y las ICO el notario puede hacer aportaciones interesantes. En primer lugar, en la medida en que los tokens emitidos no sean puras unidades de cuenta para utilizar como medio de pago, sino que incorporen derechos frente a la empresa emisora o cuya utilidad dependa de la actuación de esta, puede ser de absoluto interés para los adquirentes de los tokens que no exista un simple *white paper* colgado en una web, sino además, un título documental público, otorgado por el emisor bajo la fe notarial e incorporado al protocolo de un notario. En dicho documento se identifica debidamente al sujeto emisor, se verifican las facultades representativas de la persona que, en su caso, actúa en nombre de la compañía o persona jurídica emisora, y se consignan claramente el número de tokens que se pretenden emitir, si están previstas varias series, el contenido de derechos que atribuyen, los

compromisos asumidos por el emisor frente a los titulares de los tokens, la duración de estos derechos, la plataforma blockchain en que se van a registrar las transacciones, el *exchange* o *exchanges* en que está prevista su negociación, etc. Todo ello a semejanza de lo que –al menos en España– se suele hacer cuando se emiten acciones, obligaciones, bonos o títulos semejantes en masa por alguna empresa: que se otorga una escritura pública notarial de emisión. Esta intervención notarial en la formalización del negocio unilateral de emisión –al que se estarían adhiriendo los titulares de los tokens cuando los adquieren– no evita que el emisor termine defraudando a los adquirentes de los tokens, pero es evidente que dota de más seriedad y seguridad al acto de emisión y facilita la exigencia de responsabilidad frente a aquel en caso de faltar a sus compromisos.

4. Participación en la tokenización de activos

Tratándose de la tokenización de activos preexistentes o de lo que se conoce como *asset backed tokens*, la intervención notarial aún puede ser más intensa. Pensemos en un sujeto que quiere tokenizar su derecho de propiedad sobre una obra de arte o sobre un concreto bien inmueble, o una cartera de inmuebles. En casos como estos, no se trata de simples obligaciones o compromisos de actuación a futuro que asume alguien, sino que el emisor de los tokens debe ser realmente propietario y tener poder de disposición sobre un bien determinado y además es preciso asegurar que el bien en cuestión solo se tokeniza una vez.

Una forma de garantizar todo esto en el marco de un sistema jurídico como el español, donde contamos con esos valiosos instrumentos que son el Registro de la Propiedad y la documentación negocial notarial, podría ser precisamente el apoyo de la tokenización de un concreto inmueble en estos dos instrumentos. El titular registral de un inmueble formalizaría en una escritura pública notarial (con el consiguiente control por el notario de la legitimación, el consentimiento y en su caso las facultades representativas de la persona actuante) ese específico y peculiar negocio jurídico consistente en tokenizar el inmueble, mediante la generación del pertinente identificador digital unívoco del inmueble y su vinculación a una dirección de usuario que sería una clave pública de encriptación asimétrica. Este título negocial (previa calificación de la regularidad del título y del tracto sucesivo en la forma ordinaria por el registrador) se inscribiría en el folio registral de la finca afectada, de manera que el Registro publicaría *erga omnes* el dato de que la propiedad

de este inmueble, a partir de la inscripción correspondiente, ha sido tokenizada y, por tanto, ya no se transmite en la forma ordinaria, sino mediante circulación del token generado, que quedaría también debidamente identificado en el folio registral. Por supuesto, tanto en la escritura pública como en la inscripción registral habría que indicar cuál es la concreta plataforma blockchain en la cual se va a registrar el tráfico del token correspondiente.

Una vez inscrito el acto de tokenización, el Registro de la Propiedad debería quedar cerrado para cualesquiera títulos negociales ordinarios que pretendiesen tener por objeto el mismo inmueble, aunque hubieran sido otorgados por el último titular registral cumpliendo los requisitos ordinarios que hubiesen determinado su inscribibilidad. Incluso –si somos coherentes– a partir de ese mismo momento el Registro debería quedar cerrado para títulos de origen judicial o administrativo, por ejemplo, un mandamiento de embargo por deudas del titular registral. Y ello, porque la tokenización supone excluir un bien de su régimen de tráfico ordinario anterior y someterlo en exclusiva al régimen propio de la *lex crypto*.

(Como ya apunté anteriormente, una genuina tokenización de inmuebles suscita importantes objeciones desde un punto de vista de política jurídica y, por supuesto, su posibilidad requeriría no pocos ajustes legales. Pero, siendo posible, la forma más adecuada de hacerlo parece la indicada).

5. Quema de tokens bajo control notarial

En relación con los tokens, también puede ser valiosa la aportación notarial en el momento de su rescate o amortización, para llevar a cabo una “quema” controlada de los tokens emitidos para que no sigan circulando. Al respecto, les recuerdo que la forma de “quemar” una criptomoneda o token es realizar y registrar una transacción a favor de una dirección de usuario de la que nadie puede disponer por no ser correlativa a una clave privada que alguien pueda utilizar.

Tratándose de la tokenización de un inmueble, esta quema del token o tokens emitidos sería necesaria para que el inmueble afectado retornase al régimen de legitimación y tráfico tradicional. Una forma de hacerlo sería la siguiente. El titular o “tenedor” actual del token se presenta ante un notario y otorga ante él una que podríamos llamar escritura o acta de “amortización” del token. La identificación de este tenedor sería, por supuesto, personal, pero la legitimación para el acto habría de ser puramente criptográfica y basada

en el simple hecho de generar *de facto* una transacción del token a favor de una dirección de usuario indicada por el propio notario. Es importante entender esto (porque si no, no se entiende nada de la tokenización). Una vez generado y puesto en circulación el token, la legitimación como titular de este no se basa en documento alguno ni en la posesión de título alguno de papel o sobre cualquier otro soporte –ni siquiera electrónico–. La titularidad de un token solo se acredita disponiendo de él mediante la emisión de una transacción registrable en la blockchain correspondiente, algo que, *de facto*, solo puede hacer quien conoce la clave privada correlativa a la clave pública anónima que aparece como último titular registrado de ese token en la blockchain.

El notario suministraría la dirección de destino y verificaría que la transacción ordenada en su presencia por el compareciente, generando y enviando a la red un mensaje de transacción autenticado con una clave privada, queda efectivamente registrada en la blockchain correspondiente (lo que presupone que esa persona podía disponer del token de conformidad con la base de datos de la blockchain). Por supuesto, con la autorización de un documento público de este tipo el notario asumiría la responsabilidad de no realizar él nunca una transacción ulterior del token amortizado, para la cual lo mejor sería generar un par de claves *ad hoc* solo para este acto de recepción del token y a continuación borrar o destruir cualquier copia o registro de la clave privada generada (perdida la clave privada, el token deviene técnicamente indisponible y por tanto amortizado, retirado de la circulación, como si se rompiese una letra de cambio o un cheque), o simplemente generar aleatoriamente un código alfanumérico que opere como dirección de destino y que no sea correlativo a clave privada alguna, de manera que los tokens transferidos a esa dirección serían ya indisponibles.

La escritura o acta que documenta esta operación se presentaría en el Registro de la Propiedad, donde se inscribiría dando lugar a una inscripción de propiedad del inmueble a favor de la concreta persona que se legitimó ante el notario como tenedor del token mediante la realización efectiva de esa transacción. De esta manera, la propiedad del inmueble volvería al sistema de legitimación y de tracto registral tradicional.

6. Depósito notarial de criptoactivos

Lo que acabo de explicar en relación con la quema de tokens puede ser útil para entender cómo debería ser la operativa de un

depósito notarial de criptomonedas o de tokens, algo que en determinadas relaciones negociales puede ser interesante (les recuerdo aquí la inquietud a la que aludí antes acerca de la herencia digital). Se podría pensar que la forma de depositar criptoactivos en poder de un notario consiste en suministrar al notario la clave privada correspondiente, es decir, el titular de unas determinadas criptomonedas o tokens comunica al notario su clave privada o secreta, para que sea ahora el notario el que controle la disposición de esos activos. Pues bien, una actuación de este tipo no debería ser aceptada por el notario, porque le generaría un riesgo y una responsabilidad inasumibles. Porque si alguien comunica su clave privada al notario, esto no quiere decir que esa persona haya perdido con ello su propio conocimiento de la clave, que no conserve él una copia de la misma clave y por tanto que todavía pueda seguir disponiendo de las mismas criptomonedas o tokens sin que el notario pueda evitarlo. Y además, hecha y registrada una transferencia de los activos pretendidamente depositados ante notario, este no tendría forma de acreditar que no fue él quien dispuso sino la persona que le comunicó la clave, es decir, el depositante.

Siendo así, la forma de depositar criptoactivos ante notario no puede ser otra que la realización de una transferencia de esos activos por el depositante a favor de una dirección de usuario que indique y controle en exclusiva el propio notario, es decir, cuya clave privada solo sea conocida del notario. De esta manera, el notario sabe que solo él podrá disponer ahora de los activos y por tanto puede responsabilizarse de su custodia. *De facto* él será la única persona que podrá dar a los activos depositados el destino previsto en las condiciones del depósito.

7. La herencia de criptoactivos

Entendido esto, nos damos cuenta de que la participación notarial en la gestión de una sucesión hereditaria de criptoactivos no puede consistir tampoco en el depósito notarial de las claves privadas. Será necesario diseñar un protocolo más complejo de actuación mediante el correspondiente *smart contract*. Dicho *smart contract* deberá permitir siempre la disposición de los activos por el propio titular mediante la aplicación de su propia clave (para preservar la libre revocabilidad de la disposición *mortis causa*). Una vez producido el fallecimiento y acreditado mediante el correspondiente certificado oficial de defunción, la disponibilidad de la cuenta asociada al *smart contract* correspondería al notario, el cual ejecutaría la pertinente

transacción a favor de la persona o personas a quienes corresponda la titularidad de los criptoactivos de conformidad con el título sucesorio aplicable (previo aseguramiento de que se cumplen las obligaciones fiscales pertinentes y de que se respetan las normas imperativas que condicionan el fenómeno sucesorio).

Puede pensarse que una intervención notarial como esta no tiene mucho sentido. ¿Qué necesidad hay de interponer un notario en el asunto?, ¿no sería más fácil y suficiente –y, por supuesto, opaco– que fuera ya la misma persona a la que el titular de los activos quiere favorecer con estos a su muerte la que pueda disponer directamente de la cuenta una vez acreditado el fallecimiento al *smart contract* que rige la cuenta?

Efectivamente, puede ser así. Pero –aparte de cuestiones de legalidad– todavía puede ser interesante la interposición del notario por varios motivos. El titular no quiere que el beneficiario sepa de la existencia de esos criptoactivos en vida del primero. O quiere que esa atribución *mortis causa* se contabilice y colacione por el beneficiario para que los otros herederos sean debidamente compensados e igualados con cargo al resto del caudal. O simplemente, para no dejarlo todo pendiente del diseño del *smart contract*, de manera que el notario habilitado para controlar la cuenta *post mortem* seguirá las instrucciones al respecto del último testamento ordinario otorgado por el titular.

8. Soporte notarial de la identidad digital

Por último, me referiré a una intervención notarial que puede ser fundamental para que los registros de tipo blockchain lleguen a ser compatibles con la normativa fiscal o de prevención del blanqueo de capitales y también como último fundamento seguro de una pretendida “identidad digital soberana”.

Al respecto, es preciso recordar que en las blockchains públicas, como la que soporta la criptomoneda bitcoin, las direcciones de usuario son completamente anónimas, por cuanto son simples códigos alfanuméricos (el hash de una clave pública de encriptación asimétrica), que se generan de forma privada, sin que responsable alguno del sistema exija ni registre la identificación personal del usuario, solicitando la exhibición o indicación de un documento de identidad, de un pasaporte, de una dirección física o de correo electrónico. De hecho, un mismo sujeto puede generar un número ilimitado de direcciones de usuario. Esta es precisamente la base de

la opacidad que caracteriza a estas blockchains y que genera todos los problemas correspondientes.

En las blockchains privadas o permissionadas sí es posible condicionar la obtención de una dirección de usuario a una identificación personal, de manera que toda clave pública vinculada a la clave privada que permite operar con los activos objeto del sistema esté a su vez siempre conectada a un sujeto identificado personalmente.

Pues bien, ¿quién mejor que los notarios para actuar como autoridades de registro a estos efectos? Las claves y la dirección de usuario se generarían en presencia notarial y el notario conservaría *off-chain* la información relativa al usuario correspondiente. Este podría dar acceso a esta información a aquellas contrapartes sujetas a deberes de KYC y AML. Y también podrían acceder a ella directamente las autoridades competentes cuando fuera necesario.

Yendo más allá, el notario podría encontrarse en la base del sistema que se conoce como de "identidad digital soberana" ("self sovereign identity").

De la misma manera que en el mundo físico manejamos una cartera donde guardamos una serie de tarjetas, que son como credenciales que acreditan determinados atributos personales –el carnet de identidad, el pasaporte, la tarjeta de familia numerosa, una o varias tarjetas de crédito, el carnet o licencia de conducción, la tarjeta de la Seguridad Social o de algún sistema de seguro médico privado, la tarjeta de acreditación profesional o laboral, la tarjeta de miembro de un determinado club, de la asociación de amigos de un museo, incluso simples tarjetas de visita con el nombre, la dirección y un teléfono y dirección de e-mail, etc.–, y que presentamos allí donde se nos requiere dar a conocer y en su caso acreditar un determinado atributo, para el ciberespacio podríamos disponer de algo similar.

Se trataría de crear una especie de *wallet* digital para la gestión criptográfica de las credenciales relativas a los atributos que integran nuestra identidad, que es lo que, a su vez, permitiría pasar a un modelo descentralizado o distribuido de gestión de la identidad digital, en el cual, el control o la soberanía correspondan al propio sujeto, dando lugar a lo que se conoce como un modelo o infraestructura de identidad digital soberana.

El artefacto ideado para ello sería un *smart contract*, controlado por una clave privada de exclusivo conocimiento del sujeto, mediante el cual este gestionaría una o incluso varias identidades, vinculadas a determinados seudónimos, así como una serie de credenciales digitales generadas a su vez por las autoridades o, en su caso,

entidades privadas competentes para acreditar ciertos atributos. Estas identidades y credenciales se habrían “tokenizado” (es decir, se habrían convertido en fichas digitales controladas mediante claves criptográficas), lo que permitiría al sujeto su fácil exhibición en aquellos ámbitos del ciberespacio donde para el acceso o para una determinada actuación sea preciso acreditar la identidad o algún atributo personal.

Esto a su vez permite una gestión modularizada o selectiva de la identidad. Si para acceder a una determinada web o servicio digital el único condicionante requerido es la mayoría de edad, basta con presentar la credencial digital que acredita esa mayoría de edad, sin necesidad de dar a conocer ningún otro dato personal del sujeto (nombre, dirección física o correo electrónico). Ídem si lo único que hay que acreditar es la nacionalidad o la condición de vecino de un municipio, etc. También se hace así posible una personalización de la experiencia de usuario en una web sin tener que revelar datos sensibles de la personalidad del usuario. De esta manera, la cantidad de datos personales que vamos repartiendo a nuestro paso por la red disminuiría considerablemente y, sobre todo, nosotros somos los que tenemos el control para decidir qué facetas de nuestra personalidad mostramos aquí o allí.

Un sistema como este puede suponer también una gestión más eficiente de los recursos de las entidades, empresas o contrapartes negociales con las que trabajamos relación. Así, teniendo en cuenta que, por ejemplo, las entidades bancarias están sujetas a rigurosos requisitos y procedimientos de KYC y AML antes de la apertura de una cuenta bancaria, el hecho de que una determinada entidad de nuestra jurisdicción o de una jurisdicción homologada haya realizado ya este control respecto de un determinado cliente, y este lo pudiera acreditar mediante una determinada credencial digital, podría permitir un aligeramiento de los trámites precisos para la apertura de cuentas por ese mismo sujeto en una entidad bancaria diferente. También podrían utilizarse credenciales de historial crediticio emitidos por un banco a instancia de su cliente para que este los presentase para acreditar su solvencia ante la contraparte de un negocio que está intentado concertar, por ejemplo, el arrendamiento de un local o una vivienda.

Se trata, como vemos, de una información que puede ser muy sensible para el sujeto y que no se hace circular de cualquier forma, sino precisamente bajo el control del propio interesado.

Desde el punto de vista de los terceros con los que un sujeto traba relación, también se consigue seguridad, en la medida en que

las credenciales así exhibidas sean confiables. Con ello, entramos en un segundo aspecto de la cuestión. La credencial digital tokenizada exhibida por el titular cuando, donde y ante quien considera conveniente tiene forma de metadato o referencia (un hash) que habilita a la contraparte para acceder a una información generada bajo la responsabilidad de la autoridad o entidad competente (un oráculo): por ejemplo, una institución académica que acredita la realización de unos determinados estudios o la obtención de un cierto título académico.

La implementación de un sistema de gestión de la identidad de este tipo sobre la base de la tecnología de registro distribuido supone que toda esta información (o los metadatos que la identifican unívocamente) no se guarda en un repositorio centralizado, sino que está registrada en una blockchain de forma segura, transparente y permanente, con todo lo que ello implica. Vemos así, en definitiva, cómo se puede llegar a una combinación más óptima de esos dos valores que están en juego en el tema de la identidad: la confidencialidad (control de los propios datos por el sujeto); y la seguridad (generación de confianza en los terceros acerca de los aspectos de la identidad que interesan a estos para determinadas relaciones y, en último término, seguridad jurídica en cuanto a la imputación jurídica de determinadas actuaciones).

Y esto que es susceptible de aplicación a las personas individuales o físicas cuando estas operan en la red, también sería aplicable a entidades jurídicas, en la medida en que es evidente que estas también pueden gozar de una identidad digital; e incluso a objetos que pueden operar y relacionarse de forma más o menos autónoma con sujetos o con otros objetos a medida que se desarrolle la Internet de las cosas.

Por supuesto que como fundamento último de un sistema como el expuesto nos encontramos con una cuestión clave: quién y cómo se vinculan todas las credenciales digitales en cuestión (y en su caso, uno o varios seudónimos) a una persona determinada. O dicho de otra forma: quién asume la tarea de identificación última del sujeto del que se van a predicar una serie de atributos acreditados mediante las correspondientes credenciales en el momento en que se crea el *wallet* digital que permite a un sujeto la gestión criptográfica de toda esta información. Obsérvese que es algo parecido a la generación de una firma electrónica en un sistema de PKI (alguien vincula una clave pública a una persona determinada previa la identificación de esta en el momento de la generación del correspondiente par de

claves de criptografía asimétrica), pero con un contenido potencial de información y una funcionalidad mucho más amplios.

Esto es algo para lo que la propia tecnología blockchain no tiene respuesta. Ni tampoco las técnicas biométricas de las que tanto se habla últimamente. Es cierto que hay determinados rasgos físicos que pueden identificar individualmente a una persona determinada (la huella dactilar, el iris, el ADN). Pero una cosa es una identificación *a posteriori* (por ejemplo, ha quedado registrado el iris de la persona que accedió a un determinado lugar, de manera que, si el sujeto en cuestión niega haber accedido, siempre se puede probar *a posteriori* que su iris es coincidente con el registrado en el control de acceso), y otra distinta el uso de datos biométricos para un control previo de la identidad del sujeto con el que interactuamos, en su caso, la identidad del sujeto que está detrás de una determinada dirección de usuario en una concreta plataforma. ¿Cómo saber *a priori* cuál es la huella dactilar o el iris de una persona determinada? Alguien tiene que registrar ese dato al tiempo en que identifica personalmente al sujeto en cuestión, para generar una credencial confiable. Alguien tiene que incorporar a una base de datos ese dato biométrico como propio de una persona determinada.

Esa identificación de base –que, como he indicado, está ausente en el sistema Bitcoin y en todas las blockchains públicas, como uno de los rasgos estructurales básicos de su protocolo– es también la tarea propia de un oráculo: un tercero de confianza que introduce bajo su responsabilidad ese dato básico en el sistema. Y ello por cuanto un sistema puramente distribuido o P2P para sustentar esa primera identificación personal de base –un sistema en que unos sujetos privados identificasen a otros sujetos privados, formando una especie de red de reconocimientos– es claramente insuficiente para dotar de seguridad a una cuestión de tanta relevancia como esta.

La cuestión, entonces, es: ¿quién va a desempeñar la función de oráculo en relación con esta identificación de base del titular de un determinado *wallet* de identidad digital? Aquí, por supuesto, incide la diversidad de tradiciones culturales y políticas que condicionan los modelos de identificación existentes en el mundo físico: modelos centralizados de autoridad o modelos descentralizados y sectorializados con protagonismo de las empresas privadas. ¿Serán los gobiernos los que presten un servicio como este a sus ciudadanos, de forma incluso obligada?; ¿o serán los bancos los que asuman el protagonismo en esta actividad?; ¿o los propios gigantes tecnológicos como Apple, Google, Facebook o Amazon?

En un sistema jurídico como el nuestro no debería haber mucha duda acerca de qué tipo de agentes –tradicionalmente encargados de la identificación personal, de la verificación de los consentimientos negociales y de la custodia de los documentos más delicados relacionados con la autonomía personal– podrían ser los candidatos más idóneos para asumir una función como esta.

V. APRENDIENDO DE BLOCKCHAIN

Por último, solo quiero apuntar que los notarios tenemos mucho que aprender de blockchain. Por señalar solo dos cuestiones en el contexto de una digitalización del documento notarial y del protocolo notarial, es decir, para el momento en que las escrituras matrices solo se confeccionen y firmen en formato electrónico:

i) Podría incorporarse la técnica del hash y en especial el encañamiento de hashes como herramienta de seguridad documental. De cada uno de los documentos notariales formalizados en forma electrónica el notario autorizante calcularía su hash individual. Los hashes de todos los documentos autorizados en un día o en una semana se agruparían en un bloque que se *hashearía* a su vez para obtener un hash colectivo. Este hash correspondiente al conjunto de documentos autorizados por un notario en un lapso temporal determinado se remitiría por este al Colegio Notarial correspondiente, donde se agruparía con los hashes del mismo periodo remitidos por los demás notarios del Colegio. Estos hashes recibidos de todos los notarios se *hashearían* juntos para obtener un hash global de ese periodo, que a su vez sería el primer ítem del siguiente bloque de hashes. Y así sucesivamente. De esta manera ni un solo bit de uno solo de los documentos autorizados por un notario de un Colegio podría ser alterado sin que resultase afectado el hash del último bloque.

ii) Deberíamos concebir la gestión y conservación de la información notarial como una tarea colectiva y en red, de toda la corporación notarial de un país, y no individual, de cada notario de forma aislada en su propio silo.

Así, nos da miedo la digitalización porque pensamos que la existencia corpórea del documento de papel garantiza la subsistencia de la información de una forma más segura que eso tan evanescente y volátil que nos parece ser el soporte electrónico digital. Quizá veríamos las cosas de una forma diferente si el soporte digital resultase

fortalecido con todo lo bueno que nos enseña el modelo blockchain. De manera que podría ser alcanzable una combinación de lo mejor de estos dos mundos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Christopher, "The path to Self-Sovereign Identity", 2016, <http://www.lifewithalacrity.com/2016/04/the-path-to-self-sovereign-identity.html>.
- AMMOUS, Saifedean, *El patrón Bitcoin*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2018.
- ATZORI, Marcella, *Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary*, 2015, SSRN Electronic Journal. 10.2139/ssrn.2709713.
- BIRCH, David, *Identity is the new money*, London Publishing Partnership, 2014.
- DEL CASTILLO IONOV, Rafael, *Las initial coin offerings (ICOS) y la tokenización de la economía*, Aranzadi, 2018.
- DUIVESTEIN, Sander y SAVALLE, Patrick, "Bitcoin: It's the platform, not the currency, stupid!", 15 de febrero 2014, en <https://thenextweb.com/insider/2014/02/15/bitcoin-platform-currency/>.
- FINK, Michèle, *Blockchain Regulation*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 17-13, agosto 2017.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel, "La firma electrónica como instrumento de imputación jurídica. Una reflexión de derecho civil sobre la contratación electrónica", *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Bosch Capdevilla, Esteve (dir.), Editorial Bosch, 2012.
- *Entender blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido*, 2.ª edición, Aranzadi, 2019.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier, *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registro distribuido*, Aranzadi, 2018.
- LESSIG, Lawrence, *Code. Version 2.0*, Basicbooks, 2006.
- NAKAMOTO, Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System", <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- PREUKSCHAT, Alex, "Self Sovereign Identity – a guide to privacy for your digital identity with Blockchain", 2018, <https://medium.com/@AlexPreukschat/self-sovereign-identity-a-guide-to-privacy-for-your-digital-identity-5-b9e95677778>.
- PREUKSCHAT, Alex y otros, *Blockchain, la revolución industrial de Internet*, Gestión 2000, Barcelona 2017.
- RAUCHS, Michel y otros, "Distributed Ledger Technology Systems (A conceptual framework)" – CCAF Cambridge University, agosto 2018, https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2018-10-26-conceptualising-dlt-systems.pdf.
- SZABO, Nick, "Smart contracts: building blocks for digital free markets", <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Lite>

rature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html.

TAPSCOTT, Don y Alex, *La revolución Blockchain*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2017.

TUR FAÚNDEZ, Carlos, *Smart Contracts. Análisis jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2018.

CONSOLIDACIÓN DEL NECESARIO EJERCICIO DIRECTO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL E INTERDICCIÓN DEL USO DE SOCIEDADES CIVILES PROFESIONALES PARA EL DESARROLLO DE LA MISMA. COMENTADO LA RDGRN DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Alfonso Romero y Carrillo de Mendoza
Notario de El Vendrell

Resolución de 18 de septiembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XI de Madrid a inscribir la escritura de constitución de una sociedad civil profesional.

En esta importante Resolución nuestra Dirección General concreta de manera clara y terminante la imposibilidad de constituir Sociedades Civiles Profesionales para el ejercicio de la función notarial. Resumimos a continuación el *iter* procedimental que dio lugar a la resolución, respetando la literalidad de la misma en donde pueda tener lugar:

Mediante escritura otorgada por dos notarios, que estaban convenidos, el día 17 de abril de 2019 se constituyó la sociedad civil profesional denominada "Fulano y Mengano, Notarios, S.C.P.". Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid fue objeto de calificación negativa por dos motivos, del que resaltamos el que constituye el problema de fondo:

"Segundo: El artículo 1.º de la Ley del Notariado dispone que el notario es un funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

El artículo 1.º del Reglamento Notarial establece que los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del derecho... El artículo 1.º de la Ley de Sociedades Profesionales dispone que son sociedades profesionales aquellas que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, para continuar diciendo que se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente. En cuanto a la actividad del notario como funcionario público, es decir, en cuanto a la dación de la fe pública notarial, es evidente que solo el notario puede ejecutar directamente y a él solo pueden ser atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de su actividad notarial. La supuesta sociedad profesional no podría, en modo alguno, directamente, ni dar fe, conforme a las leyes, contratos y demás actos extrajudiciales ni ser atribuidos a la misma los derechos y obligaciones inherentes a tal actividad.

En cuanto a la actividad recogida en el Reglamento Notarial de los notarios como profesionales del derecho hay que tener en cuenta que tal asesoramiento profesional se tiene que considerar dentro del ámbito de la propia actividad notarial y consecuentemente limitado al contrato o acto que va a ser objeto de la función notarial, ya que de otro modo sería necesario que se le atribuyera tal posibilidad por Ley, por cuanto así resulta de lo dispuesto en los artículos 14 y 16 de la Ley de Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración Pública (Ley 53/1984, de 26 de diciembre). Así pues, el asesoramiento jurídico, en general, desligado de la función pública que realiza el notario, le estaría vedado por efecto de la Ley de Incompatibilidades, y así parece entenderlo el artículo 1.º del Reglamento Notarial, cuando al aludir a estas actividades de asesoramiento del notario las vincula a la reclamación, por parte de los interesados, del ministerio notarial como función pública y, en ningún caso, con carácter general.

Por lo que se refiere al acuerdo de colaboración profesional o convenio de notarios a que hace referencia la escritura y para el que los otorgantes solicitaron y obtuvieron autorización de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid hay que decir que no es más que justamente eso: un convenio de colaboración profesional o unión de despachos, prevista por el Reglamento Notarial y extendida en la práctica, pero que nada tiene que ver con una sociedad profesional de las reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo”.

Es difícil encontrar una calificación tan completa y defensora de la institución notarial, en la misma se encuentra uno de los fundamentos de la institución tal y como la conocemos, una institución *intuitu personae* en la que personas físicas a través de su juicio fundado en años de riguroso estudio dan fe y controlan la legalidad de los actos que se les someten. Es por ello que no me resisto a reproducir la argumentación de los notarios que recurrieron, cuando alegan:

"... segundo y principal defecto invocado por el registrador y que no hace sino reproducir, quizás abrumado por el peso de las tradicionales estructuras corporativas y presionado por el inmovilismo de quienes mantienen las manidas y reiterativas opiniones contrarias a la misma existencia de las sociedades profesionales, por economía de procedimiento y a la vista de que sus argumentos a favor de la posibilidad (y hasta conveniencia) de constituir una sociedad civil profesional de notarios... nada se opone sino que, antes al contrario, todo conduce a 'vencer las resistencias históricas' y desterrar definitivamente el argumento de que la supuesta inescindibilidad de la condición de funcionarios públicos y profesionales del derecho que ostentamos los notarios constituya un obstáculo legal o una condición inhabilitante para ejercer en común nuestra profesión bajo una estructura económica adecuada a una sociedad del siglo XXI y sin merma ni limitación alguna de nuestras obligaciones y responsabilidades como funcionarios públicos... cabe recordar en este punto al funcionario calificador que el artículo 1 de la Ley de Sociedades Profesionales no tiene sentido ni puede comprenderse sin el artículo 5, ni siquiera mencionado en la nota y que sin embargo constituye la auténtica piedra angular del sistema, al distinguir entre el ejercicio de la actividad profesional y la imputación de sus resultados, siendo así que en ningún caso la prestación de la fe pública y, con ella, la autorización del documento, podría ser realizada directamente por la sociedad, pero sí imputarse a la misma los resultados económicos (y hasta los jurídicos, pues no solo quedan salvadas sino reforzadas las responsabilidades personales) de tal ejercicio individual... Por esa razón y con el fin de preservar aquel ejercicio de una función pública, tanto en el acuerdo de colaboración profesional que sirve de sustrato a la sociedad (siendo esta su vestimenta pública) y que constituye su 'estatuto social primario', como en el otorgamiento primero, se contienen las oportunas previsiones en cuanto al domicilio, objeto, socios y régimen de transmisión de tal condición..."

Frente a este recurso el registrador se reafirma en su calificación y eleva el recurso a la DGRN, que resuelve lo siguiente:

1. En cuanto al concepto y naturaleza de la Sociedad Civil Profesional: Que del artículo 1.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales y de la propia Exposición de Motivos se entiende que la sociedad profesional objeto de esta ley es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la ley las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias, y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica.

2. En cuanto al ejercicio personal de la función notarial: La actividad –o actuación– del notario como funcionario público solo cabe ser ejercitada directamente por el mismo *uti singuli*, y a él solo pueden ser atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de su actividad notarial, pues la supuesta sociedad profesional no podría directamente, en modo alguno, ni dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales ni se pueden atribuir a la misma los derechos y obligaciones inherentes a tal ámbito de la actividad notarial. Estando esta –cabe añadir– rigurosamente regulada por ley y por entero sustraída a la autonomía de la voluntad, de modo que, si la autorización de los documentos públicos por imperativo legal ha de realizarse bajo el sello, signo, firma y rúbrica del notario, tales exigencias son inequívocamente incompatibles con la exigencia de la Ley de Sociedades Profesionales de que tales actos sean realizados directamente bajo la razón o denominación social.

Conclusión: Acertada doctrina la sentada por nuestra DG y acertada en todos sus extremos la calificación registral, es asimismo llamativa la terminología empleada por la recurrente cuando alega que la calificación se mueve por “el peso de las tradicionales estructuras corporativas y presionado por el inmovilismo...”, “vencer las resistencias históricas...”. Aun cuando por elegancia el Sr. registrador no entra a calificar dichas manifestaciones y tampoco lo hace más que

tácitamente la DG cuando da la razón al registrador, no quisiera yo dejar pasar esta ocasión para manifestar mi opinión, frente al "inmovilismo" que dice la parte recurrente, asociándole la carga de ser una "resistencia histórica" a vencer por tanto para la modernización de nuestra función y es que la tradición y el conservar lo que de bueno hay en el ejercicio de una profesión no solo no está reñido con la mejor prestación de la función, sino que inserta nuestro oficio entre las instituciones más respetadas por los operadores técnicos y por la población en general.

Es imprescindible para ello la prestación personal de la función pública por parte de notarios individualmente considerados, la relación directa *intuitu personae* con notarios libres de ataduras corporativas o societarias es una de las claves de bóveda de nuestro sistema. Es más, es la principal defensa de los mismos, para evitar caer en intereses corporativos que nos alejaran de la ética personal para movernos en intereses societarios que en no pocas ocasiones difieren notablemente, solo hay que pensar en sociedades civiles de notarios en que los socios acuerden una relación no equitativa, con ello se rompería la prohibición de dependencia de un notario a otro, pero es que más allá, solo hay que pensar en la situación de integrantes en la sociedad que no reunieran la condición de notarios en activo, quizás porque se han jubilado, quizás porque nunca lo fueron, si se admite la estructura corporativa hay un riesgo real de perder nuestra independencia funcional, no sería extraño el caso de notarios jubilados que siguieran rentabilizando su despacho a través de compañeros asociados al mismo, imagínese también la posibilidad de socios "capitalistas", en definitiva en mi opinión la defensa del ejercicio notarial de manera directa por los notarios sin interposición de ningún tipo es un elemento esencial de nuestra institución y razón de su arraigo social.

TRASLADADA A PAPEL LA COPIA AUTORIZADA ELECTRÓNICA PUEDE SER EMPLEADA EN EL TRÁFICO JURÍDICO GENERAL. COMENTANDO LA RGRN (SISTEMA NOTARIAL) DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Pedro Fernández Yáñez
Notario de Figueres

Se resuelve en la presente resolución **la extensión y validez del traslado a papel por parte del notario receptor de las copias electrónicas** enviadas por el notario autorizante de la escritura.

La controversia tiene origen en una escritura de partición hereditaria autorizada ante la notario de Albacete, doña Adoración Fernández Maldonado, el día 29 de noviembre de 2018. En la misma, uno de los comparecientes los hace en nombre propio y también en nombre de otro otorgante sin acreditar la representación. Por consiguiente, quedan los efectos de la escritura supeditados a posterior ratificación.

El 30 de noviembre de 2018, la compareciente representada ratifica la escritura ante la notario de Barcelona, doña María Armas Herráez. La copia de la escritura de ratificación se traslada electrónicamente a doña Adoración Fernández Maldonado, constando al pie de la misma: *"Es copia autorizada electrónica exacta de su matriz, donde queda anotada. Yo, María Armas Herráez, Notario autorizante del documento, la expido conforme el artículo 17 bis 3 de la Ley del Notariado y 224.4 de su Reglamento, para su remisión a la Notario de Albacete, doña María Adoración Fernández Maldonado. Esta copia electrónica **solamente tiene validez para la finalidad respecto de la cual fue solicitada, que es la constancia de la ratificación y entrega a parte interesada.** En Barcelona, a treinta de noviembre de dos mil dieciocho. Doy Fe".*

Se presenta la escritura particional y el traslado a papel de la ratificación ante el Registro de la Propiedad de Albacete número 4 el día 6 de mayo de 2019, siendo objeto de calificación negativa el día 8 de mayo de 2019, en la que se deniega por los siguientes motivos:

1.º *El artículo 18 de la Ley Hipotecaria y el artículo 98 del Reglamento Hipotecario que establecen la obligación del registrador de calificar la legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción.*

2.º *El traslado a soporte papel de la copia autorizada electrónica de su matriz, que **ha sido remitida**, con firma electrónica reconocida notarialmente, **a doña María Adoración Fernández Maldonado, y no al Registro de la Propiedad**, tiene valor de testimonio y no de escritura pública, y conforme el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, para que pueda ser inscrita dicha ratificación, deberá estar consignada en escritura pública.*

3.º *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 17 de julio de 2017.*

En su consecuencia, se suspende la inscripción de la escritura por resultar necesario para la misma la remisión a este Registro de la copia autorizada electrónica de ratificación, para la finalidad de inscripción. La copia solo será válida para la finalidad indicada, con vigencia de sesenta días. Contra dicha calificación (...)

En respuesta a la calificación, la notario de Albacete, doña Adoración Fernández Maldonado interpone recurso el 7 de junio de 2019, fundamentado en los artículos 17 bis de la Ley del Notariado, y los artículos 221, 224.2, y 224.4. De ellos deduce que la copia se expide con la finalidad de dirigirse a la notario autorizante confirmando ratificación de la representación alegada por el compareciente y su correspondiente traslado a papel, así como la entrega a la parte interesada.

Asimismo, la exigencia de que sea remitida por la notario autorizante la ratificación por copia electrónica carece de fundamento. Para ello, alega:

1º. Que **la ratificación conlleva per se la perfección del negocio jurídico**, en los términos del artículo 1959 del Código civil, produciendo todos sus efectos, haciéndose constar en la escritura ratificada y entregándose a los interesados, pues perfecciona el primer instrumento público otorgado. Este perfeccionamiento del negocio jurídico supone que despliegue todos sus efectos, independientemente de que esté inscrito o no, y, además, de acuerdo a la

legislación anteriormente citada, tiene efectos frente a toda Administración Pública, Tribunal y particular. No deja de ser un contrasentido que el Registro no se enmarque dentro de los organismos públicos acabados de enumerar.

2º. De acuerdo con lo anterior, **considera exorbitante la exigencia de una copia electrónica específica para su presentación en el Registro**, no habiendo precepto legal alguno que lo exija. Además, supone un incremento de coste innecesario, llegando a sostener que admitir lo contrario supondría volver al sistema de correo postal del siglo pasado para presentar al registro, actuando únicamente con copias autorizadas en papel. Recuerda, asimismo, la eficacia del sistema de ratificación mediante copia electrónica para operaciones de gran volumen como las de Sareb.

3º. Recuerda la necesidad de **interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas**, en los términos del **artículo 3 del Código civil**. En un contexto como el actual, en el que incluso las Administraciones Públicas exigen que la comunicación con determinados agentes se efectúe de forma electrónica, no tiene sentido que los cuerpos que articulan el sistema de seguridad jurídica privada establezcan cortapisas a esta tendencia. En este mismo sentido se enmarcan normas como el artículo 22 de la Ley de Crédito inmobiliario.

4º. Finaliza negando la aplicación analógica de la RDGRN de 17 de julio de 2017, puesto que se trataba del traslado a papel de una copia electrónica que contenía un poder que a su vez era utilizado por un notario distinto de aquel a quien iba dirigido la copia para acreditar la representación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Comienza la Dirección General realizando una transcripción de los artículos artículo 17 bis.3 de la Ley del Notariado, y de los artículos 221 y 224.4 del Reglamento Notarial, llegando a la conclusión de que la regulación actual no termina de aclarar *“si el traslado a papel de la copia autorizada llevado a cabo por el notario de destino puede ser utilizada exclusivamente por este o, por el contrario, es un documento susceptible de ser utilizado en el tráfico jurídico como una copia autorizada”*.

Efectivamente, recuerda la Dirección General que el inciso cuarto del artículo 224 del Reglamento Notarial determina la obligatoriedad de que en las copias electrónicas emitidas por el notario autorizante

del documento se haga constar la finalidad de la misma, circunscribiendo los efectos de dicha copia la mencionada finalidad.

Sin embargo, tal y como señala el centro directivo **“el Reglamento Notarial no contiene ninguna disposición expresa en la que no se permita o en la que se prohíba la posibilidad de que el traslado a papel de la copia autorizada electrónica se realice para entregarla al interesado y que este traslado pueda utilizarse para el tráfico jurídico general”**.

Nos colocamos pues, siguiendo el razonamiento de la resolución, en la **disyuntiva** de entender la norma contenida en el artículo 224.4 en sentido estricto, y concluir que solo podrá trasladarse a papel una copia electrónica en relación a otra escritura que el notario a quien va destinada vaya a autorizar; o bien entender, que una vez trasladada a papel, la copia tiene los mismos efectos que la expedida por el notario autorizante.

La decisión que va a ser adoptada por la Dirección General ya se ve en cierta medida anunciada cuando en su siguiente argumento se centra en el artículo 3 del Código civil. En concreto, en la **interpretación de las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas**. A ello suma una solicitud al legislador: la actualización del Reglamento Notarial en relación a la circulación de las copias electrónicas, recomendando la modificación *“en el modo en que circulan y se cotejan las copias autorizadas electrónicas, especialmente cuando afectan a personas o funcionarios no reconocidos como destinatarios en la normativa”*.

Refuerza su argumento interpretativo la Dirección General recordando el **espíritu de normas como las contenidas en los artículos 110 y 113 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre**, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y de lo dispuesto en **el artículo 22 y Disp. adicional octava de la nueva Ley de Crédito Inmobiliario**. De las normas contenidas en la primera Ley señala la Dirección General que *“recogen detalladamente la firma electrónica en el ámbito de los notarios y registradores de la Propiedad, dando importancia determinante y buscando el interés de la circulación del documento por medios telemáticos”*; así como recuerda la ausencia de total transposición de estas normas con rango de Ley al Reglamento Notarial. Esta deficiente adecuación del Reglamento a una norma con rango de Ley será también, acertadamente, determinante en la interpretación del centro directivo. De la segunda de las normas mencionadas, asevera que *“los contratos de préstamo regulados en esa ley se formalizarán en papel o en otro soporte duradero; y, por su regulación, constituye un claro ejemplo*

de la intención del legislador de incorporar los formatos electrónicos y los medios telemáticos a la vida jurídica, reduciendo al mínimo el soporte papel”.

Como tercer argumento, la Dirección General recuerda que, salvo normas taxativas en las que es de aplicación el aforismo *in claris non fit interpretatio*, **la interpretación literal no agota los criterios que el propio artículo 3 del Código civil señala**, recordando a la registradora que la propia Resolución de 17 de julio de 2017, alegada por ella misma, señala que *“la regulación legal no termina de aclarar la cuestión esencial que se plantea en este expediente”*.

Pues bien, puesto el toro en suerte, como diríamos en términos taurinos; procede la Dirección General a recordar que en el traslado a papel de una copia electrónica librada por el notario autorizante puede tener dos destinos: el notario de destino, en cuyo caso tiene valor de escritura pública, o cualquier otro funcionario público o Administración, en los que el traslado a papel solo tendrá efectos de mero testimonio, y teniendo efectos únicamente dentro del procedimiento o expediente para el que haya sido remitido.

Por consiguiente, y transcribimos *“el traslado a papel que hace el notario de destino no agota su valor y efectos en el expediente para el que han sido remitidos; por lo tanto, el valor del traslado a papel no depende del expediente notarial de que se trata, sino que su valor se mantiene con independencia y más allá del mismo, y de ahí la diferencia con el traslado a papel que hacen otros funcionarios”*. Y ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, que como sabemos, confiere el mismo valor a las trasladadas a papel por el notario de destino que a las expedidas por el notario autorizante. Por ello, si según la norma con rango legal la copia no pierde valor y efectos que le son propios, **no debe entenderse que se trate de un mero testimonio como sostiene la registradora**.

Es más, de lo dispuesto en la legislación vigente **no se deduce que sea de un testimonio en los términos del artículo 251 del Reglamento Notarial**, que los regula; sino que siendo de aplicación lo dispuesto en los 224.4, 253 y 264 del mismo Reglamento Notarial *“resulta claramente excluido del concepto de testimonio el traslado a papel de una copia electrónica que haya quedado incorporada a una escritura o acta matriz, debiéndose reflejar en el libro indicador únicamente la fecha de traslado y la identidad del notario que expide la copia autorizada electrónica”*.

Finaliza la Resolución reconociendo como documento público a todos los efectos el traslado a papel de la copia electrónica expedida

por el notario de destino, dado que de la interpretación conjunta de los íncritos artículos 17 bis de la Ley del Notariado y 224.4 del Reglamento, en concordancia con el artículo 3 del Código civil y el espíritu de las normas alegadas, **se considera que está dentro de los efectos del traslado a papel de la escritura pública el de su presentación al Registro de la Propiedad para su posterior calificación**, no siendo en ningún caso un mero testimonio.

CONCLUSIONES

La conclusión a la que llega la Dirección General, es, a nuestro juicio, acertada. Habida consideración a la deficiente regulación de las copias del Instrumento Público electrónico que nuestra normativa recoge, se ha optado por la interpretación que, a todas luces, es más razonable a la realidad social de nuestros días.

Amén de la desacertada redacción del artículo 224.4 del Reglamento Notarial, que parece incluso contradecir una norma con rango de Ley especialmente clara en su valoración del documento público electrónico como es el artículo 17 bis de la Ley del Notariado; es, como venimos sosteniendo, un contrasentido realizar un planteamiento ludita por ser “más papistas que el Papa”.

El sentido de la restricción incluida en la norma reglamentaria bien pudiera ser que el notario autorizante del instrumento público “*no pierda el control de su protocolo*”; cosa que por lo demás nos parece nada convincente, toda vez que el traslado a papel por parte del notario de destino en nada varía la potestad del notario autorizante para emitir la copia o no; además de que el riesgo de mal uso que se puede realizar del traslado a papel es el mismo que si el solicitante con interés legítimo la solicita presencialmente en nuestra notaría.

Finalizamos recordando que el día que se escribe este resumen, en el que tenemos noticias de un más que probable descenso de la actividad económica que no se recuerda desde la Guerra civil, optar por entender que han de emitirse tantas copias electrónicas como destinatarios existan es también un perjuicio para el cliente, que debe abonar sendas copias por una interpretación excesivamente rigorista de un precepto que a todas luces merece ser reformado.

Derecho Civil



ESTUDIOS DOCTRINALES

PRÁCTICA JURÍDICA

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS A RESOLUCIONES

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

Miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT

Resumen: Tras el triunfo planetario de la economía de mercado, 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. Se trata de un "orden constitucional policéntrico" (R. BARNNET) en el que los particulares bien informados prefieren las regulaciones que resultan mejores para sus intereses y descartan las regulaciones más deficientes y oportunistas.

Palabras clave: Contratos internacionales, Derecho internacional privado, libertad de elección, libertad de elección de las partes para elegir el Derecho aplicable, punto de conexión, voluntad hipotética.

Abstract: After the planetary triumph of the market economy, the vast majority of the world's legal systems have strengthened the principle of the autonomy of the will in private law. It is individuals who, in a "decentralized way", that is, without a decision on the matter by the State, decide with whom and how to contract, with whom and how to marry, what name to bear, what economic relations to have with their spouse, etc. It is a "polycentric constitutional order" (R. BARNNET) in which well-informed individuals prefer the regulations that are best for their interests and discard the most deficient and opportunistic regulations.

Key words: International contracts, private international Law, freedom of choice, freedom of the parties to choose applicable law, connecting factor, hypothetical will.

SUMARIO

- I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL Y EL REGLAMENTO ROMA I
- II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. UNA BREVE PÁGINA DE HISTORIA
- III. VENTAJAS PRÁCTICAS DE LA LIBRE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL
- IV. CRÍTICAS A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL COMO PUNTO DE CONEXIÓN EN EL SECTOR CONTRACTUAL
- V. RAZONES PARA ELEGIR UNA CONCRETA LEY ESTATAL COMO *LEX CONTRACTUS*
- VI. EL TRIUNFO DE LA "AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL" EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES
 1. Un orden constitucional policéntrico
 2. La autonomía de la voluntad conflictual toma el poder en el Derecho internacional privado europeo

I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL Y EL REGLAMENTO ROMA I

1. El primer punto de conexión para determinar la *Lex Contractus* es, en el vigente Reglamento Roma I, la "autonomía de la voluntad conflictual" (art. 3.1 RR-I)(1). Es la ley elegida por las partes la que rige el contrato (2). Es frecuente que los contratantes

(1) 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).

(2) Estudios clásicos, llenos de grandes ideas, son, entre otros muchos, los debidos a A. AUBREY, "Domaine de la loi d'autonomie en Droit international privé", *JDI Clunet*, 1896, pp. 465-489; G. BALLADORE PALLIERI, "L'autonomia dei contraenti nel diritto internazionale privato", *DI*, 1963, vol. 18, pp. 153-178; E. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit International Privé*, Paris, 1927; A. CURTI GIALDINO, "La volonté des parties en droit international privé", *RCADI*, 1972, vol. 137, pp. 743-914; G.R. DELAUME, "L'autonomie de la volonté en Droit international privé", *RCDIP*, 1950, pp. 321-340; J. FOYER, "Le contrat d'electio juris' à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 169-179; T.C. HARTLEY, "Choice of law, choice of court and mandatory provisions", en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSEL (Hrsg.), *Europa als*

Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018, Bielefeld, Giesecking, 2018, pp. 171-178; W. HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931; G. VAN HECKE, "Signification et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux", *RDIDC*, 1955, pp. 81-98; J.-M. JACQUET, *Principe de autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983; Id., "L'incorporation de la loi dans le contrat", *TCFDIP*, 1993/95, pp. 23-39; E. JAYME, "Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", *Festschrift W. Lorenz*, Tübingen, 1991, pp. 435-464; A. JUNKER, "Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen – Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht", *IPrax*, 1993, pp. 1-10; O. LANDO, "Party Autonomy in the EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations", *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruselas, Larcier, 1981, pp. 191-225; Id., "The interpretation of contracts in the conflict of Laws", *RabelsZ*, 1974, pp. 388-395; P. LEVEL, "Le contrat dit sans loi", *TCFDIP*, 1964-1966, pp. 209-231; M. LIENARD-LIGNY, "L'autonomie de la volonté face aux lois impératives dans les contrats internationaux", *Annales de la Faculté de Droit de Liege*, 1968, pp. 5-25; W. MINCKE, "Die Parteiautonomie, Rechtswahl oder Ortswahl?", *IPrax*, 1985, pp. 313-317; K.H. NEUMAYER, "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations", *RCDIP*, 1957, pp. 579-604 y 1958, pp. 53-78; J.P. NIBOYET, "La théorie de l'autonomie de la volonté", *RCADI*, 1927, vol. 16, pp. 1-116; J.CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en Droit international privé conventionnel*, Paris, 1992; V. RANQUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, 1980; W.L.M. REESE, "Choice of Law in Torts and Contracts and Directions for the Future", *Columbia Journal of Transnational Law*, 1977, pp. 1-21; Id., "Power of Parties to Choose Law Governing their Contracts", *Proceedings of American Society of International Law*, 1960, vol. 54, pp. 49-69; C.M. SCHMITTHOFF, "The Limits of Party Autonomy", en CH.J. CHENG (ed.), *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, Boston, London, 1988, pp. 584-595; W. WENGLER, *IPR-Rechtsnormen und Wahl des Vertragsstatuts. Parteiautonomie im internationalen Privatrecht, insbesondere unter der Rom-Convention vom 19.6.1980*, Vortrag, Saarbrücken, 1991; W. WENGLER, "Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat", *RCDIP*, 1982, pp. 467-501; Id., "Choice of Law and Forum in Contracts, Germany and other European Countries", *Proceeding of The Sixth International Symposium on Comparative Law*, Ottawa, 1969, pp. 189-202. En cuanto a las aportaciones más recientes, pueden verse, entre otras valiosas contribuciones, las debidas a M. AHMED, "The nature and enforcement of choice of law agreements", *Journal of Private international Law*, 2018, pp. 500-531; ARNOLD, "Gründe und Grenzen der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht", en S. ARNOLD (Hrsg.), *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 23-53; J. CLAVEL-THORAVAL, "L'incidence de la liberté contractuelle sur l'application des dispositions d'ordre public", *Revue Lamy droit des affaires*, n° 141, 2018, pp. 52-58; A. DANGER, *Die Rechtswahl bei internationalen Schuldverträgen aus der Sicht des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, Dissertation Premium) (Deutsch) Taschenbuch – 20. Oktober 2008;

elijan la ley estatal que rige su contrato (*Parteiautonomie*). Ésta es el homólogo de la autonomía de los particulares (*Privatautonomie*): mientras que esta última se refiere a la libertad de las partes para

P. FRANZINA, "Le soluzioni dei Principi dell'Aja in tema di esistenza e validità della *electio iuris*: quali spunti per una ipotetica revisione del Regolamento Roma I?", en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 927-947; P. FRANZINA, "La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il regolamento Roma I", *CDT*, 2016, pp. 221-239; M. HOOK, *The choice of law contract*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2016; N. KYSEL, "Rechtswahl bei Entgeltvereinbarungen im Zusammenhang mit einem Darlehen: Möglichkeiten und Grenzen", *Wertpapiermitteilungen*, 72, 48, 2018, pp. 2266-2271; S. KÜHN, *Rechtswahlbeschränkungen zum Schutz des Schwächeren: Wertungswidersprüche und Inkohärenzen im internationalen Schuldrecht der Europäischen Union*, Frankfurt am Main, PL Academic Research, 2016; S. LEIBLE, "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales", *CDT*, 2011, vol. 3, n. 1, pp. 214-233; S. MAIRE, *Die Quelle der Parteiautonomie und das Statut der Rechtswahlvereinbarung im internationalen Vertragsrecht: eine Untersuchung zum auf die Rechtswahl anwendbaren Recht in der Schweiz, der EU und den USA mit Hinweisen zur Schiedsgerichtsbarkeit und zur Wahl von Einheitsrecht*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2011; P. MANKOWSKI, "The role of party autonomy in the allocation of jurisdiction in contractual matters", en F. FERRARI/F. RAGNO (ed.), *Cross-border litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, CEDAM, 2015, pp. 97-125; P. MANKOWSKI, "Dépeçage unter der Rom-IVO", *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Sellier, 2010, pp. 261-281; P. MANKOWSKI, "Just how free is a free choice of law in contract in the EU?", *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 231-258; F. MAULTZSCH, "Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?", *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 466-491; H. NAKAMURA, "Floating choice of law' clause, change of the applicable law in international contracts", *Japanese Yearbook of Private International Law*, vol. 8, 2006, pp. 130-183; M. ÖMÜR, *Rechtswahl als Rechtsgeschäft: Wirksamkeitsvoraussetzungen und das auf sie anwendbare Recht nach europäischem internationalen Privatrecht*, Jena, JWV, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2016; M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2015; S. PATTI, "Autonomia negoziale nei codici civili europei e nei contratti transnazionali", en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 271-280; G.P. ROMANO, "Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives", *JDI Clunet*, 2007, pp. 473-495; J.W. RUTGERS, "Choice of law in b2b contracts: the law of the jungle: exploratory interviews with Dutch lawyers", *European Review of Contract Law*, 14, 3, 2018, pp. 241-268; Y.L. TAN, "Post-dispute agreements on choice of law", *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 35-70; C.F. WETZLER, *Rechtswahlklauseln*, Köln, O. Schmidt, 2005.

determinar por ellas mismas el contenido material del contrato, la autonomía conflictual significa la libertad de las partes para elegir el ordenamiento jurídico que regirá su contrato(3). La contratación internacional es el ámbito natural, aunque no el único, en el que, desde hace siglos, opera la autonomía conflictual (*kollisionsrechtliche Freiheit der Rechtswahl*).

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. UNA BREVE PÁGINA DE HISTORIA

2. La autonomía de la voluntad es un punto de conexión de muy profundas raíces históricas. Su nacimiento y expansión pueden concretarse en las siguientes fases, bien expuestas por autorizada doctrina(4). Algunos precedentes curiosos pueden encontrarse en la Edad Antigua (como en el Egipto ptolemaico), como ha expuesto J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, pero es en la Alta Edad Media cuando se puede identificar una fase muy rudimentaria y primitiva en ciertos actos unilaterales, tales como donaciones y dotes matrimoniales(5). En efecto, tales actos se sujetaban a la ley personal del donante, de la que este hacía "profesión" (*Professio Juris*). Ahora bien, en ciertos casos, este sujeto otorgaba el acto con arreglo a otra ley distinta. Ya en la Baja Edad Media, el gran estatutario italiano del siglo XV, ROCHUS CURTIUS, nacido en Ticino y consejero en el Senado de Milán, fue el primero en indicar, con extrema brillantez, que los contratos

(3) S. LEIBLE, "Artikel 3 ROM I", en R. HÜSSTEGE/H.-P. MANSEL (Hrsg.), *Rom-Verordnungen. NomosKommentar BGB*, vol. 6, 3ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2019, p. 66.

(4) T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, pp. 582-687 ; E. VITTA, *Diritto internazionale privato e processuale*, Utet, Torino, 3ª ed., 1987, pp. 313-340; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en "Trattato di diritto civile e commerciale", Giuffrè, Milano, 1974, pp. 291-338; B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, Paris, 4ª ed., 2006, pp. 654-688; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8ª ed., Paris, Dalloz, 2004, pp. 492-517, esp. pp. 514-517; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome II Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 300-362; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 511-550.

(5) J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé", *RCADI*, vol. 156, 1977, pp. 233-376; ID., "Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema", *ADI*, vol. IV, 1977-1978, pp. 89-136.

se rigen por la ley del país de su conclusión, porque esa es la ley que las partes, implícitamente, habían elegido. Posteriormente, el criterio de la autonomía de la voluntad fue potenciado de forma extraordinaria por el maestro CH. DUMOULIN en el célebre dictamen de los esposos De Ganey (1525): los contratos matrimoniales deben regirse por la ley que las partes han elegido implícita o expresamente y debe presumirse que dicha ley es la del lugar del primer domicilio del marido. La autonomía de la voluntad conflictual se abrió camino con firmeza.

3. Mucho más tarde, ya en el siglo XIX, el criterio de la autonomía de la voluntad cosecha victoria tras victoria en numerosos países europeos. La Cour de Cassation francesa dictó el 5 de diciembre de 1910 una sentencia de capital importancia (*American Trade Company*), que disipó todas las dudas: los contratos se rigen por la ley elegida por las partes(6). A partir de ese momento, todos los países europeos aceptaron la autonomía de la voluntad conflictual como el primer criterio para determinar la ley reguladora de los contratos internacionales.

4. Este escenario favorable a la autonomía de la voluntad conflictual hizo que fuera sencillo que el Convenio de Roma de 19 junio de 1980 acogiera el criterio de la autonomía de la voluntad como punto de conexión principal en materia de contratos con el pleno beneplácito de todos los Estados partes en el mismo. Por otro lado, también otros Convenios internacionales que regulan la contratación internacional recogen este criterio de conexión en materia contractual, como recuerda O. LANDO (7).

III. VENTAJAS PRÁCTICAS DE LA LIBRE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL

5. La elección de ley es un contrato en sí mismo, regulado por el Reglamento Roma I en sus elementos esenciales(8). El punto de

(6) Sent. Cour Cass. Francia 5 diciembre 1910, *American Trading Company vs. Quebec Steamship* [RCDIP, 1911, p. 395, JDI Clunet, 1912, p. 1156, Sirey, 1911.1, p. 129].

(7) O. LANDO, "The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles", *RCADI*, 1984, vol. 189, pp. 225-448; *Id.*, "Contracts", *IECL*, vol. III, Chapter 24, 1976; *Id.*, "The Principles of European Contract Law and the Lex Mercatoria", *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 391-404.

(8) M. AHMED, "The nature and enforcement of choice of law agreements", *Journal of Private international Law*, 2018, pp. 500-531; J. FOYER,

conexión "autonomía de la voluntad" presenta ventajas innegables, bien sistematizadas por S. ARNOLD, que justifican su posición como primer criterio de determinación de la ley reguladora de los contratos internacionales en el Reglamento Roma I(9).

En primer lugar, la elección de ley del contrato por las partes fija de modo estable y previo el Derecho estatal que regula el contrato. De ese modo, se garantiza una seguridad jurídica preventiva, pues las partes pueden adaptar sus comportamientos a dicha ley. Incluso en el supuesto de que no surja nunca una controversia entre las partes, es útil para ellas conocer cuál es la ley que rige su contrato. De esta forma, los contratantes podrán cumplir con el contrato de un modo correcto, esto es, con pleno ajuste a Derecho. Por otro lado, las partes conocen *ex ante* que el contrato se rige por la ley que han elegido. No quedan sujetas a lo que pueda indicar un juez o un árbitro sobre cuál es la ley aplicable al contrato, lo que podría producir resultados inesperados para las partes y crearlas incerteza jurídica en torno a la precisión de la ley del contrato.

En segundo lugar, la cláusula de elección de ley aplicable al contrato evita ulteriores controversias entre las partes en torno a cuál es la ley del contrato. Autores como O. KAHN-FREUND, W. WENGLER y M. VIRGÓS SORIANO han puesto de relieve este dato con solvencia(10). En tal sentido, cuando el contrato está dotado de una cláusula de

"Le contrat d'«electio iuris» à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 169-179; P. FRANZINA, "Le soluzioni dei Principi dell'Aja in tema di esistenza e validità della *electio iuris*: quali spunti per una ipotetica revisione del Regolamento Roma I?", en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 927-947; P. FRANZINA, "La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il regolamento Roma I", *CDT*, 2016, pp. 221-239.

(9) 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. PATTI, "Autonomia negoziale nei codici civili europei e nei contratti transnazionali", en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 271-280.

(10) O. KAHN-FREUND, "La notion anglaise de la *proper law of the contract* devant les juges et devant les arbitres. Ses développements récents et des affinités avec l'avant-projet européen d'unification des règles de conflit en la matière", *RCDIP*, 1973, pp. 607-617; W. WENGLER, "L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable", *RCDIP*, 1990, pp. 663 y ss.; M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales" en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-208; Id., "Art. 10.5 Cc.", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz*

elección de ley, las partes no litigarán sobre cuál es la ley reguladora del contrato. Por ello, puede afirmarse que la cláusula de elección de ley reduce costes de *enforcement* del contrato. Dicha cláusula evita litigar sobre la determinación de la ley del contrato. Por esta razón, se afirma que la elección, por las partes, de la ley del contrato despliega una “función profiláctica”, pues evita conflictos jurídicos.

En tercer lugar, en presencia de una cláusula de elección de ley del contrato, el juez estatal y/o el árbitro que deben zanjar la controversia ya conocen qué ley concreta debe regir el contrato: es la ley elegida por las partes. De este modo, el juez o el árbitro no tiene que fijar la ley del contrato. No debe emplear recursos de la Administración de Justicia ni tiempo en ello. Por tanto, la elección de ley por las partes ayuda a una buena administración de la justicia. Debe recordarse, con J. MEEUSEN, que la buena administración de la Justicia es una faceta innegable de la eficiencia con soporte constitucional(11).

En cuarto lugar, la elección de ley permite a los contratantes someter su relación jurídica al “Derecho material más adecuado” a sus intereses, exponen P. MAYER / V. HEUZÉ(12). En este sentido, este punto de conexión permite satisfacer los intereses privados de las personas que operan en un contexto económico internacional. 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 escasos recursos 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. Desde este punto de vista, la autonomía de la voluntad conflictual sintoniza con la idea de eficiencia: la ley elegida por las partes es la que mejor resuelve los conflictos entre ellas porque es la que les permite solventar tales disputas al menor coste posible, como muestra S. DNES(13). Es la ley que les permite,

Alabart), 2ª ed., tomo I, vol. 3, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1995, pp. 609-694.

(11) J. MEEUSEN, “Comparing Interstate and European Conflict of Laws from a Constitutional Perspective: Can the United States Inspire the European Union?”, *American journal of comparative law*, 2019-3, pp. 637-676.

(12) P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 511-550.

(13) S. DNES, “Promoting efficient litigation?”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 463-473.

en una mayor medida, ahorrar costes de transacción en los negocios internacionales, subraya P. MANKOSKI (14). Y, de este modo, se protege también la alteridad, el derecho a ser diferente y a disponer de unas reglas jurídicas propias, precisa H. MUIR WATT (15).

IV. CRÍTICAS A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL COMO PUNTO DE CONEXIÓN EN EL SECTOR CONTRACTUAL

6. El punto de conexión “autonomía de la voluntad conflictual” ha sido criticado, especialmente a principios del siglo XX, por dos motivos principales (16).

Se ha dicho que la fuente de una obligación no puede encontrarse en la voluntad de los contratantes sino en la ley. Se dice que los contratantes no están por encima de la ley, razón por la que no pueden elegir la que rige su contrato, en la clásica formulación de J.-P. NIBOYET (17). Sin embargo, la crítica es fácilmente superable. La facultad de elegir la ley del contrato deriva de la ley, y en concreto, de la norma de conflicto de la *Lex Fori*, como muy bien explica S. LEIBLE (18). La norma de conflicto permite a las partes elegir la ley que regula su contrato (*Lex Contractus*) y traza los límites en los que se debe ejercer la facultad de la elección de la ley reguladora del contrato. Las obligaciones contractuales encuentran su fuente en la *Lex Contractus*, en la ley elegida por las partes, y no en una mera voluntad de las partes situada *supra legem*. Escribe M.-P. WELLER,

(14) P. MANKOWSKI, “Art. 3 RR-I”, en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 87-263.

(15) (0) H. MUIR WATT, “Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l’inter-altérité)”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 2018, t. 389, pp. 1-410.

(16) A. PILLET, “La théorie générales des droits acquis”, *RCADI*, 1925, vol. 8, pp. 489-538; C.L. VON BAR, “Neue Prinzipien und Methoden des internationalen Privatrechts”, *Archiv für öffentliches Recht*, 15, 1900, pp. 1-49.

(17) J.-P. NIBOYET, “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *RCADI*, 1927, vol. 16, pp. 1-116.

(18) S. LEIBLE, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *CDT*, 2011, vol. 3, n. 1, pp. 214-233; S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento ‘Roma I’”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568; S. LEIBLE / M. LEHMANN, “Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (‘Rom I’)”, *Recht der Internationalen Wirtschaft – RIW*, vol. 54, 2008, núm. 8, pp. 528-544.

además, que la norma de conflicto, por su neutralidad, mantiene el equilibrio entre los contratantes (19).

También se ha subrayado que la voluntad de las partes deroga las disposiciones imperativas de ciertas leyes estatales, lo que no puede admitirse, pues tales disposiciones imperativas no admiten derogación por los contratantes, ya que reflejan imperativos morales de toda la sociedad, indican B.G. ROBBINS / E. KISER (20). En efecto, la ley elegida por los contratantes permite a estos descartar las disposiciones imperativas de ciertas leyes estatales que presenten una conexión significativa con el contrato. Sin embargo, por otro lado, no puede admitirse que la voluntad de las partes “derogue” las disposiciones jurídicas imperativas. Parece una contradicción, advierte J. CLAVEL-THORAVAL (21). Pero esta crítica se desarma sin problemas especiales gracias a la distinción practicada por K. NEUMAYER (22). Existen dos tipos de normas imperativas. En primer lugar, las normas no derogables por contrato o normas simplemente imperativas, que protegen intereses privados y proporcionan la “estructura ósea fundamental” del contrato, el “modelo de contrato” de ese país. Estas normas se aplican solamente si es la ley del país la que rige el contrato, bien porque se trata de contratos “internos” (= sin elementos extranjeros), o bien porque dichos contratos están regidos por dicha ley estatal. En segundo término, las normas llamadas “internacionalmente imperativas” o “leyes de policía”, que protegen y defienden intereses públicos o colectivos, son aplicables a todo contrato internacional, con independencia de la ley elegida por las partes, en la medida en que sea necesaria su aplicación para la salvaguarda de tales intereses públicos o colectivos. En relación con estas normas e intereses, la facultad de la que disponen las partes para elegir la ley del contrato (= autonomía de la voluntad conflictual) no deroga ni se sitúa “por encima” de estas disposiciones (“internacionalmente”) imperativas.

(19) M.-P. WELLER, “Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der ‘klassischen’ IPR-Dogmatik?”, *IPRax*, 2011-V, pp. 429-436.

(20) B.G. ROBBINS / E. KISER, “Culture, Coercion, and Compliance”, septiembre 2018, en <https://ssrn.com/abstract=3264020> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264020>.

(21) J. CLAVEL-THORAVAL, “L’incidence de la liberté contractuelle sur l’application des dispositions d’ordre public”, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 141, 2018, pp. 52-58.

(22) K.H. NEUMAYER, “Autonomie de la volonté et dispositions imperatives en droit international privé des obligations”, *RCDIP*, 1957, pp. 579-604 y 1958, pp. 53-78.

V. RAZONES PARA ELEGIR UNA CONCRETA LEY ESTATAL COMO *LEX CONTRACTUS*

7. El criterio de la autonomía de la voluntad conflictual permite posibilidades muy amplias y diversas a los contratantes. En efecto, los contratantes pueden elegir una concreta ley estatal como ley reguladora de su contrato por razones diversas, como ha expuesto la doctrina(23).

8. Así, las empresas pueden sujetar al mismo Derecho estatal todos los contratos internacionales que celebran, lo que le supone un ahorro de costes de transacción en la redacción de sus contratos, ya que supone una "estandarización" de los aspectos de ley aplicable de todos los contratos de la empresa (economías de escala en la redacción de los contratos de la empresa). Por otro lado, las partes pueden elegir un "Derecho neutral" para los contratantes, sin imponer la ley del contratante X al contratante Z ni viceversa. Ello propicia la celebración del contrato internacional y evita suspicacias nacionalistas de los contratantes.

9. Del mismo modo, los contratantes pueden optar por la aplicación de la ley estatal cuyo contenido les sea más satisfactorio para ellos o para su concreto negocio jurídico. Porque, como pone de relieve J. HOFFMANN, cada tipo de contrato es diferente y busca su propia ley reguladora adaptada a su estructura(24). En tal sentido, los contratantes pueden elegir, por ejemplo, la ley de un país que ha ratificado un determinado convenio internacional cuya aplicación conviene a las partes, explica J.-M. JACQUET, o la ley de un país que disponga de normas jurídicas de alta calidad en materia contractual(25). Así, es frecuente también que ciertos contratos internacionales se sujeten al Derecho inglés, porque en tal ordenamiento jurídico, el juez no dispone de la facultad de completar o corregir el tenor de las cláusulas del contrato, de modo que las partes se sien-

(23) Vid. D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, pp. 589-604; M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales" en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-208.

(24) J. HOFFMANN, "Aufklärungspflichten bei Formularverträgen mit Sprachkundigen (BAG, S. 562)", *IPRax*, 2015-4, pp. 528-531. También K. DIARAOUANE / C.J. SERHAL, "La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique", *RDAl/IBLJ*, 2009, pp. 115-123.

(25) J.-M. JACQUET, *Principe de autonomie et contrats internationaux*, París, 1983, pp. 90-91; Id., "Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats", *JDI Clunet*, 1991, pp. 679-689.

ten seguras de que su voluntad no será tergiversada (26). Por ello, innumerables contratos de transporte marítimo se someten por sus contratantes al Derecho inglés y a los tribunales ingleses, aunque ni los contratos ni los contratantes nada tienen que ver con Inglaterra, apunta P. OSTENDORF (27). La frecuente elección del Derecho inglés como *Lex Contractus* puede explicarse por varios factores: (i) El Derecho inglés es rígido. Lo pactado por las partes en el contrato es sagrado (= *the sancity of the contract*). Las partes que no desean que los jueces sean demasiado creativos y modifiquen el contrato ante causas de fuerza mayor, eventos imprevistos, etc., eligen al Derecho inglés; (ii) Es preciso destacar la alta calidad de la labor de los jueces ingleses. Los tribunales ingleses llevan varios siglos fallando en relación con transacciones internacionales. Están habituados a las vicisitudes del comercio internacional y por eso, se dice, la jurisprudencia inglesa presenta una calidad muy notable y poco provinciana; (iii) No debe olvidarse tampoco el protagonismo legal anglosajón en el siglo XXI. La mayor parte de los contratos internacionales actuales se construyen sobre formularios y modelos escritos en idioma inglés y diseñados por los juristas de empresas norteamericanas. Visto que el Derecho norteamericano bebe, en una dosis muy notable, del Derecho inglés, ello potencia la elección del Derecho inglés; (iv) Los contratos internacionales de importancia económica elevada suelen ser muy extensos y detallados. El Derecho inglés es un ordenamiento diseñado para este tipo de contratos, un ordenamiento cuya función supletoria del contenido del contrato presenta una relevancia escasa. De todos modos, como indica P. MANKOWSKI, las leyendas y mitos también existen en DIPr. contractual (28). Muy difundida se halla la creencia de que el Derecho inglés regulador del transporte marítimo internacional o de que la ley de Nueva York que regula la emisión y contratación de bonos, préstamos y en general de productos financieros, como los *ISDA agreements*, no tienen rival. En ocasiones, son los asesores legales los que convencen a sus clientes, y estos a la otra parte, de que estas elecciones de ley son las más convenientes. De este

(26) S. SÁNCHEZ LORENZO (coord.), *Derecho Contractual Comparado. Tomo I y II. Una perspectiva europea y transnacional*, 3ª ed., 2017.

(27) P. OSTENDORF, "The exclusionary rule of English law and its proper characterisation in the conflict of laws – is it a rule of evidence or contract interpretation?", *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, pp. 163-183.

(28) P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 87-263.

modo, con frecuencia, la ley elegida es la que más conviene a tales asesores legales (= que aseguran así la aplicación de la misma ley a todos los contratos en cuya elaboración participan), y no la ley que más conviene a las partes concretas de un contrato en particular. Ello puede comportar problemas de consentimiento de las partes en relación con la ley elegida a las partes (art. 3.5 RR-I).

10. La libre elección de la ley aplicable a los contratos internacionales permite una vida más flexible y líquida. Se trata de un punto de conexión flexible, los contratantes eligen con libertad y dentro de ciertos límites poco estrictos, la ley estatal que prefieren ver aplicada a su contrato. 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, como hace notar Z. BAUMAN(29). Por tanto, la autonomía de la voluntad conflictual permite a los contratantes una vida más flexible y líquida, pues eligen el modelo legal que prefieren para su contrato y además pueden cambiarlo si lo desean mediante la elección de otra ley estatal.

11. No obstante lo anterior, como ha demostrado F. PIETRANGELI, la mayor parte de los contratantes prefieren la aplicación al contrato de aquellas leyes estatales que conocen y con arreglo a las cuales están habituados a comportarse jurídicamente(30). La aplicación de dichas leyes les provoca, lógicamente, costes de información escasos, en todo caso inferiores a los que les provocan otras leyes estatales que no conocen en absoluto o que solo conocen parcialmente o con menor intensidad(31). En el fondo, como expone F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en la mayor parte de los casos, un contratante español prefiere la aplicación al contrato del Derecho español, mientras que un contratante francés prefiere que el contrato quede sujeto al Derecho francés(32). Pero no porque el contratante español piense que el Derecho francés, el japonés o el alemán son “peores” que el Derecho español, sino porque ya conoce el Derecho español y no tiene que investigarlo ni que adaptar su comportamiento *ex novo* a tal

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

(30) F. PIETRANGELI, “Clausola di individuazione della legge applicabile”, en M. CONFORTINI, *Clausole negoziali (Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche)* UTET, 2017, pp. 1054-1129.

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

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

ordenamiento jurídico y porque desconoce los demás Derechos extranjeros. Lo más frecuente es que, aunque el Derecho alemán sea más ventajoso para el contratante español que el Derecho español, dicho contratante prefiera que su contrato quede sujeto al Derecho español (33). Ello es así porque la investigación del Derecho alemán y la adaptación a dicha ley le comporta unos costes conflictuales tan elevados que no le compensa (34). Una perspectiva de *Behavioral Law and Economics* explica este fenómeno: según indica P. MANKOWSKI, la psicología de los contratantes constituye un elemento muy importante que permite comprender por qué se ha elegido una ley u otra como marco legal de un contrato internacional (35). Ejemplo: en un contrato de licencia de patente, en el que el licenciataria es una empresa española y la licenciataria es una empresa polaca, es posible que el Derecho más conveniente para la empresa española sea el Derecho lituano. Tal Derecho le proporciona una ventaja de (+50). Sin embargo, el contratante español no conoce nada del Derecho lituano, de modo que tiene que invertir tiempo y dinero en expertos legales lituanos, traducción jurídica del lituano, adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho lituano. Tales costes de información sobre el Derecho lituano ascienden a (-30). En consecuencia, la ventaja real de la aplicación del Derecho lituano al contrato resulta ser de (+20) para el contratante español. Por el contrario, la aplicación del Derecho español al contrato le comporta unas ventajas de (+30), claramente inferiores a las ventajas que, en principio, le comportaba el Derecho lituano (+50). Sin embargo, esto es una mera impresión. Visto que el contratante español conoce su propio Derecho, no debe invertir cantidades adicionales elevadas en averiguar el tenor y la interpretación del Derecho español y en expertos legales españoles (= costes de información: -5).

(33) R. WAGNER, "Der Grundsatz der Rechtswahl und des mangels Rechtswahl anwendbarer Recht (Rom I-Verordnung)? Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung", *IPRax*, 2008, pp. 377-386.

(34) L.F. CARRILLO POZO, "La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia", *Poder Judicial*, n. 74, 2004, pp. 11-46; L.F. CARRILLO POZO, "Rigor mortis (La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980)", en AA.VV. (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas. Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 11-41.

(35) P. MANKOWSKI, "Art. 3 RR-I", en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 87-263.

En consecuencia, mientras la ventaja real de la aplicación del Derecho lituano es de (+20) debido a los altos costes de información sobre tal ordenamiento jurídico, la ventaja real de la aplicación del Derecho español es de (+25). Por eso, aunque parezca paradójico, y como ha indicado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el contratante español preferirá elegir el Derecho español a su contrato antes que el Derecho lituano, aunque este es, objetivamente, más favorable a sus intereses (36).

12. Por todas estas razones, el punto de conexión "autonomía de la voluntad conflictual" es un punto de conexión "no ciego" a los resultados materiales. En efecto, los contratantes tienen en cuenta el "contenido sustancial" del Derecho aplicable elegido y lo eligen porque su contenido sustancial les conviene, ya que les genera "costes conflictuales" reducidos. Ello produce una "libre competencia entre las leyes estatales" que favorece los intereses de las partes al ampliar su posibilidad de escoger el producto jurídico mejor para sus intereses (37).

VI. EL TRIUNFO DE LA "AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL" EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

1. Un orden constitucional policéntrico

13. 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, precisa S.M. CARBONE. 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., como han indicado M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (38). Se trata de un "orden constitucional policéntrico" (R. BARNNET) en el que los particulares bien informados

(36) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 122-129; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Règle de conflit et théorie économique", *RCDIP*, 2012, pp. 521-538;

(37) M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado de destino", *Indret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm. 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20.

(38) M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Es-

prefieren las regulaciones que resultan mejores para sus intereses y descartan las regulaciones más deficientes y oportunistas(39). La idea es antigua pero resulta muy certera. Ya fue defendida con vehemencia por J. STUART MILL: "*las personas son los mejores jueces de sus propios intereses*". Ello significa que, para unas concretas personas, las reglas que estas elaboren (= "Derecho voluntario") serán siempre mejores que el Derecho objetivo fabricado por el Estado (= "Derecho dirigista" / "Derecho imperativo"). 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. Ello conducirá, necesariamente, como sugiere J.-S. BERGÉ, al resultado más eficiente(40). Por eso también elaborar un cuerpo legal único de Derecho privado para el comercio internacional no constituye una solución eficiente, apunta L. DE ALMEIDA(41).

2. La autonomía de la voluntad conflictual toma el poder en el Derecho internacional privado europeo

14. En Derecho internacional privado, la autonomía de la voluntad conflictual significa 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 interés público, general o estatal ni a particulares situados en posiciones negociadoras débiles(42).

tado de destino", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm. 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20.

(39) 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.

(40) J.-S. BERGÉ, "De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé: figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux", *JDI Clunet*, 2013, núm. 1, pp. 3-25.

(41) L. DE ALMEIDA, "Rise and fall of the classic concept of private law: lessons from the legal consciousness of European private law", *DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 1, n. 1, pp. 95-128, Jul/Dez 2018.

(42) M.M. ALBORNOZ/N. GONZÁLEZ MARTÍN, "Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts", *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 437-465; F. MAULTZSCH,

15. No obstante, corresponde al Derecho elaborado por el Estado desarrollar varias funciones clave. En primer lugar, el Derecho imperativo debe fijar las reglas imperativas que permitan a las partes alcanzar acuerdos entre ellas y que garanticen que tales acuerdos se cumplan (*enforcement*). La autonomía de la voluntad despliega también una función de des-selección de normas y ello, señala C. GONZÁLEZ BEILFUSS, no debe perjudicar la regulación de sectores sensibles e importantes desde el punto de vista social, como la familia (43). Debe también 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 (44). Con ello se persigue, en la medida de lo posible, que tales sujetos puedan negociar y elegir libremente en un plano de igualdad. Por otra parte, el Derecho imperativo debe crear normas objetivas 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.

16. La autonomía de la voluntad conflictual ha alcanzado, apunta F. MAULTZSCH, el rango de solución de valor general para el DIPr. europeo (45). Por coherencia estructural del Derecho privado, la expansión de la autonomía de la voluntad conflictual en DIPr. encaja con la expansión de la autonomía material en amplios sectores del Derecho

"Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?", *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 466-491; A. MILLS, *Party autonomy in private international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; H. MUIR-WATT, "Party autonomy' in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance", en *Private international law and public law*, vol. II, Cheltenham, Elgar, 2015, pp. 381-414; S. SYMEONIDES, "Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective", en K. BOELE-WOELKI/T. EINHORN/D. GIRSBERGER/S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr*, München, Schulthess, 2010, pp. 513-550 (p. 540).

(43) C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia", *REDI*, 2020-1, pp. 101-116.

(44) F. MAULTZSCH, "Choice of Law and ius cogens in Conflict of Laws for Contractual Obligations – Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht", *RabelsZ*, 2011, pp. 60-101.

(45) F. MAULTZSCH, "Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?", *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 466-491.

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 libre elección de la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales constituye la mejor solución jurídica de DIPr. (= 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. El necesario estudio del Derecho comparado muestra que existen regulaciones más eficientes para ciertas personas y empresas que para otras, observa J. SCHACHERREITER (46). Por eso, siguiendo la idea magistralmente expuesta por R. CABRILLAC, la autonomía de la voluntad conflictual es un punto fundamental de la estructura constitucional del DIPr. europeo (47). Es el auténtico e imbatido campeón del DIPr. europeo de los contratos, escribe P. MANKOWSKI, pero también de otros muchos sectores (48).

17. 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, apunta H. GROSSE RUSE-KHAN (49). Esta visión eficiente es, como expone P. KINSCH, una aportación positiva del Derecho neoliberal de nuestro tiempo (50).

(46) J. SCHACHERREITER, "Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung -- Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung", *RabelsZ*, 2013-2, pp. 272-299.

(47) R. CABRILLAC, "Le Code Civil est-il la véritable Constitution de la France?", *Revue Juridique Thémis*, n. 39, tomo 3, 1994, Québec, pp. 245-269. Vid. también, F. RIELÄNDER, "Überlegungen zu einem allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts", en *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler: München 2016*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 303-333.

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

(49) H. GROSSE RUSE - KHAN, "A conflict-of-laws approach to competing rationalities in international Law. The case of plain packaging between IP, trade, investment and health", *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 309-348, también en Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-05, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2204980> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2204980>.

(50) P. KINSCH, "Trois visions de l'avenir d'un droit international privé néolibéral", en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 165-193.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA HOY

Tomás Rubio Garrido

Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla

Resumen: En los últimos 30 años, en particular, las modificaciones que sufre el Derecho de familia son numerosas y profundas. Ello ha determinado un interés intensísimo en la literatura de toda índole sobre la materia, hasta el punto de quedar en el centro de los debates más vivos que hoy se suscitan sobre temas jurídicos, con enfoques políticos y culturales. El presente trabajo quiere subrayar que, para comprender mejor el presente, es necesario no perder de vista las razones de la regulación histórica y exponer cautelas y advertencias de cierta gravedad sobre las orientaciones predominantes que la reflexión teórica presenta hoy en esta materia.

Palabras clave: Familia, ideología, cuadro histórico, publicación, ingeniería social.

Abstract: In last 30 year, in particular, changes on Family Law are deep and overwhelming. Due to this, a large mass of publications has been produced, that arises a keen political and social interest. This essay tries to underline that in order to understand present regulations is essential to bear in mind past *rationes*. And tries to show dangers and perplexities that generate current lines of reflection on this matter.

Key words: Family, ideology, historical setting, publication, social engineering.

SUMARIO

- I. LA NOCIÓN JURÍDICA DE FAMILIA
- II. EL DERECHO DE FAMILIA: SURGIMIENTO Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA

- III. EL TERREMOTO DE LOS ÚLTIMOS 30 AÑOS
- IV. NATURALEZA DEL DERECHO DE FAMILIA Y CARACTERES
- V. ALGUNOS RASGOS PECULIARES DE LA MATERIA OBJETO DE REGULACIÓN POR EL DERECHO DE FAMILIA
- VI. UNA OJEADA A ALGUNOS CAMBIOS HISTÓRICOS EN ESTA MATERIA
- VII. INTENTO DE VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL
- VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. LA NOCIÓN JURÍDICA DE FAMILIA(1)

De todos es sabido que es usual iniciar esta parte del Derecho civil intentando dar un concepto jurídico de familia. Y que, hoy, suele también concluirse que no existe uno cerrado e inmutable en nuestras normas vigentes.

De hecho, es habitual recalcar que, cuando se regulan las relaciones matrimonial y paterno-filial, el legislador parece tener implícita una idea muy cercana a la llamada, en sociología, “familia nuclear” (padres, hijos, abuelos)(2); pero parece irrumpir una noción algo diferente cuando se delimita la condición de heredero *ab intestato* (arts. 930 y ss. Cc), o cuando se estudia la obligación de alimentos (art. 143 Cc), más cercana a lo que en sociología se llama “familia

(1) Las páginas que siguen recogen, en su sustancia, las lecciones universitarias orales de apertura del curso de Derecho de familia del año académico 2020-2021. Ello justifica algunos excesos “explicativos” que para el lector avezado resultarán superfluos, y la escasez de referencias bibliográficas.

Ha de tenerse presente, pues, su génesis modesta. Ruego, por ello, benevolencia, en particular con algunas frases quizá demasiado rotundas, inspiradas por el *animus docendi*, en busca de captar la atención en un público que no suele andar sobrado de interés ni de mimbres culturales.

(2) Cfr. arts. 495.I, 524, 526, 1318.III, 1319, 1320, 1357, 1584, 1824. II, 1910, 1924.2, B, C y F del Código civil, etc. La expresión “Libro de familia”, está en el art. 36 RRC.

troncal”(3); otras veces, se habla por el legislador de familia en sentido mucho más restringido, sin englobar a los hijos ya emancipados, aludiendo solo a los convivientes en un hogar (“unidad familiar”, por ejemplo, en el IRPF).

De hecho, también es habitual recalcar que en la Constitución (véase el art. 39.1, por ejemplo) no se fija ningún concepto jurídico de familia a proteger, siendo su concreción materia que queda a disponibilidad del legislador ordinario(4).

Por otra parte, no solo ocurre que hay distintas ideas de familia con eco en las leyes presentes; es que es este un terreno que también acusa notables cambios con el paso del tiempo y, en particular, en los últimos cincuenta años. Como ejemplo objetivo, es notoria la tendencia actual a que las leyes tengan menos en cuenta concreciones de la llamada “familia troncal”: así, se circunscribió en 1928 al cuarto grado colateral la condición de heredero *ab intestato* (en el Cc originario se extendía hasta el 6º grado)(5); desapareció en 1983 el Consejo de Familia, órgano que se componía de determinados parientes y que tenía atribuciones en ciertos temas importantes(6); se restringió en 1981 el ámbito subjetivo del impedimento de parentesco para el matrimonio (arts. 47 y 178 Cc), lo que de hecho ha sufrido un nuevo retoque en ese mismo sentido en la reforma de 2015, etc.

Otro ejemplo de los cambios en esta materia es que hasta hace bien poco no integraba el concepto jurídico de familia la filiación extramatrimonial, o lo hacía desde una consideración exigua y con peor trato, y hoy indudablemente sí y con igualdad de efectos. Tampoco era familia la *unión de hecho* (tradicionalmente llamada concubinato

(3) PEÑA, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, también alude a los arts. 1056.II y el originario 1247 Cc, o al art. 160.2 Cc (a veces, esta noción de familia se sustancia en el concepto técnico de **parentesco**).

(4) SSTC 268/88 y 184/90. Ello es una diferencia importante de nuestra Carta Magna con pronunciamientos de algunas cartas constitucionales de países de nuestro entorno.

Asimismo, es usual destacar que puede el legislador ordinario modular diferentes grados de protección para diversas formas o modalidades de relaciones familiares, siempre que supere el umbral de razonabilidad ex art.14 CE, y que queden respetados el principio de igualdad de todas las filiaciones, el de igualdad entre los cónyuges o asimilados y el contenido esencial de todos los derechos fundamentales.

(5) Y el proyecto de Ley que había remitido el Gobierno a la Asamblea nacional proponía la reducción al tercer grado, lo que pareció excesivo a la Cámara, pero que quizá hoy ya no se considerase de tal modo.

(6) Que nuestro Cc copió del *Code*, y que ni tenía, pues, tradición entre nosotros ni se caracterizó por funcionar ágil o probamente.

y considerada históricamente incluso un ilícito civil) y ya también lo es en el dato legal vigente. Y no lo eran las uniones homosexuales, y hoy sí, ya sea en su forma de unión de hecho o incluso en forma de matrimonio tras la Ley 13/2005, de 1 de julio.

Lo cual viene corroborado por el hecho de que si a la variabilidad histórica que hemos constatado en nuestro ordenamiento añadiéramos la variabilidad que podría apreciarse con un mero estudio de otros ordenamientos, comprobaremos una apreciableísima multiformidad del fenómeno “familia” que resulta formalizado por cada ordenamiento jurídico.

De todo ello, se nos ha de seguir el consejo de que, al manejar nociones de familia, a los efectos de interpretar y aplicar el Derecho vigente, hay que intentar no ser aprioristas. No podemos, en el plano aplicativo del Derecho, emplear sin cautelas algunas definiciones que aún aparecen en ciertos manuales u obras sobre la materia (sobre los que el paso del tiempo ha dejado una erosión objetiva) ni las que proporcionen determinadas visiones éticas o propagandas políticas. Debiéndonos, además, fijar no solo en lo que las distintas leyes vayan diseñando, sino también –y muy especialmente– en lo que se desprende de los usos y prácticas sociales, puesto que acaso sea esta la parte del Derecho civil que menos puede limitarse o reducirse a los datos de la mera ley formalmente en vigor.

En esa aproximación funcional como juristas de Derecho positivo resulta poco útil perderse en meditar sobre si todo en la regulación jurídica de las relaciones familiares es puramente histórico y variable, o si hay, y en qué medida, un *quid* prejurídico y apriorístico, proporcionado por rasgos humanos innatos o por mandatos ético-morales derivados, por ejemplo, de un “Derecho natural” o de un “Derecho divino”. Lo cual, sea dicho igualmente, en absoluto impide que se puedan mantener valoraciones críticas hacia las regulaciones vigentes, reformas acometidas u orientaciones generales de la praxis o de la jurisprudencia, puesto que eso es inexcusable en todo jurista que, ante todo, es también un ciudadano.

A los meros efectos culturales, eso sí, quizá no esté de más recalcar también que, siendo cierta la enorme mutabilidad de las realidades familiares que resultan objeto de disciplina jurídica, también es cierto que en ellas, y en su instauración y desarrollo, hay factores humanos, naturales o biológicos, difícilmente eliminables y que impregnan o explican todas las regulaciones que en el tiempo se han dado y que pueden estudiarse a lo largo de la geografía universal: fundamentalmente, el instinto sexual humano, no fijable a un momento de celo preciso, a diferencia de lo que ocurre con el resto de

los animales, o el dato de que los hijos necesitan un proceso amplísimo de educación (el humano es el animal que nace con menos adaptación al medio)(7).

II. EL DERECHO DE FAMILIA: SURGIMIENTO Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Es un dato harto llamativo que si consultáramos obras históricas españolas de Derecho civil (me refiero a obras de mediados del S. XIX hacia atrás en el tiempo) no aparece en ellas una parte autónoma o independiente que se rotulara Derecho de familia.

Evidentemente, no quiere ello decir que el Derecho no se ocupara de la familia o de las relaciones familiares. Antes al contrario, pues se trataba de una materia crucial, tanto antaño como lo es hoy. Ocurría que en ella el Derecho civil (sea en cuanto ingrediente medieval del *ius commune*, sea como Derecho real, propio o cesáreo) se remitía virtualmente *in toto* al Derecho canónico (que tenía competencia exclusiva y excluyente en casi todo lo relativo a las relaciones familiares, por su índole espiritual) y se limitaba, pues, a regular solo algunos de sus flecos: algunos estados civiles personales (minoría y mayoría de edad, emancipación, etc.), presupuestos para heredar (parentesco) y obligación civil de alimentos(8).

Si uno examina con atención el vigente Código civil, que en esto es heredero directo del *Code Napoléon*, verá que no hay título, ni capítulo que se dedique al "Derecho de familia", a diferencia de lo que ocurre con el resto de las usuales partes del Derecho civil, que sí aparecen (bajo libro autónomo o no), con clara separación. Junto a las tradicionales regulaciones del parentesco (en sucesiones) y alimentos y estados civiles (en el libro primero), aparece la regulación del matrimonio (también en el Libro I, lejos de los contratos) y del régimen económico matrimonial (esto sí, en el Libro de los contratos).

(7) Una interesantísima reflexión, histórica y conceptual, en HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, Barcelona, 1987, pp. 131 y ss.

(8) Cuyo tratamiento jurídico, a su vez, se fragmentaba, más allá del régimen general, en numerosos lugares y reglas especiales (en conexión con ciertas relaciones paterno-filiales, en el seno del matrimonio, en los procedimientos concursales y de división de herencia, en la ausencia, donación, tutela, mujer encinta, legados, mayorazgos, patronatos y capellanías, etc.).

Esta parte, en perspectiva administrativa (planes de estudio universitarios) o sistemática, es, pues, relativamente reciente en la historia del Derecho civil. Parece que tiene su embrión en algunos tratamientos dogmáticos previos a la pandectística alemana, que tuvieron una plasmación en un Código civil prusiano, que dedicó un Libro específico a las relaciones familiares⁽⁹⁾. Parece que de ahí pasó a los estudios pandectistas, que comenzaron a identificar una parte autónoma dedicada a la familia, en el tramo final de la asignatura, y antes del Derecho de sucesiones.

Esto comienza a cuajar en nuestra doctrina, sobre todo, a finales del S. XIX, con un doble dato peculiar. De una parte, un cierto tormento derivado de que se efectuaba aún una importante remisión al Derecho canónico (toda la materia personal del matrimonio de los católicos –mayoría inmensa de la población española–, por ejemplo) y, de otra parte, una extensión objetiva muy amplia, puesto que en ella se estiló incluir el estudio de la tutela y de las instituciones tuitivas (porque –se decía– tenían una regulación inspirada en los principios familiares), el de los regímenes económicos del matrimonio (que igualmente se caracterizarían por sujetarse a los principios propios del Derecho de familia, muy distintos de los principios ordinarios del Derecho patrimonial), la adopción e incluso, a veces, buena parte del tradicional Derecho de sucesiones (legítimas, derechos viduales, etc.).

En un modo que aún está por estudiar a fondo, esta comprensión sistemática del Derecho civil se afianza fortísimamente con el régimen político franquista.

Nos queda de todo esto, como reflejo académico, la presentación incontestada del Derecho de familia como parte especial del Derecho civil; como reflejo procesal, la existencia de tribunales especializados en la materia; y, como reflejo práctico, un subtipo de abogado, que en gran medida es el heredero del que históricamente litigaba en los tribunales eclesiásticos.

Afianzada esta opción sistemática y cultural, podemos destacar algunas consecuencias adicionales, que siguen siendo hoy moneda corriente:

(9) Por cierto, se detenía en regular detalles que hoy llamarían mucho la atención: extremos atinentes al débito conyugal, edad aconsejada como máxima para amamantar, etc.

— Se presenta esta parte como el núcleo más íntimo y delicado del Derecho civil y la familia, como la célula natural y fundamental de la sociedad: “el ente social primario”(10).

— Suele explicarse que el Derecho de familia tiene unos valores y principios generales específicos que, además, son primarios, superiores o prevalentes, en relación con, por ejemplo, los principios patrimoniales o del tráfico, o sobre otros de tipo político.

— Usualmente, la familia se presenta como un ente o entidad o institución que porta consigo unos intereses propios, superiores y distintos a los de sus miembros individuales, y que merece, por ello, una tutela legal específica, que compendia finalidades políticas muy importantes para todo el orden social.

— El matrimonio es una institución crucial, atinente al orden público y a los derechos fundamentales de las personas. Por ello, se dedican amplísimos temas a las relaciones entre el matrimonio civil y el religioso, y sobre la celebración, impedimentos, vicios de consentimiento, causas de nulidad, deberes personales, y atormentadas y muy amplias lecciones sobre nulidad, separación y, en su caso, divorcio.

— Se explica con gran detalle, como Derecho de familia “aplicado”, el llamado régimen económico matrimonial, con desarrollos amplios en todos los Derechos territoriales españoles, englobando figuras como las capitulaciones matrimoniales, las donaciones *propter nuptias* y conexiones incluso sucesorias.

— Forman parte de este Derecho de familia los temas sobre tutela, patria potestad y la filiación, que es una cima de dificultad.

— Los manuales tradicionales tienen una extraordinaria extensión(11).

La promulgación de la Constitución y el diseño de un nuevo orden político en España no alteraron, en principio, nada de lo dicho en cuanto a ubicación, importancia y contenidos del Derecho de familia. Por supuesto, comenzaron a florecer estudios que levantaban acto de la aconfesionalidad del Estado (art. 16 CE) o del amplio juego que daba el principio de igualdad de derechos (art. 14 CE), o de la incidencia que podían tener los derechos fundamentales y las libertades individuales, así como comenzaba a suscitarse más interés por algunos fenómenos sociales que estaban objetivamente cristalizando (peticiones de admisión del divorcio, aumento de las

(10) Son palabras de PEÑA, *op. cit.*, p. 11.

(11) 645 páginas el de PEÑA; 2 volúmenes el de LACRUZ *et alii* (de 588 y 347 páginas, respectivamente), 396 páginas el de Díez-PICAZO/GULLÓN.

uniones de hecho, menor dureza para con las situaciones de adulterio, pactos regulatorios de las separaciones de hecho, etc.).

De hecho, puede incluso decirse que el Derecho de familia constitucional aumentó, más si cabe, sus contenidos: hizo mucho más extenso el tratamiento de la adopción, añadió las distintas figuras del acogimiento, las parejas de hecho, las técnicas de reproducción asistida, las medidas contra la violencia de género y distintos aspectos de la emancipación de la mujer.

Lo cual vino acompañado por ser la parte del Derecho civil que más crecimiento ha experimentado en literatura, atención y aparente importancia (e incluso, puede señalarse desde ya, en torno a la que se suscitan importantísimos debates ideológicos, culturales y políticos).

Hay, pues, una realidad que parece clara: pese a todas las reformas de los planes de estudio habidas en España en los tiempos recientes, es quizá la única parte del Derecho civil, junto a las obligaciones y contratos, que mantiene en todos sitios su tradicional extensión y aparente importancia(12).

III. EL TERREMOTO DE LOS ÚLTIMOS 30 AÑOS

Personalmente, creo que no hay parte del Derecho civil que haya cambiado tanto en este periodo de tiempo(13).

Acaso, por ello, y por las indudables conexiones que presenta con la propia esencia del hombre como animal social, no solo se mantiene constante el incremento de literatura y atención, sino que puede apreciarse incluso una orientación doctrinal que no pocas veces se adentra aquí en la moral, la sociología o la política, o en la política del Derecho. Ora denuncia la "deconstrucción" o "demolición" del Derecho de familia del que he hecho breve resumen en el epígrafe anterior, advirtiendo, por lo general, de terribles males sociales ya *in actu* o por venir; ora ensalza la mayoría de los cambios como preludio o plasmación de una sociedad mejor, con una "ciudadanía de la

(12) A diferencia de lo que ha pasado con la Introducción o Parte General, o la parte dedicada a los Derechos reales, o sucesiones, por ejemplo.

(13) Intuyo que no es un fenómeno privativo de España. Tenemos, eso sí, el hecho diferencial de que en el resto de Occidente el cambio, igual de profundo, se ha manifestado en un lapso de tiempo algo más dilatado. Hay que tener en cuenta que en España, nuestra Guerra civil, que fue terrible y feroz, y se resolvió por aplastamiento, comportó, en buena medida, un posterior tapón cultural y jurídico muy anómalo.

diversidad”, con tutela de las minorías otrora discriminadas y democracia “plena” o “sustancial”, en un Estado de bienestar y social.

Los tonos de muchas de estas aportaciones siguen siendo casi siempre de gran solemnidad (el modelo de sociedad en juego; la propia definición del hombre y de su dimensión como ciudadano, epopeyas, conquistas, decadencias sociales, suicidios colectivos, etc.) (14).

Todas parten de la enorme trascendencia política que seguiría teniendo el “Derecho de Familia”, presentado y comprendido, en temas y tonos, casi de modo virtualmente idéntico al que presentaba hace 40 años (15).

Pues bien, *académicamente*, y en lo que se refiere al Derecho civil, tengo un parecer discrepante (16). Creo que el programa oficial o generalizado de la asignatura es desproporcionado, y con bastantes fósiles y desenfoques.

Voy a intentar dar unas pinceladas de justificación.

a) Figuran aún en tal programa numerosas ramas que hace ya algún tiempo creo que están *muertas*. Por ejemplo, lo relativo al llamado “sistema matrimonial” (y la explicación de las divergencias entre la regulación civil del matrimonio y la canónica), que es interesantísimo desde un punto de vista histórico, constitucional o político-sociológico, pero que tiene hoy escasísima importancia en clave de Derecho civil –que es Derecho vigente, volcado a resolver problemas humanos reales del presente–, es decir, muy poca trascendencia aplicativa.

Otro tanto ocurre, en mi opinión, con las donaciones *propter nuptias*, o los esponsales, o los impedimentos y capacidad para el matrimonio, y el estudio del matrimonio como acto, y los deberes personales y la nulidad del matrimonio.

(14) Se llega a afirmar que los debates filosófico-políticos sobre las reformas de la propiedad o del Derecho de sucesiones como vías para transformar la sociedad son cosa ya del pasado. Y que las batallas políticas para tales transformaciones hoy se ciernen en torno, precisamente, al Derecho de familia.

(15) Por ejemplo, el manual de los profesores LÓPEZ LÓPEZ *et al.*, *Derecho de familia*, Valencia, 1991, que supuso un hito en su momento –como muestra de un Derecho civil constitucional o de la democracia– frente a los manuales que podríamos considerar clásicos, aun tiene nada menos que 572 páginas.

(16) A buen seguro equivocado, y en el que me pueden pesar múltiples prejuicios, entre los que quizá el más importante es mi llegada a edad ya crecida.

Lo mismo con el régimen económico de participación en las ganancias, y, en una gran medida, con la explicación tradicional de las capitulaciones matrimoniales (17).

b) Tenemos ramas *moribundas*, con una supuesta importancia teórica que no se corresponde con la realidad práctica. Por ejemplo, los extensos tratamientos de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, que proceden en gran medida de la inflación de las antiguas causas matrimoniales canónicas, tras implantarse en 1981 sistemas de separación y divorcio asentados en motivos tasados, generadores de procedimientos muy complejos, que determinaron el florecimiento de un subtipo muy peculiar de abogado que medraaba con las penalidades personales de los infelices cónyuges.

Hoy son fundamentalmente las peleas forenses sobre aspectos patrimoniales (18) lo que concita el interés real de la praxis, por más que la literatura civilista y los programas de la asignatura parecieran aún indicar lo contrario.

(17) En cuanto al primero, creo que es buena prueba de los límites connaturales que tiene la intervención legislativa en esta materia (el régimen de participación fue introducido *ex novo* por el legislador en el Cc. en la reforma de 1981, sin ningún tipo de precedente normativo en nuestro país). Analizado en abstracto, mil bendiciones podrían predicarse de él, e incluso goza del favor de los cultivadores y admiradores del Derecho civil "europeo". La realidad es que en las estadísticas que facilita la DGRN no superan la decena por año los matrimonios que optan por tal sistema. Carece de todo enraizamiento en los usos sociales y se encuentra, adicionalmente, con el problema (gravísimo en términos prácticos) de que, para su normal funcionamiento, el matrimonio tendría que llevar al día libros contables (un diario, un mayor y periódicos balances de situación). Lo cual podrá hacerse en territorios germánicos pietistas, pero que es impensable en España.

En cuanto a las segundas, su única función en la práctica, actualmente, es, o bien excluir el régimen supletorio legal, o bien cambiarlo constante matrimonio, fundamentalmente, por razones defensivas ante acreedores. Nada de su empleo, como era habitual en otros tiempos, para suscribir pactos sucesorios, regulación de dotes y donaciones *propter nuptias*, etc. Lánguida realidad en comparación con los complejísimos temas que les dedican todos los manuales. Y, por cierto, intuyo que este mismo fenómeno acaece igualmente en ámbitos de Derechos propios, en los que hasta hace poco muchos de sus cultivadores presentaban el juego, delicado y profundo, de las capitulaciones matrimoniales como instrumentos sucesorios y familiares como un elemento clave de sus respectivos "espíritus nacionales".

(18) Liquidación del régimen económico, pensión compensatoria, gastos extraordinarios, cambios sobrevenidos en las fortunas de los excónyuges, uso de la vivienda que fue familiar, reparto del préstamo hipotecario, pago por alimentos a hijos –que es lo que a menudo subyace en exclusiva en el tema de la custodia compartida–, etc.

De las especificidades de los regímenes económicos matrimoniales (el de gananciales –y otros regímenes comunitarios forales– llegaron a presentarse como quintaesencia de la singularidad hispánica) queda bastante menos que antaño. Es un hecho cómo hoy se expande el régimen de separación (con el que los cónyuges pueden actuar *casi* como si estuvieran solteros) incluso en las más profundas regiones de Derecho común o castellano. Y es otro hecho que se atenúa hoy, enormemente, a través de los arts. 1324 y 1355 Cc, la libre mutabilidad del régimen económico y la libre contratación entre cónyuges, entre otras espitas, las otrora fundamentales divergencias con los principios ordinarios de la comunidad de bienes, del contrato de sociedad civil y de las reglas generales del Derecho patrimonial –divergencias que se explicaban, históricamente, precisamente por la sumisión a unos supuestos principios familiares específicos–.

Y lo mismo ocurre con tantas disposiciones legales aún vigentes, pensadas desde la idea subyacente de que siempre es lo fomentable la subsistencia del matrimonio, pese a las desavenencias que los cónyuges atraviesen(19). O con las finísimas disquisiciones sobre las implicaciones del *ius connubi* como derecho ciudadano constitucional(20) o, en buena medida, con amplias zonas de las disposiciones que aparecen bajo el rótulo del llamado “régimen económico primario”.

En lo relativo a la regulación vigente de la filiación, mi juicio incluso empeora. Ese apartado normativo es un verdadero monumento al rabinismo, y su *summum* de dificultad, en gran medida procedente de las delicadas elaboraciones canónicas, tenía sentido en un ordenamiento basado en la crucial línea de demarcación entre filiación legítima e ilegítima y en la imposibilidad de alcanzar certeza sobre la paternidad, que eran dos datos esenciales, como veremos, para comprender la compleja regulación histórica. Eliminadas hoy las diferencias de derechos y efectos entre las distintas clases de

(19) Autorizaciones judiciales supletorias para enajenar bienes gananciales; decisión judicial para fijar domicilio conyugal en caso de discrepancia de los cónyuges, etc.

(20) Que virtualmente refluye en el concepto más amplio de libertad, y del que solo quedan con ideas jurídicas con fuerza operativa, actualmente, las admoniciones sobre prohibiciones de no discriminación a los casados o de no intervención político-administrativa en el ámbito del derecho a casarse o a no casarse, y que, en realidad, pueden también predicarse, si bien se piensa, de la facultad de unirse de hecho, en su caso de la mano del más valioso, constitucionalmente hablando, art. 22 CE, etc.

filiación (arts. 14 y 39 CE) y al alcance de todos un método sencillísimo para determinar la paternidad, los temas que habitualmente se exponen en los manuales quedan desproporcionados, siendo una tortura su estudio y explicación (21).

Y, de manera aún casi generalizada, el Derecho de familia sigue articulándose, en las exposiciones doctrinales, pivotando sobre un eje áureo, representado por el concepto de estado civil familiar. Sigue repitiéndose la idea de que el estado civil familiar de una persona es la situación, determinada por su puesto o condición familiar, en virtud de la cual queda determinado un concreto elenco de derechos, potestades, facultades, deberes y sujeciones. No se perdonan las exposiciones sobre las singularidades de las acciones de estado familiares, sobre la posesión de estado, etc. (22)

Y, sin embargo, ¿realmente tiene alcance vertebrador ese concepto técnico, cuando, en el plano personal, sobre la supuesta gradación de derechos y de capacidad legal dimanable de la arquitectura que de la familia haga el ordenamiento con finalidades políticas (esa y no otra es la esencia del *status*) sobrepuja el principio cons-

(21) En el régimen formalmente vigente aún se notan muchísimas excrecencias históricas, en las que no puede dejar de apreciarse el viejo gusto por la sutileza del Derecho canónico –que durante siglos hizo de esta materia competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción eclesiástica–: muchas de las restricciones de las acciones de filiación, la enorme complejidad histórica de las pruebas a aportar en los juicios de filiación, la regulación terrible del reconocimiento, la posesión de estado, la compleja disciplina del Registro civil, acciones para impugnar un reconocimiento por vicios de consentimiento o para demostrar la no correcta operatividad de las presunciones legales de paternidad, y las innumerables incertezas terminológicas, acarreadas por razones de contingencia histórica (determinación, título de estado) y un largo etcétera.

(22) De nuevo, puede citarse a PEÑA, *op. cit.*, p. 23: “*Las relaciones jurídicas familiares son establecidas por el puesto de cada persona en la respectiva familia. Este puesto confiere a cada individuo una condición a la que el Derecho atribuye el carácter y régimen de estado civil (...) se trata de cualidades personalísimas (intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles). Su régimen jurídico está legalmente predeterminado, sin que la autonomía de la voluntad tenga otro juego que el legalmente previsto. Los hechos que afectan a unos u otros estados civiles están sujetos al Registro civil. En los procesos relativos a las cuestiones sobre estado civil rigen normas especiales*”. Ideas esencialmente idénticas en los manuales de otros dos insignes maestros sevillanos: ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pp. 4 y ss.; y DE CASTRO, *Derecho de la persona*, Madrid, 1952. Las reverberaciones “publicadoras” que ello suponía eran intensísimas, sobre todo tras el término de nuestra Guerra civil.

titucional de igualdad y los derechos fundamentales y libertades individuales?

¿Lo tiene en los aspectos patrimoniales? Hemos visto que las singularidades del régimen de gananciales o comunitarios tienden a diluirse poco a poco; las legítimas o sucesión forzosa, cuya conexión con lo familiar no podrá discutirse (23), padecen hoy una indudable crisis de legitimación social, en la extensión, cualitativa y cuantitativa, que de ellas aún se ofrece *de lege lata* (24), lo que ya ha dejado como plasmación legal la exclusión de la legítima del cónyuge por una mera separación de hecho (art. 834 Cc); y cosas análogas pueden predicarse de tantas y tantas supuestas excepciones patrimoniales que tradicionalmente se justificaban por las singularidades político-sociales derivadas de los estados civiles familiares.

Soy escéptico. Creo que no es ajeno a ello la pérdida indudable de la especificidad histórica de las acciones de estado, o que devenga ya innecesariamente atormentada la regulación del Registro civil (25) o el desdibujamiento del tradicional estatuto personal en el ámbito del Derecho internacional privado.

c) Y tenemos ramas de las que ya *nos cuesta mucho* a los civilistas ocuparnos con el enfoque que de verdad exigen. Aun cuando el crecimiento más ostensible en la literatura civil actual se da en relación, precisamente, con la adopción, el acogimiento, las técnicas de reproducción asistida, el desamparo de los menores, o la discriminación positiva de la mujer, cuesta muchísimo encuadrarlas en un ámbito preponderante de Derecho privado.

En algunas de estas materias parece estar concretándose una suerte de Derecho administrativo "social" (26). Y respecto a otras de ellas, creo que empiezan a tener su mejor *sedes materiae* en el Derecho de la persona, debiendo exponerse con más conexión con el Derecho constitucional y la política del Derecho. Precisamente como

(23) Sí, por supuesto, es discutible su grado de conexión, pues conexión también tuvo y tiene con otras finalidades político-sociales (fragmentación de la riqueza, lucha contra la aristocracia y poderes asentados en la riqueza fundiaria).

(24) No digamos las reservas hereditarias o el retorno sucesorio ex art. 812 Cc, en trance de fosilización.

(25) E incluso, quizá, está en el trasfondo de la batalla para no asumir su llevanza.

(26) Hasta en el otrora ámbito privadísimo de la patria potestad se aprecia la creciente irrupción de las Administraciones públicas, con finalidades fiscalizadoras e incisivas competencias, ejercitables incluso de oficio.

ya sucedió con las instituciones tuitivas o con la emancipación (27), o con la prodigalidad (28).

Por supuesto, no digo que los administrativistas o los filósofos del Derecho se hayan de ocupar del Derecho de familia. Claro que no. Pero sí creo que urge un repensamiento profundo de esta parte del Derecho civil, que aligere mucha hojarasca inutilizada por el paso del tiempo y del que se siga una cierta reasignación de materias al ámbito del Derecho de la persona. Sinceramente, creo que podrían resultar hálitos refrescantes y nuevas perspectivas, sobre todo de la mano de categorías del Derecho constitucional y, al menos, con conocimiento de ciertos planteamientos de Filosofía del derecho o de Teoría General, con liberación de los fórceps tradicionales de los estados civiles familiares.

Alguno podrá replicar que las opciones sistemáticas son meros hechos neutros. ¿Qué más dará explicar la condición de la mujer casada en el Derecho de familia o en el Derecho de la persona? Lo importante es que se estudie. Y, sin embargo, toda ordenación de la materia introduce sus propios sesgos, máxime si acumula décadas de inercia, montañas de estudios pretéritos. Todo punto de vista enfatiza determinados ángulos visuales y deja en la penumbra otras perspectivas, quizá más útiles, quizá más diáfanos en el momento presente.

IV. NATURALEZA DEL DERECHO DE FAMILIA Y CARACTERES

Si se da una ojeada a la Historia sobre esta materia, siquiera sea de manera muy elemental y fragmentaria, quizá puedan llamar la atención muchos cambios en los modos globales o culturales de aproximarse a ella.

Llamaría, por ejemplo, la atención qué poco nos resulta de importancia real aquí los datos (en gran medida conjeturales) del Derecho romano clásico, con una noción casi monstruosa de *patria potestas*, concebida como soberanía de un pequeño monarca cual era el *pater familias*, y una familia al parecer pivotante no tanto en

(27) Aún tratada por ROYO, *op. cit.*, pp. 304 y ss., en el *Derecho de familia*.

(28) Aún llamada por ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1884, p. 114, la acción suprema que mostraba la prevalencia del Derecho de familia sobre el principio de propiedad.

la consanguinidad y el afecto, sino en el vínculo agnaticio y el que incluye a siervos y esclavos.

Llamaría la atención un Derecho de familia que en gran medida se publica de la mano del Derecho canónico, sobre todo de manera profunda y duradera, tras el Concilio de Trento. La Iglesia, por sus propios postulados, se arroga buena parte de las materias familiares como contenidos normativos y jurisdiccionales propios, y los dota de severas líneas imperativas, que se justifican por imposición del Derecho divino, y por ser atinentes a la salud de las almas y al buen orden social. Los Derechos civiles, sean los nacionales o el conformado en las elaboraciones de comentaristas y postglosadores, se pliegan de una pieza a este orden, que puede considerarse, por tanto, material o sociológicamente *constitucional* (diríamos en palabras modernas).

El S. XIX ofrece, trabajosamente, y en el contexto de nuestra convulsa historia política, bastantes ventanas novedosas. Entre nosotros, un pequeño reflujo del Derecho canónico y la presencia más vigorosa del Derecho civil en las relaciones familiares, con el dictado de regulaciones propias sobre matrimonio, patria potestad y filiación (aunque fueran una sencilla traslación a las normas civiles de los tradicionales principios canónicos). Se asiste a una menor atención del legislador sobre detalles íntimos de las personas, sobre el modo específico de las relaciones familiares, acaso en coherencia con aproximaciones a legislaciones mínimas, y al respeto a posiciones de libertad predicables del cabeza de familia en ese orden idealizado de la *pax* burguesa, gazmoño y clasista.

Pero, centrándonos en fases más recientes, lo que más podrá llamar la atención es cómo, durante el primer tercio del S. XX, con un panorama social y político muy confuso (totalitarismos rampantes de uno y otro signo), se creyó asistir, de nuevo, a otro cambio fundamental en el Derecho de familia. Muchos civilistas propusieron el distanciamiento del Derecho de familia del ámbito iusprivatista, viéndolo más como Derecho público, o más análogo al Derecho público (en su caso, como parte integrante del *tertium genus* del "Derecho social") (29).

(29) La adscripción al "Derecho social", que sería la parte del ordenamiento jurídico conformado por los sub-ordenamientos creados por las entidades intermedias entre Estado (Derecho público) e individuo (Derecho privado), se suele atribuir a GIERKE. La analogía o identidad estructural del Derecho de familia con el Derecho público fue firmemente defendida por CICU (por ejemplo, en "Il diritto di famiglia nello stato fascista", *Jus*, 1940, pp. 373 y ss.; pero ya antes en *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma,

De hecho, de estas aproximaciones, a mi juicio, deriva la inflación que aún presenta, en lo enfático y en contenidos, esta parte especial del Derecho civil.

¿Cuáles eran las razones por las que, desde un punto de vista técnico, eclosionó, en este periodo, el Derecho de familia como materia nítidamente autónoma, como mínimo semipublicada? Eran, en síntesis, las siguientes:

- Limitado papel de la autonomía privada con casi omnipresencia de normas imperativas, en un doble sentido: estas, en ocasiones, se imponen o se extinguen forzosamente en contra de la voluntad de los interesados; y, cuando nacen voluntariamente, sus efectos vienen impuestos por la ley (30);

- La familia es una organización jerárquica y con posiciones subjetivas desiguales, que se diseñan imperativamente por las normas nacionales, configurando los estados civiles familiares;

- Hay potestades, o incluso funciones jurídico-públicas –*officia*– y no derechos subjetivos o ámbitos de libertad;

- Se persiguen fines supraindividuales comunes, de extrema relevancia pública (tanto como para ser integrantes del orden público o llegar a sustanciar principios generales políticos o atinentes al plan del Estado) y no meramente individuales, a diferencia de lo que ocurre en materia patrimonial, etc. (31).

Con esta forma de acercarse a la materia, la familia llegaba incluso a verse en algunas formulaciones doctrinales como un “órgano” del Estado (por ejemplo, el “tercio de procuradores” era elegido por [los cabezas de] las familias en el sistema semicorporativo franquista). Y, en lo que es lo fundamental, se legitimaba un férreo moldeamiento de todos los mimbres jurídicos de la familia desde

1914), con enorme influjo en la doctrina italiana y en la civilística patria que salió victoriosa de la Guerra civil.

(30) En nuestra doctrina, hay quienes niegan, por ejemplo, la existencia de negocios jurídicos en sentido estricto en el Derecho de familia.

(31) PEÑA, *op. cit.*, p. 23: “La trascendencia que el régimen de la familia tiene (...) para la sociedad (interesa una familia estable, organizada conforme a principios éticos del modo que mejor sirva a la persona y al orden social) determina que muchas de sus normas (...) constituyan principios fundamentales integrantes del orden público nacional”. CICU llegaba a decir (*op. cit.*, p. 379) que el interés de un miembro de la familia solo puede ser tutelado si coincide con el del Estado, “viene cioè tutelato non l’interesse dell’individuo privato, ma del civis; conseguenza logica della posizione (status) che l’individuo come cittadino ha nello Stato. Non vi è posto per la tutela di un interesse autonomo dell’individuo”.

el Estado, a través de todas sus instancias (y señaladamente de la legislativa), apoyado, además, en un renovado reenvío al Derecho canónico (32), y en el concepto técnico del estado civil. Con infinidad de consecuencias técnico-jurídicas (33).

Podría pensarse que este enfoque estuviera muerto hoy, tras el óbito de aquellas corrientes políticas de pensamiento (tanto las totalitarias nacionalistas o historicistas o corporativistas como las marxistas). Podría, incluso, creerse que habrían fructificado semillas del *último* DE CASTRO (34), quien llegó a afirmar que las aproximaciones

(32) Puede remitirse, para aprehender ese espíritu de concordia entre el Estado surgido de la Guerra civil y la Iglesia católica, a CASTRO, "El matrimonio de los hijos", ADC, 1954, pp. 35 y ss., con severa crítica a la concepción liberal (pagana) por la que el patriciado que formaba la burguesía liberal reclamaba para sí omnimoda libertad en el Derecho de familia y excluía y condenaba cualquier intervención del Estado (e Iglesia).

(33) La sociedad de gananciales vista como una suerte de comunidad germánica o sociedad civil especialísima por su vinculación esencial a una institución de relevancia público-constitucional; acciones de estado como instituciones de orden público; Registro civil tan publicitado que estaba a cargo del poder judicial; inmensos ámbitos de intervenciones judiciales –estatales o de la Rota–; importancia secundaria del Derecho de la persona, devenido explicación casi apendicular del magno aparato dogmático del Derecho de familia y sus *status* (la persona como mera circunstancia del Derecho de familia o de la relación con el Estado; el matrimonio como una institución jurídica destinada esencialmente al servicio del interés ajeno –del Estado, de la sociedad–, instituciones sucesorias explicadas como derechos familiares [derechos viduales, o legítimas, por ejemplo], la sucesión intestada como regulación preferente a la voluntaria, puesto que encaminada a tutelar un interés superior de protección de la familia, con degradación del testamento y de la libertad de disposición *mortis causa*, etc.). Al menos, entre nosotros, nunca se asistió a las regulaciones eugenésicas del matrimonio, o de discriminaciones raciales en el Derecho de familia, que sí se dieron en otros países de nuestro entorno, en pos de sedicentes intereses nacionales.

(34) Obviamente, de forma menos clara en el DE CASTRO, de su monumental *Derecho de la persona*, cit., aunque incluso ahí, p. 18 "*la familia misma no puede existir sin personas, mientras hay personas que carecen de familia (...) el valor de la familia no puede hacer olvidar que una de sus funciones es el amparo y fomento de la personalidad, no su desconocimiento (...) Si a la persona se la considera como parte del Derecho de familia, insensiblemente se olvidarán los principios de libertad y propia responsabilidad*". "*La añoranza de la fuerte familia tradicional no debe hacer olvidar el peligro de un presupuesto doctrinal que lleva a dar la total primacía a la comunidad (gran familia, municipio, Estado) sobre la persona, al modo que lo hizo HEGEL, y lo hacen los neohegelianos marxistas y los nacionalsocialistas (LARENZ, SIEBERT)*". También en el sentido indicado en el texto, PEÑA, op. cit., p. 22, nt. 25: "*Es peligroso, para la defensa de la persona, insistir en*

publicadoras al Derecho de familia “*facilitan la tarea a las fuerzas que, de uno u otro sesgo, aspiran a hacerse con el control de la vida social*”, con merma de las libertades personales.

Podría pensarse que, por fin, habríamos asumido el hecho de que las relaciones e instituciones jurídico-familiares se vinculan esencialmente al *cumplimiento de fines íntimos de toda persona* al margen de su cualidad de súbditos o miembros de una comunidad nacional u organización política (Estado, comunidad autónoma), y que ese área siempre es **el terreno propio del Derecho privado** (35).

Podría pensarse que estas últimas afirmaciones solo fueran combatidas por quienes, de manera legítima, militan en las filas de concepciones tradicionales o tradicionalistas (36).

Pero he aquí que, actualmente, buena parte de la comprensión publicista sigue realmente en boga, pero ahora, no solo desde esas corrientes tradicionalistas, sino también desde una óptica de pensamiento que podríamos llamar “progresista”. Desde ahí se solicita también –y ahora a menudo se obtiene– que, de nuevo, la legislación intervenga en esta materia con finalidades incisivamente modeladoras, educadoras y/o fiscalizadoras: nuevo Derecho de familia, que sea piedra angular de la construcción del verdadero Estado social y democrático de Derecho, con igualdad sustancial y feminización. Y esto parece ser ya, en buena medida, incluso **cultura oficial** (37).

que el Derecho de familia tiene naturaleza más o menos pública, y en los pretendidos intereses supraindividuales”.

(35) Soy consciente de que la bipartición Derecho público y Derecho privado es punto extraordinariamente discutido y discutible y que es conceptualmente previo a lo que expongo en el texto. Pero, manifestado este extremo, creo que a todo jurista con un cierto bagaje las consideraciones expuestas en el texto le resultarán fácilmente comprensibles, sea por intuición o por el poso de nuestra formación jurídica.

(36) Que, de manera coherente, piden con insistencia *intervenciones legales* que embriden los cambios: fomento legal de la familia matrimonial, derogación del matrimonio homosexual y el divorcio exprés, por ejemplo.

(37) Creo que una buena muestra de este enfoque puede verse en VALPUESTA, “Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista”, *ADC*, 2010, pp. 1053 y ss. Según su exposición, el Derecho de familia liberal y, en general, el estado de ciudadanía constitucional clásico reflejaría en exclusiva al “hombre”, “burgués” y “blanco”. Hoy, gracias sobre todo al papel de vanguardia emancipadora de las mujeres, se impondría la construcción legal de una ciudadanía para todos (“ciudadanía de la diversidad”), que palíe déficits democráticos hasta conseguir una verdadera igualdad sustancial, y que moldee un Derecho de la familia radicalmente distinto y emancipador.

En esta longitud de onda puede señalarse la eclosión de una pléyade de fundaciones, asociaciones, observatorios, agencias o grupos de investiga-

Con ello, el peso de lo administrativo en algunas materias familiares crece hoy de manera notoria, como ya se ha indicado –adopción, acogimiento, técnicas de reproducción asistida, desamparo de menores, patria potestad–; y valores y principios de libertad personal parecen quedar relegados, en la legislación reciente, por modelos “políticamente correctos”, impuestos normativamente.

Desfilan en tropel leyes asistenciales con una amplia panoplia de subsidios, beneficios y ayudas, que diseñan con autonomía, al margen de cualquier noción civil e incluso al margen de las competencias civiles diseñadas por la Constitución, los sujetos beneficiarios de las mismas (distintas leyes autonómicas sobre uniones de hecho, por ejemplo). Parecen volver a ser claves en toda esta materia las instrucciones y resoluciones de la DGRN, que no en vano es solo una instancia *administrativa*.

Estos son ya hechos objetivos. Todo ello con un matiz que hacía tiempo no se daba en España, al menos en la modesta percepción de quien esto escribe: *si alguien formula matizaciones, u objeciones, o sencillamente manifiesta su perplejidad o disconformidad con algunas de estas líneas novedosas, se le censura con vigor*.

Pues bien, un deber de honestidad personal me obliga a exponer que mi postura ante estos fenómenos actuales es de distancia.

El *summum* del problema profundo que todo esto representa, estallará, en un plano estrictamente técnico, en los numerosos lugares en que aparece en las leyes la locución “en interés de la familia”. Yo mantengo la necesidad de su interpretación como la detección de cuál de los intereses de cualquiera de los miembros de la familia es el que ha de prevalecer o ser tutelado (con respeto a los límites generales que marcan la ley, moral y orden público), porque, para mí, el único portador de los intereses a proteger es el individuo; nunca un ente llamado “familia”, noción siempre presta, con su supuesta objetivación o institucionalización, para que en ella se inoculen finalidades de control social (38). Pero he de reconocer que mi posición parece devenir minoritaria, otra vez.

ción, públicos o publicados mediante la subvención, que actúan a menudo, a modo de *lobbies* patrios, como células que azuzan intervenciones legales y administrativas en estas materias.

(38) Siempre he creído, parafraseando a PEÑA (*op. cit.*, p. 14), que institucionalizar la familia, llegando a enuclear intereses de “la familia” como entre abstracto, acreedor de protección jurídica, al margen de sus miembros, era *“olvidar que también la familia es una institución al servicio de las personas y no al revés. Una concepción que haga prevalecer un pretendido bien familiar al que hayan de sacrificarse los intereses y fines de las perso-*

Yo, a los fines de explicar el Derecho civil vigente, siempre he relegado al baúl de los recuerdos históricos o historicistas la familia como "institución moral dotada de derecho inalienable y superior a toda ley positiva" (39). Pero advierto que, por momentos, parece poder apreciarse que algunos nos invitan a revisitar el Derecho positivo con tal enfoque o desde su contrario laico, auspiciando también la imposición de la definición legal de los "buenos modelos familiares", pero ahora como concreción de los valores éticos de este Estado de democracia sustancial y social, emancipador y progresista (40).

Desde la transparencia personal, expongo que mis coordenadas intelectuales me llevan a intentar mantener en lo posible la materia que le quede al Derecho de familia dentro del ámbito jurídico-privado, quizá como mera secuela de una formación liberal en el aprendizaje que tuve del Derecho. Y que, en lo que personalmente de mí depende, simplemente exhorto a que se actúe con la debida cautela, tanto ante las peticiones de repristinación o retorno del tradicional Derecho de familia, como ante las peticiones de su transformación radical de la mano de los instrumentos estatales.

nas es, en su grado, una forma de totalitarismo". Y por ello nunca pude sintonizar con las aproximaciones de DE CASTRO que, aun cuando nominalmente prestaran apoyo a esta visión (*Derecho de la persona*, cit., p. 245), en realidad identificaban el elemento jurídico-público a combatir (estatismo) solo como el derivado de concepciones marxistas o protestantes (antiespañolas), y en patente criptoiuspublicismo, exaltaban un ingrediente jurídico-público derivado de lo que él identificaba como espíritu nacional y tradicional, encarnado en el equilibrio entre el Fuero del Trabajo y el Concordato, y asentado en el pivote técnico primario de los estados civiles familiares.

Por ello, yo explico siempre todas las posiciones activas y pasivas (facultades, derechos, potestades, deberes) como de titularidad individual y no familiar.

(39) Declaración XII.3 del Fuero del Trabajo.

(40) Punto de extrema delicadeza y, por qué no confesarlo, de temor: patria potestad y desamparo administrativo. Así como en 1949 Rojo (*op. cit.*, p. 304) justificaba la privación de la patria potestad por comportamientos corruptores, glosados como "cuanto implique incitación a una conducta éticamente relajada", ¿llegaremos a ver a quien defiende lo mismo por no dar una educación a sus hijos en valores constitucionales, progresistas, feministas y ecologistas?, ¿o a los que no educan a sus hijos en lengua "nacional"?

V. ALGUNOS RASGOS PECULIARES DE LA MATERIA OBJETO DE REGULACIÓN POR EL DERECHO DE FAMILIA

Sea lo que fuere de lo anterior, creo que de manera objetiva pueden señalarse los siguientes elementos caracterizadores del Derecho de familia, que tienen notable importancia:

a) Las realidades objeto de regulación normativa son tan íntimas de la persona, que inevitablemente también son siempre objeto de regulación por todo código moral, religioso o no.

Ello supone que la observancia de muchas de las normas de este sector del ordenamiento se asienta, a menudo, no tanto en la actitud psicológica habitual de un individuo ante el Derecho, cuanto en que son conformes con la visión moral o ética que tenga cada persona (por ejemplo: soy fiel a mi esposa no porque lo diga el Código civil, sino porque creo que la infidelidad está mal). Por lo que, si en la ética socialmente vivida quedan como no exigibles ya determinadas conductas, por mucho que sigan siendo prescritas por las normas jurídicas, tenderán a ser poco observadas en la praxis.

Creo que eso lleva a que hay que ser conscientes de los límites connaturales, realmente fuertes, que tiene el Derecho y el mandato normativo en amplias zonas de lo que habitualmente se conoce como Derecho de familia.

Muchos olvidan esta realidad, y, con ello, de manera creciente, se dan contribuciones doctrinales en esta materia que, en parámetros de un estricto jurista positivo, son *aria fritta*, más propias de periodistas, moralistas o sociólogos y que muchas de las propuestas *de lege ferenda* no pasan de ser como aquellos preceptos que imponían a los ciudadanos la obligación de ser justos y benéficos o que constituían a España como una "república de trabajadores"(41). O que, en otro fenómeno que no es sino la otra cara de la misma moneda, tantos no llegan aún a darse cuenta de que el aparato normativo *formalmente* vigente del llamado "Derecho de familia" padece hoy una extensa *desuetudo* (42).

(41) No creo que produzcan ni siquiera el valor o efecto que DE CASTRO denominaba "eficacia educadora de las normas"; este solo puede darse si la norma encuentra un mínimo de predisposición social/cultural/espiritual, que es algo totalmente ajeno a lo que excogiten los padres de la patria en Cortes (o los padres de las patrias autonómicas).

(42) Con la consecuencia, ya expuesta, de que el tratamiento doctrinal en manuales y bastantes obras poco tiene que ver con la realidad vivida en la sociedad española y las reales preocupaciones y problemas de la gente.

b) Por otra parte, muchas consecuencias imperativas que el Derecho dicta en este campo generan el problema de colisionar con el valor supremo de la libertad de las personas. Enunciado aun jurídicamente el deber de fidelidad como consecuencia que deriva del matrimonio (art. 68 Cc), ¿podría imponer su observancia de forma imperativa el legislador? Creo que no.

Por otra parte, ello también supone que el Derecho difícilmente puede entrar a regular cualquier tipo de incumplimiento que se dé en este ámbito –puesto que habría en ese caso una injerencia asfixiante del legislador y/o de las Administraciones públicas, sino que solo debería limitarse a los supuestos graves. ¿Puede un legislador descender a imponer sanciones para los padres que fumen en sus vehículos privados con niños dentro? Sinceramente, creo que no.

Esta línea de demarcación entre lo que debe ser materia de regulación y aquello que ha de incumbir a libertades individuales de decisión y al desarrollo propio de la personalidad es uno de los puntos cruciales que tiene ante sí, y siempre ha tenido, el Derecho de familia. Precisamente, es un punto para cuyo tratamiento solvente hoy es necesaria una perspectiva constitucional y de teoría política. Y un terreno en el que los términos (“liberación”, “opresión patriarcal”, “emancipación”, etc.) se emplean a menudo casi como armas de combate y propaganda y con una intensa carga de mixtificación. Es un punto que nos muestra la honda trascendencia político-social de materia, puesto que contribuye a fijar la verdadera posición que se le reconoce al hombre como tal, en el tráfigo de las realidades sociales que lo circundan (Estado, Comunidad autónoma, organizaciones supraindividuales, etc.).

c) Es cierto que en esta materia los enfoques legales e interpretativos, no pueden llegar a veces a ser tan acusadamente individuales como en áreas del Derecho patrimonial.

Aquí aparece un juego, cualitativamente diverso, de la autonomía privada, que no se ejercita ni se despliega en el contexto de ningún mercado, ni a la luz de finalidades de eficiencia económica; aparecen las potestades, al lado de la figura tradicional del derecho subjetivo; hay áreas que representan orden público a los efectos de Derecho internacional privado y que ven modulado, por tal razón, de manera profunda, el normal juego de la retroactividad de las normas.

d) Y estamos –nunca se debe olvidar– ante el sector del ordenamiento con menor presencia de las personas jurídicas(43).

(43) Salvo, en reforma reciente, en punto a custodia, guarda y tutela de

VI. UNA OJEADA A ALGUNOS CAMBIOS HISTÓRICOS EN ESTA MATERIA

Es conocido el drama de los datos históricos: la “deshistorización” (el juzgar datos pretéritos con los clichés y anteojos del presente)(44).

Florece hoy una opinión oficial según la cual todo lo previo a esta era presente de avances revolucionarios en el Derecho de familia, de la que hoy disfrutaríamos, es tildado de opresor, machista/patriarcal, oprobioso y atinente a un estadio de barbarie y superstición(45).

Las consecuencias que esto tiene no son nimias(46). La principal, a mi juicio, es el olvido de delicadas funciones y equilibrios (por supuesto, inviabiles *qua tales* hoy) que la sociedad había alcanzado en momentos anteriores con sus regulaciones jurídicas en esta materia (ni bárbaras, ni caprichosas, sino frutos de hombres, ni mejores ni peores que nosotros).

Esas regulaciones históricas eran un intento, como los actuales también lo son, de resolver problemas de organización social. Como ya se ha dejado entrever, buscaban también abordar (junto a otras finalidades y con la concurrencia de otros factores) el peligro, siempre latente, y grave en sociedades no opulentas, de una superproducción de descendencia, no existiendo métodos anticonceptivos seguros y extendidos, y existiendo, como existe desde que el mundo es mundo, el rasgo natural humano de su extrema propensión sexual, no circunscrita a unos días de celo, a diferencia con virtualmente todos los restantes animales; y, también buscaban paliar el peligro de no poder nunca determinar con certeza la paternidad, con todo lo que ello socialmente comportaba(47).

menores e incapacitados. Que, en mi opinión, es ya Derecho de la persona y no Derecho de familia.

(44) Y, a menudo, para conseguir fines, ocultados, de presente.

(45) También deshistorizador me parece transmutar la forma histórica contingente que voy a intentar describir en el texto en esencia prejurídica biológica o constitutiva del ser humano, o en mandato de la Ley divina. Basta leer los datos de la regulación matrimonial y familiar del Derecho romano, en sus varios siglos de existencia, para captarlo, como lo captan civilistas irreprochablemente católicos como ROYO, *op. cit.*, pp. 22 y ss., y 71 y ss.; y PEÑA, *op. cit.*, *passim*.

(46) Por ejemplo, la autocomplacencia en el torrente de publicaciones sobre las “conquistas” actuales, laicamente canonizadas como “verdades oficiales”.

(47) Lo recalca HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 131 y ss., en una aproximación, a mi juicio, lúcida.

Buscaban, asimismo, fórmulas jurídicas eficientes, en épocas sin prestaciones público-sociales (y solo con beneficencia y obras pías) (48) para lograr una educación para los hijos, las crías animales que nacen con menos adaptación al medio (49).

Y todo ello, en un contexto (guste más o menos, pues es un hecho objetivo), de una permeación verdaderamente sentida y casi completa de toda la sociedad occidental por un enorme *pathos* religioso (oprimiente, vivificador, eso ya lo dejamos para los militantes de unas u otras visiones), del que también formaba parte el mandato evangélico de “creced y multiplicaos” (50).

Hay lecturas distintas: se trataba de una ingente superestructura legal y moral para, con la ayuda de las religiones, oprimir e invisibilizar a las mujeres y a los débiles, y perpetuar, así, la distribución del poder y la riqueza, excluyendo a los “invisibles” (por todos, VALPUESTA, *op. cit.*, p. 1062). O LÓPEZ LÓPEZ, “Diversidad, feminismo y principio de igualdad”, en *Derecho civil constitucional*, Sevilla, 2015, p. 207, para quien reflexiones sobre estos extremos, en las que pudiera jugar algún papel la maternidad, eran y son “miserables embelecos” para, en gran medida, encubrir la alienación de la mujer como derivada de la división del trabajo y en las relaciones económico-sociales de producción.

Me inclino a dar mayor peso a HATTENHAUER. Antes de Trento, ya las Partidas (P. 4.14, proemio) justificaban la regulación legal de la barraganía en que es “menos mal aver una (mujer) que muchas. E porque los fijos que nascrien dellas, fuessen más ciertos”. ROYO, *op. cit.*, p. 259: “*No fue el hombre, sino Dios, quien dispuso la anatomía y la fisonomía de cada sexo y por ello mater semper certa est, pater semper incertus. Solo el matrimonio, sobre hacer lícita la unión (sexual: cópula), ofrece una base preconstituida para eliminar la incertidumbre de la paternidad*”. Por supuesto, en conexión, como digo en el texto, con poderosísimos factores espirituales (fe religiosa sincera, por ejemplo) y otros no menos importantes de índole política y social.

(48) Eso sí, muy fomentadas por la moral religiosa y las normas jurídicas [desde la Novela 120: instituciones a favor del alma, patronatos, capeellanías, colativas o laicales, donaciones y legados con causa pía, etc.].

(49) ROYO, *op. cit.*, p. 259: “*La inmensa desgracia del hijo ilegítimo no es que la ley le niegue un hogar; sino que el hogar no existe, porque los padres no lo constituyeron y la ley no puede forjarlo, obligándoles al matrimonio y forzándolos a vivir juntos y a vincular sus respectivos patrimonios al servicio del hijo. Por eso, tal desgracia solo se remedia, y se remedia, en cambio, plenamente, si los progenitores contraen matrimonio*”.

(50) Creo que rozamos una de las razones de la gran carga enfática que aún en esta materia puede percibirse en torno a todo lo sexual. Era ello abrumador en el Derecho canónico (descripción de las impotencias, de las aberraciones sexuales, del pecado nefando, etc.). Siempre han resonado en esta materia como finalidades principales del matrimonio la *vitatio fornicationis*, y la perpetuación de la especie, con la finalidad secundaria de la *pulchritudo foeminae*.

Esas eran, en buena medida, unas de las principales finalidades y el contexto de la regulación clásica de la familia (51).

a) Eso explica que, jurídicamente, la familia fuera solo la legítima (esto es, habida en santo matrimonio): era una delimitación normativa de "Constitución material" (no en vano se presentaba como de Derecho natural o divino).

De ahí un extremo *favor matrimonii*: edad núbil bajísima, cifrada en la mera habilidad fecundativa; emancipación por matrimonio (en épocas de mayoría de edad a edad avanzada, y con una patria potestad que confería un poder muy amplio), con extinción de todo usufructo paterno –leyes 47 y 48 de Toro–; matrimonio como forma de reparar la falta cometida por una relación extramatrimonial; matrimonio *in articulo mortis*; matrimonio tras delito sexual dirigido a cancelar los efectos penales; legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio; convalidaciones aun en supuestos de nulidad; régimen del matrimonio putativo; fomento legal de las donaciones *propter nuptias* y de la dote, en todas sus clases, incluyendo a la obligatoria respecto de las hijas legítimas, tanto para contraer matrimonio como para profesar, con trato especial incluso para la eventual reducción por inoficiosidad (52) y con tratamiento adecuado de computación, imputación y colación; eliminación de las prohibiciones romanas del contubernio y del matrimonio entre persona inge-

Pero, en buena medida, es que algo análogo –qué curioso– se puede percibir en las corrientes de pensamiento feministas y contraculturales. También abundan en ellas las menciones al débito conyugal como castrante y opresor, y a la liberación sexual como antorcha de la revolución feminista-progresista en curso.

Veamos ejemplos del elemento moral aquí inoculado:; ROYO, *op. cit.*, p. 6, comentando opiniones que formulaban críticas a las normas que daban trato legal desigual a la filiación matrimonial y a la extramatrimonial, exclamaba: "Y menester es que los juristas no se desorienten ante tales argumentos, que, bajo una apariencia de inocuo humanitarismo, encubren, por ignorancia o por dolo, una tesis desmoralizadora y conducente a la anarquía sexual (...) mientras exista una moral sexual que se quiera ver observada en el seno de una sociedad, mientras se pretenda que las relaciones entre varón y mujer se ajusten a una Etica, será imprescindible un Derecho de familia que distinga cualitativamente lo lícito de lo prohibido y marque la diversidad jurídica de sus consecuencias, aun cuando en lo biológico sean iguales. Y, si no es para establecer tales consecuencias, **sobra el Derecho de familia**". Otro ejemplo señero de todo este entramado ideológico-social puede verse en ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

(51) Y no una maldad intrínseca o sadismo congénito de los varones, o los religiosos o los poderosos.

(52) Hoy art. 1044 Cc, antigua Ley 50 de Toro

nua y otra servil, o con una mujer de condición ignominiosa, o de las segundas o ulteriores nupcias; irrelevancia jurídica en cuanto al matrimonio de la prohibición de los padres o de la ausencia de licencia paterna; admisión del matrimonio por poder, etc. (53).

Igualmente, por ello, quedaba prohibida como regla general la investigación de la paternidad (aún Base 5ª de la Ley de Bases del Código civil) para preservar la “paz matrimonial” y, también por ello, se daban las enormes diferencias de trato legal, a todos los niveles, entre los hijos legítimos, los naturales y los ilegítimos. Y, por eso, por ejemplo, era una figura clave la patria potestad –que solo surgía del matrimonio, claro está–, pero no la relación paterno-filial en sí.

O la consideración muy restrictiva de la adopción, considerada “una transacción con el vicio, disfrazado de máscara de virtud” (54), que favorecía un celibato no deseable, rompía o debilitaba los lazos del parentesco natural, fomentaba uniones ilícitas, retraía del matrimonio, etc.

b) Por ello, de manera fundamental, el matrimonio trascendía su natural sustrato de ser un mero contrato asociativo consensual y se elevaba, gracias a la elaboración teológica y canónica, a sacramento, pieza clave en el plan divino para la salvación y generador de un lazo indisoluble entre los contrayentes y Dios, con lo que hallaba un fundamento sólido, *utroque iura*, que coadyuvaba al cumplimiento de los fines socio-jurídicos indicados (dentro del contexto, ya señalado, de profunda unción y fe de la mayoría del cuerpo social).

Esto es lo que explica la exuberancia de la regulación jurídica del matrimonio, de la mano de la Iglesia (definido como materia sagrada –espiritual–, ella se avoca la competencia normativa y jurisdiccional exclusiva): forma, vicios de consentimiento, impedimentos, prohibiciones, separación y disolución.

Ello explica igualmente el paso legal, en un momento dado, de considerar como ilícito civil (aparte de pecado) el concubinato, la barraganía o el amancebamiento o cualquier infracción a la castidad, en particular de la femenina. O el enfoque en términos de culpabilidad e inocencia para todas las crisis de separación de cuerpos en el matrimonio, que permeaba todas las medidas personales y patrimoniales a adoptar. Y tantísimos otros efectos, en sede de des-

(53) PEÑA, *op. cit.*, p. 17: “A diferencia del sistema romano se produce ahora una organización de la familia en función del matrimonio”.

(54) Como expone PÉREZ ÁLVAREZ, *CCJC*, 26, p. 620, destacando el régimen restrictivo, y atormentado, que comportaba en el plano sucesorio.

heredación, revocación de donaciones, remoción de cargos tuitivos, etc.

c) Por tanto, el fomento legal y moral del matrimonio y de la familia legítima era, en ese contexto de fe religiosa sincera y prácticamente universal, una técnica normativa y social que, junto a la persecución de otros fines morales y político-sociales, servía también para implantar un control, moralmente aceptable, de la natalidad, que fuera alternativa al sacrificio de niños, practicado en numerosos pueblos como medio de regulación de la población o al aborto (pecado e ilícito civil en la cosmovisión de la época), como era también medida alternativa respecto de las prácticas inmorales indicadas el fomento legal y cultural del tomar estado religioso o con voto solemne de castidad (55), o lo era también el apoyo legal para crear capellanías, laicales o colativas, a menudo conexas a mayorazgos que, dado el celibato impuesto a los beneficiarios, eran instrumento igualmente enderezado a limitar, de manera fáctica, la generación (56).

d) Este entramado jurídico-moral, que tanta importancia hacía radicar en la familia legítima y el matrimonio, coadyuvaba a que en verdad la mayor parte de la riqueza patrimonial de la época (57) circulara fuera de las teóricas reglas romanistas del *ius commune*, dijeran lo que dijeran los civilistas acérrimos admiradores del Derecho romano, para someterla en realidad a cauces y normas claramente diferentes, como eran, fundamentalmente, todas las que se compendian en las fórmulas de la propiedad (entendida como propiedad-institución) vinculada (mayorazgos, patronatos, capellanías, con su riquísima multiplicidad) (58).

(55) HATTENHAUER, *loc. cit.*, destaca estos puntos.

(56) Aparte evitar la proliferación de líneas genealógicas legítimas (CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Madrid, 1974, p. 173).

(57) Que no se ceñía a los perfiles de la apropiabilidad privada o *in commercium* que hoy tenemos, sino que englobaba a potestades jurisdiccionales, vasallos, pechos, oficios, armas y apellidos, blasón, títulos, etc.

(58) Podría llegar a decirse que la familia va a ser, aplicando nuestra terminología, propietaria, en el sentido de que la propiedad no era del *pater familias*, ni de los hijos, sino de todos y cada uno de los sucesivos miembros del linaje, y sin facultad de disposición. De hecho, algunos autores llegaron a afirmarlo con total seriedad: la familia sería una corporación personificada: GIERKE, BESELER, etc. Aquí se inserta la explosión en la importancia de la heráldica y de la genealogía.

Es importante tener presente que, según CLAVERO, *op. cit.*, p. 118, a finales del S. XVIII, en mayorazgo estaba en torno al 50 % de la superficie de España (con otro amplísimo porcentaje para la propiedad amortizada

Precisamente por ello, se regulaban, además, en los Derechos autóctonos, propios, forales o locales⁽⁵⁹⁾ numerosas sucesiones troncales de uno u otro sesgo (en bienes de conquistas, gananciales, de abolengo...) o fórmulas sucesorias muy singulares que pivotaban sobre un interés prevalente de la familia legítima = linaje (casa, masía...) (fideicomisos familiares, heredamientos, sustituciones *si sine liberis decesserit*, indivisiones e indisponibilidad en bienes productivos, con supresión de la legítima o pago de la misma en dinero, alimentos o dote, testamentos mancomunados, usufructos vituales, etc.), con numerosos retractos gentilicios o troncales o pro mayorazgo, con amplia extensión en los parientes tronqueros; donaciones *mortis causa* o con complejas reversiones familiares; etc.

Y de ahí, precisamente, la enorme importancia de las capitulaciones matrimoniales, que, complejísimas hasta el asombro, eran una vía para vincular linajes, acrecentar cargos, rentas y dignidades, generando alianzas y aliados, que contenían numerosísimas disposiciones patrimoniales incluso de naturaleza *mortis causa* (donaciones *propter nuptias*, dotes de diferentes modalidades, promesas sobre la mejora, instituciones de herederos, etc.)⁽⁶⁰⁾. He aquí, por ejem-

eclesiástica). Y otro altísimo porcentaje estaba en formas de vinculación de menor intensidad, que se conseguía para segundones u otros miembros de la nobleza, vía patronatos y capellanías.

Pero repito: creo que no solo era una cuestión de preservar la preeminencia de unas clases sociales (que desde luego lo era). Por ejemplo, con el Derecho privado realmente vigente, irrumpía también, como ya se ha dicho, una constelación de obras pías, hospitales de enfermos o transeúntes, casas de beneficencia, montepíos, hospicios, casas de maternidad, casas-cuna, colegios, escuelas, dotaciones de estudiantes o doncellas pobres, etc., que, al igual que también beneficiaba al *status* socio-político de la Iglesia, daba cumplimiento a finalidades que hoy llamaríamos asistenciales o de beneficencia o de prestaciones sociales.

Ello deja una huella atormentada en relación con la institución clásica de las legítimas en materia sucesoria cuyo perfil justiniano quedó fuertemente comprometido por la regulación familiar medieval a que aludo en el texto, y que explica muchas de las polémicas modernas sobre su naturaleza jurídica.

(59) Los tan abusivamente conocidos como "Derechos germánicos" (a menudo por razones ideológicas, o políticas o por errores historiográficos) que, como en España ocurría, de "germánicos" quizá tuvieran más bien poco, y que sencillamente eran florecimientos autóctonos ajenos al *Corpus iuris* e incluso a los cánones.

(60) Las capitulaciones matrimoniales, tal y como se explican hoy (meramente instauradoras del régimen económico del matrimonio) eran virtualmente irrelevantes.

Como curiosidad, era habitual que la mujer de bendición incluyera en

plo, el “matrimonio concertado”, lo que, siendo hoy blanco para la burla fácil como propio de subcultura, estuvo extendido en amplias zonas de la Europa occidental hasta bien entrado el S. XX(61).

e) Por otra parte, no puede perderse de vista que la familia, en este contexto jurídico histórico, era, en muchos estratos sociales, la célula fundamental de producción económica(62). Abundantes rastros hay de esta función en nuestro ordenamiento privado más arcaico, como la sociedad familiar gallega, la sociedad continuada del Derecho aragonés, la sociedad universal del Derecho común (arts. 1671 y ss. Cc), entroncadas incluso con la vieja sociedad colectiva mercantil(63).

f) Y la familia, con el diseño jurídico indicado, no solo se delineaba como el ámbito primordial de educación de la prole, sino que era también ámbito de remedio para los infortunios y enfermedades (con tanto alivio para cualquier tipo de arcas públicas). La función de previsión y ayuda entre miembros de la familia era importantísima, plasmada jurídicamente en la obligación de alimentos, y con una extensión del grupo familiar en que se prestaban tales alimentos que hoy llamaríamos troncal, y de la que ya solo hoy quedan –entre nosotros– meras trazas en el mundo rural y, como mero ejemplo, en la cultura gitana.

las capitulaciones matrimoniales el compromiso del marido de no contraer posterior matrimonio con sus anteriores barraganas (para que no pudiera operar la legitimación por subsiguiente matrimonio de la prole) (CLAUVERO, *op. cit.*, p. 242). O que se incluyeran pactos obligando a los descendientes a no contraer matrimonio con persona de cierta cualidad –de mala raza, judíos, moros o descendientes de conversos–, o de contraerlo positivamente con persona de determinada calidad –hidalgo, cristiano viejo y limpio, consanguíneo, dentro de la familia...– (CLAUVERO, *op. cit.*, p. 256).

(61) Puede leerse la Pragmática Sanción, de 23 de marzo de 1776, con pena de desheredación y de privación de derechos sucesorios abintestato para los hijos de familia que se casasen sin el consentimiento paterno (o supletorio) (Nov. R 10.2.9). Véase también la Ley 49 de Toro. Aun ALONSO MARTÍNEZ exponía como uno de los deberes sacrosantos del padre procurar buscar un matrimonio adecuado para sus hijos (al mismo nivel que procurarles una preparación u oficio dignos). Y la doctrina de la época justificaba la plena competencia de la potestad real para legislar sobre el matrimonio para evitar los matrimonios desiguales, fortalecer el esplendor y vigor de las familias cristianas y no trastornar el orden social –recuérdese que, en principio, era materia canónica, y como principio el Derecho canónico enfatizaba la esencial libertad del consentimiento matrimonial–.

(62) La “economía” era el gobierno de la casa; “proletario” era aquel cuya única riqueza era su prole, etc.

(63) Hoy virtualmente desaparecidas, tanto por la sociología contemporánea como por el control fiscal.

No por casualidad la voladura de todo este cuadro normativo de las relaciones familiares también está en la raíz del estallido de la llamada "cuestión social" en la segunda mitad del S. XIX y del tan cacareado actualmente vaciamiento de la España rural (de este momento datan la mayoría de los ensanches o barrios extramuros de las grandes ciudades europeas) (64).

g) La consagración legal de una posición jurídica deprimida de la mujer –común a tantas otras sociedades–, con su casi obligatoria dedicación a las funciones de ama de casa –madre y ecónoma–, o reclusión en religión (el "tomar estado" del art. 321 originario del Cc) venía acompañada en lo patrimonial de un régimen económico matrimonial sorprendentemente igualitario o incluso favorecedor para la mujer casada como era el de gananciales (65) –operativo con independencia del mayor o menor celo desplegado realmente en las tareas domésticas–, con responsabilidad por las cargas matrimoniales solo de índole subsidiaria con los bienes parafernales (art. 1385 Cc/1889), cobrando antes sus créditos de dote y parafernales que los acreedores ordinarios de la sociedad de gananciales (66), y, además, con la presunción general de ganancialidad, de fuerza práctica enorme –y sin que cupiera ninguna confesión de privatividad–, o beneficiaria de figuras patrimoniales hoy inusitadas como la dote –que era obligatoria en relación con las hijas legítimas–, complementadas con unos derechos sucesorios como viuda amplios y variados (67),

(64) Por supuesto, junto a tantísimos otros factores, tales como, por ejemplo, en España, la desamortización y venta en subasta o por enchufe de los bienes comunales y de propios, que eran de hecho sostén de muchos grupos sociales más necesitados, o la desamortización de bienes afectos a causas pías (hoy diríamos *lato sensu*, beneficencia, o finalidades asistenciales), junto a razones de orden económico y político conexos a un capitalismo muy desenfrenado.

(65) O el de conquistas, o de bienes muebles y ganancias, de comunicación foral y asociación a compras y mejoras. O regímenes de comunidad en otras regiones europeas. Es un hecho objetivo que son ajenos a la tradición romanista, y surgen, pues, como florecimientos autóctonos, en lo que abusivamente suele identificarse como elemento germánico, o, junto a ello, con un claro influjo del Derecho canónico, que fomenta la inteligencia del matrimonio como generador no solo de una unión carnal, sino también patrimonial (por todos, reenvío a Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padua, 1971 (ristampa anastática), pp. 276-280.

(66) Cfr., Leyes 60 a 62 de Toro.

(67) El derecho, sin computar en la dote o en los parafernales, al lecho cotidiano con todo lo que lo constituía, así como las ropas y vestidos de uso ordinario (art. 1374 Cc/1881), que no era extensible al varón, o el pago

cosas todas que, de nuevo, resultarían poco comprensibles para cualquier romanista o incluso civilista del *ius commune* (68).

Aquilatar muchos de estos datos –y tantos otros– en su justa medida, para explicar soluciones normativas pretéritas y actuales, incluso el mero hecho de *percibirlos*, está en trance de perderse hasta en los escalafones más prestigiosos de la civilística (69). Pero creo útil intentar hacer un esfuerzo de comprensión, para la mejor interpretación y aplicación del Derecho vigente (arts. 3 y 4 Cc).

Evidentemente, los cambios jurídicos que fueron sucediéndose tras la revolución francesa y el tropel de hondos fenómenos acontecidos en el S. XIX hubieron de incidir poderosamente en esta materia. Por un lado, por conocidos postulados filosóficos, y por la enemiga contra todos los cuerpos intermedios entre individuo y Estado, el sujeto jurídico va a pasar a ser siempre el hombre, y no la familia, que por ello comienza a presentar perfiles jurídicos más vaporosos (como les ocurrió a gremios, corporaciones, hermandades, cofradías, etc.).

Por ello, la propiedad se define ya como derecho individual y exclusivo, dotado esencialmente de las facultades de goce y disposición (art. 348 Cc), y nunca ya como derecho familiar, sin facultad de disposición (esto es, amortizado). Tenderán a desaparecer las manifestaciones de sucesión troncal y el retracto gentilicio, y a declinar las sucesiones contractuales, las sustituciones familiares, las capitulaciones matrimoniales voluminosas y las donaciones *propter nuptias*, la dote o las donaciones *mortis causa* o con cláusulas de reversión familiares, etc.

La familia tiende a dejar de ser un organismo de producción: sus integrantes pasan a ser, también como tendencia, sencillamen-

por el caudal ganancial de los vestidos de luto (art. 1379) y el derecho a obtener alimentos del caudal ganancial (hablo de lo que atiene al Derecho castellano; figuras análogas en otros Derechos territoriales españoles).

(68) Evidentemente, el elenco de derechos y deberes, sujeciones y facultades de la mujer en general y de la casada, en particular, era mucho más complejo. Un cuadro lacrimógeno puede verse en VALPUESTA, *op. cit.*, *passim*. Creo que también silencia aspectos de benignidad o directamente de favor o privilegio.

(69) Tras décadas en que muchas de sus rebabas subsistieron formalmente en vigor como *lex lata* por la congelación político-social de nuestro país, a resultas de la resolución de nuestra sobrecogedora Guerra Civil, y en las que el Derecho de familia formalmente en vigor se explicaba como régimen jurídico dimanado del Derecho natural o como rasgo esencial de la hispanidad (en su caso en sus distintos espíritus nacionales), hemos pasado a una preterición casi absoluta de los precedentes históricos.

te consumidores. Languidecen las viejas comunidades o sociedades familiares. Empieza el declive de las funciones asistenciales, de previsión y educativas de la familia. Jurídicamente comienza a restringirse la noción de familia a la nuclear.

Por otra parte, se va a comenzar (aunque la evolución, entre nosotros, será muy lenta y llena de cesuras y alteraciones bruscas) a predicar la separación entre Iglesia y Estado, lo que, como mínimo, va a tener como consecuencia la aparición ya de algunas regulaciones civiles y no canónicas sobre el matrimonio y la filiación y patria potestad (lo que comportará, como ya hemos dicho, la súbita aparición de una parte del Derecho civil rotulada como "Derecho de familia", con una extensión muy amplia).

Pero es que la evolución en este campo se ha ido acelerando en el S. XX, como ya hemos dicho, por varios factores:

a) Las sociedades occidentales, y, desde luego, también España, se han hecho mayoritariamente laicas, alejándose de los preceptos de toda moral religiosa (y no solo de la católica, a menudo demonizada entre nosotros por complejas razones sociológicas hispánicas) —*secularización*—.

Inevitablemente, se pierde en la mayoría social la conexión entre el matrimonio y las finalidades de remedio de la concupiscencia y educación de la prole; y se desvanece la tacha de inmoralidad sobre las relaciones homosexuales o sexuales extramatrimoniales o incluso el respeto reverencial a la vida humana, que determinaba la tipificación delictiva o, cuanto menos, la condena moral del aborto, la eutanasia y al *human enhancement*.

b) Consiguientemente, se generaliza la convivencia de pareja basada en el afecto libremente expresado y no en el cumplimiento de deberes morales, religiosos o sociales, lo que tiene importantísimas consecuencias, por ejemplo, en cómo se contrae matrimonio (70), en la extensión de las uniones de hecho (71), en cómo se

(70) Casi no hay ya matrimonios concertados o de interés familiar, o respecto de los que algo pudieran decir los progenitores de los novios. Casi incomprensibles quedan los eruditos estudios sobre la licencia parental para el matrimonio de los hijos (con un régimen realmente de alcance, en los arts. 45 a 50 del Código civil originario), como los desplegados por DE CASTRO, "Sobre el matrimonio de los hijos", cit., o por ROYO, *op. cit.*, pp. 43 a 50, y que tenían el trasfondo histórico mencionado. Nadie hoy se atrevería a decir que entre las obligaciones de los padres figure el buscar un matrimonio adecuado para los hijos, lo que era idea común doctrinal hasta no hace mucho.

(71) Ya en todos los estratos de la sociedad, e incluso con una cierta acepción positiva: es una especie de prueba prematrimonio que, caso de

lleva a cabo el divorcio o cese de la convivencia y, en consecuencia, en la propia noción de matrimonio, que vuelve a ser jurídicamente, por más que se quiera postular lo contrario, solo una modalidad de acuerdo o contrato asociativo (72).

c) La irrupción de la mujer en el mercado de trabajo, con las mismas posibilidades de adquirir patrimonio que los varones, determina un claro desdibujamiento de su rol clásico, otrora religiosa y políticamente ensalzado, de encargada natural de las tareas "domésticas". Hoy ese rol, si no desaparecido definitivamente de la sociedad, sí parece incluso deslegitimado desde instancias de pensamiento oficial (73).

d) Se percibe una menor sumisión de los jóvenes a sus progenitores y antecesores, al resquebrajarse las potestades tradicionales de autoridad de estos (74), potenciarse sus derechos personales e intereses y, por qué no decirlo, al devenir bien lánguidas actualmente las nociones de deber y de responsabilidades, sobre todo, en su comprensión o explicación intergeneracional o transpersonal (75);

e) Descubrimiento de ciertos anticonceptivos y perfeccionamiento extremo de otros y de la posibilidad, casi sin riesgos aprecia-

que no cuaje, logra una desvinculación sin los traumas personales y patrimoniales que genera una separación o divorcio y que se percibe, en cualquier caso, como una relación más veraz o real, al no quedar aprisionada por papeles y formalismos. Lo que, como es notorio, ha motivado regulaciones múltiples en distintos planos del ordenamiento, común, o autonómico.

(72) Con tonos dantescos, CONTRERAS, *La fragilidad de la libertad (cómo se desgastan los fundamentos de la sociedad abierta)*, Madrid, 2018, p. 15, lo denomina la "desinstitucionalización" del matrimonio, que pasa a ser visto como "la mera certificación de una relación emocional entre dos (¿o más?) adultos, que tendrá las condiciones y la duración que estos deseen". En cualquier caso, son claramente indicativas las definiciones de matrimonio que transcribe: "el matrimonio consistiría en cariño, intimidad, felicidad", en "una amistad única y profunda", "una oportunidad de felicidad" (Rodríguez Zapatero, en su discurso en el Congreso, el 30 de junio de 2005), "comunidad de afecto y sociedad de ayuda mutua entre dos personas" (STC 198/2012, de 6 de noviembre) (p. 48).

Si el matrimonio es hoy eso, lógico es que pueda contraerse, suspenderse y disolverse con una mera comparecencia ante notario, llevando al arrumbamiento a miles de páginas sobre el papel del funcionario o ministro autorizante, valor del consentimiento y la forma, etc.

(73) Puede leerse VALPUESTA, *op. cit.*, pp. 1080, 1087 y 1092.

(74) Creo más fundado que lo descrito se deba a lo que indico en el texto y no a la progresiva disociación entre filiación y relación biológica-genética que sustituye a los padres por "progenitor A" y "progenitor B", como apunta CONTRERAS, *op. cit.*, p. 74.

(75) *Ad rem*, CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 81 y 86.

bles, de muy variadas y refinadas técnicas de reproducción asistida, de aborto, y, con absoluta fiabilidad, de un medio cómodo y barato para determinar la paternidad (76).

f) El incremento de la capacidad asistencial del Estado actual, aparentemente ilimitada –o, al menos, así es en el imaginario colectivo–, retroalimenta el agostamiento inevitable de las funciones asistenciales y de previsión que tenía el matrimonio y la familia en otras épocas (entre otras muchas consecuencias sociales, económicas y culturales, claro está) (77).

g) El movimiento cultural y ético hacia el enaltecimiento de los derechos y libertades individuales (o bienes de la personalidad), comenzando por la libertad de conciencia impele a rechazar las clásicas estructuras familiares autoritarias y jerárquicas, y las discriminaciones por razón de los distintos estados civiles familiares (78).

h) La permeabilidad de las fronteras jurídicas en un mundo crecientemente globalizado atenúa, aún más, la eficacia de las normas jurídicas en materia familiar dictadas por un solo Estado (79).

Son hechos como estos –creo que objetivos– los que han destrozado el modelo de familia que fue codificado (80), y no tanto una supuesta labor de zapa de los civilistas progresistas, que más aprovechan la descripción de unos cambios en gran medida eclosionados *per se*. Son datos objetivos como estos los que inviabilizan a

(76) Creo que está por hacer la reflexión profunda sobre las consecuencias copernicanas que esta realidad científica supone. El matrimonio fomentado legalmente fue fórmula, entre otros fines, como he expuesto, durante siglos para intentar buscar mayor certeza sobre la paternidad; obviamente, ese papel queda en buena medida desprovisto de sentido. Buena parte de la regulación actual de la filiación queda obsoleta, como en su momento lo quedó el impedimento de pública honestidad para la viuda (art. 45.2 Cc/1889) o, como ya se ha indicado, las prevenciones que hay que adoptar cuando la viuda queda encinta (arts. 959 y ss. Cc).

(77) No es casual la correlativa pérdida de importancia sociológica de los alimentos, en relación de proporcionalidad inversa al crecimiento del Estado social y asistencial.

(78) PEÑA, *op. cit.*, p. 18 no puede dejar de reconocer este dato crucial.

(79) Por ejemplo, todos saben que la prohibición española del alquiler de útero en absoluto impide que en España se dé el “turismo reproductivo” ni que haya un mercado internacional de bebés a la carta y madres gestantes. Cfr. www.babygest.es.

(80) Creo que mientras los trabajos históricos sobre contratos o sucesiones siguen teniendo una importancia enorme, los trabajos doctrinales sobre familia de hace, por ejemplo, cincuenta años, son virtualmente inutilizables.

radice cualquier tipo de propuesta de restauración, repristinación o de retorno.

Ninguna propuesta *de lege ferenda*, o crítica *de lege lata*, en esta materia puede ser sólida ni plausible hoy si no parte de estos hechos a modo de premisas.

Si hay buena parte de razón en la conocida frase de KIRCHMANN: “*tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura*”, más aún la hay –y máxime en materias como la del Derecho de familia– en la no menos conocida máxima: *minima mutatio facti, mutat totum Jus* (81).

De los enormes cambios sociales y culturales que se han reseñado tuvo que levantar acta incluso el legislador franquista: reformas de 1958 (Ley de 24 de abril de 1958) y 1975 (Ley 14/75, de 2 de mayo). Y, con posterioridad, dejan ya su huella también en la Constitución (82), que conducirá luego a la importantísima reforma de las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 y sucesivas. La evolución, que sigue siendo muy visible en la legislación ordinaria posterior –con un jalón notabilísimo en 2005, con la reforma de la separación o divorcio [llamado divorcio-exprés] y la admisión del matrimonio homosexual–, aún no se ha detenido, ni tiene visos de que lo haga.

VII. INTENTO DE VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL

En una especie de resumen provisional, podemos destacar los siguientes rasgos del Derecho de familia actual:

(81) Sin que debamos caer en determinismos o materialismos (históricos o de cualquier otro tipo).

(82) Soy de los que opinan que el influjo que la Constitución tuvo, como norma jurídica, en esta materia fue limitado. Sin duda, de hondo impacto –casi sísmico– el principio de igualdad en derechos de las filiaciones (arts. 14 y 39), con eficacia inmediata, en virtud de la Disposición derogatoria 3ª. Pero en otros extremos el influjo real fue vago, cuando no epidérmico, acaso porque nunca llegó la Carta Magna a ambicionar un papel de conformación social intensa, siendo su objetivo principal restañar las heridas arrastradas de una contienda civil terrible, e intentar alinear a España en la órbita o estándares de los países de nuestro entorno. Más importante, a mi juicio, resulta ser a la postre, más que artículos concretos (que en su mayor parte se alojan entre los meros principios rectores), el reenvío crucial contenido en el art. 10.2 CE.

a) Se mantiene (formalmente, al menos) la aportación liberal de que el sujeto jurídico es el individuo y no ningún tipo de familia (83).

b) Pueden considerarse obsoletas, o muy poco efectivas, muchas disposiciones normativas que aún piensan en la familia como vía para fundar y acrecentar un patrimonio (el “patrimonio familiar”). En realidad, más allá de exangües manifestaciones forales (84), o de retoques en los arts. 1056.II, 831 y 841 y ss. Cc, tan complejos como poco usados, suelen tener tales normas, hoy, prevalentemente finalidades a mi juicio totalmente alejadas de los valores implicados por la discusión sobre la familia y sus contornos (por mucho que la fraseología de propaganda diga lo contrario): obtención de ahorro fiscal y búsqueda de cauces de perpetuación de posiciones de poder socio-económico, que funjan a modo de los mayorazgos y los vínculos de la riqueza en el Derecho histórico (85).

(83) En nuestra Constitución la familia no forma parte de la organización del Estado, a diferencia de lo que ocurría en el régimen corporativo anterior, ni tiene función política que cumplir.

(84) O de curiosas disposiciones del antiguo régimen de sabor “falan-gista” (Ley de 15 de julio de 1952, patrimonios afectos a explotaciones agrícolas, etc.).

(85) Finalidades verdaderas que, además, se encauzan por terrenos ya allende el Derecho civil: sociedades mercantiles, o fundaciones, tan civiles hoy como administrativas o mercantiles. Sinceramente, menciones y regulaciones a la familia o la casa como sujetos de derechos y obligaciones y titulares de relaciones que aparecen aún en varios de los Derechos territoriales españoles me parecen fósiles jurídicos.

En conexión con las finalidades fiscales o sencillamente político-económicas –no de verdad familiares– creo que se formulan las propuestas de reintroducir en el Derecho común figuras como los contratos sucesorios, los testamentos mancomunados, los poderes testamentarios, o los protocolos familiares, como en su momento se llegó a proponer la validez de las fundaciones estrictamente familiares. Sobre esta temática, sigue siendo de referencia inexcusable el magnífico artículo de DE CASTRO, “Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares”, *ADC*, 1953, pp. 623 y ss. Igualmente, en conexión con los objetivos del ahorro fiscal, deviene de suma importancia, actualmente, el capítulo relativo a la planificación fiscal sucesoria, que, cuando cae en manos de economistas o meros fiscalistas, conduce en numerosas ocasiones a verdaderos desastres jurídicos (véase, por ejemplo, mi “La planificación fiscal, el empleo de sociedades de capital para optimizar la tributación del Impuesto de sucesiones y el Derecho de sucesiones”, en *Revista de Derecho patrimonial*, 2019).

Estoy convencido de que, de manera en gran parte consecuencial respecto del terremoto ya ocurrido en el Derecho de familia, más temprano que tarde van a llegar cambios también muy hondos en, por ejemplo, el

c) Hay clarísima reducción de las áreas asistenciales primarias (sanidad, educación) a cargo primordial de las familias, atribuidas ahora al Estado (u otros cuerpos intermedios, incluso jurídico-privados, a menudo fuertemente subsidiados y/o mediatizados o que se intentan a toda costa mediatizar –Iglesia católica, las ONG, asociaciones, fundaciones, etc.–), lo que, en lo que aquí nos interesa, conlleva un declive en la importancia de instituciones jurídicas como los alimentos, legados para tales fines, etc., y coadyuva, a su vez, a la contracción de la familia sociológicamente vivida.

d) Se ha consumado ya totalmente la separación de Iglesia y Estado en esta materia (art. 16 CE), con la consiguiente existencia de normativa civil sobre todos los aspectos familiares, no necesariamente vinculada con los principios católicos tradicionales(86).

e) Aumenta la presencia de los poderes públicos, bien legislativamente (conformando imperativamente el contenido jurídico de las relaciones familiares), bien permitiendo una mayor intervención judicial en la vida familiar (y, recientemente, incluso de intervención administrativa, lo que es un fenómeno aún más problemático). No en vano hemos debido reconocer que el Derecho de familia hoy, de nuevo, en buena parte de sus contenidos, se separa bastante del núcleo del Derecho privado, y presenta actualmente áreas que se insertan o acercan a una especie de “Derecho administrativo social”.

f) Hay un incremento de los márgenes de actuación de la autonomía privada en este campo, especialmente en el régimen económico matrimonial, la separación y divorcio y las uniones de hecho. Con fricciones abundantes en cuanto a lo comentado en el punto e, antes expuesto, que a veces son sorprendentes. Así, mientras históricamente las visiones progresistas buscaban la plena emancipación personal frente a los modelos familiares propuestos por el Estado y la Iglesia (a menudo al alimón) –patriarcales o autoritarios–, hoy son esas visiones las que, con influjo en el aparato del Estado, y con absoluta supremacía ya ante cualquier Iglesia, propugnan, como hemos ya indicado, la legislación y la intervención crecientes del Estado y sus Administraciones para moldear y conformar las nuevas relaciones jurídico-familiares(87).

Derecho de sucesiones. Y creo que no irán hacia el fortalecimiento del cliché de la familia tradicional.

(86) Obligada constitucionalmente, por ejemplo, en punto a matrimonio (art. 32 CE).

(87) Con delicados problemas de delimitación constitucional y de política del Derecho en relación con los arts. 10, 17, 18 o 27 CE, por ejemplo.

g) Continúa ahondándose en el fenómeno, también jurídico, de contracción de la noción jurídica de familia: hay ya muchas alusiones legales a familias monoparentales o a familias sin vínculo matrimonial alguno, o que, sociológicamente, se caracterizan como “desestructuradas”.

Todos estos rasgos están en ebullición hoy. El dato normativo inevitablemente queda, como hemos indicado, condicionado y/o desbordado por todos los fenómenos descritos y, a su vez, el que se elabora en las distintas reformas –no siempre bien meditadas– coadyuva, en movimiento de retroalimentación, a generar nuevos cambios sociales adicionales.

Al jurista de Derecho privado no puede nunca serle ajeno un enjuiciamiento, con espíritu crítico, de esta realidad, en la que no todo son consecuencias favorables o meritorias, mal que pese a las propagandas oficiales y órbitas afines. A mero título de ejemplo:

- Gran incremento de personas solitarias o aisladas –en particular, ancianos o enfermos– sin vinculaciones familiares efectivas u operativas que pudieran funcionar como sostén(88);

- Confusión extrema sobre valores o principios o pautas de comportamiento en esta materia que se pudieran postular como socialmente positivas;

- “Invierno demográfico” que inviabiliza a medio plazo el sistema contributivo y hasta el asistencial;

- Pobrísimos apoyo legal y real a las familias con hijos(89);

- Administraciones públicas hipertrofiadas en muchísimos ámbitos, otrora más propios de la libertad individual(90);

- Extrema dependencia de amplias capas sociales respecto de lo asistencial público –y, por tanto, del subsidio o del enchufe o del

Extremos que, como ya hemos advertido, son los que concitan el máximo interés dogmático, político y cultural en el momento actual.

(88) Creo que en el ámbito notarial se aprecia en el notable incremento de los testamentos que se pretenden otorgar por personas muy desvalidas y en circunstancias problemáticas.

Es llamativo el tratamiento que, por ejemplo, a la tercera edad da la Constitución, en un pobre principio rector, que además omite todo efecto para con el Derecho privado, y se detiene solo en mencionar aspectos públicos asistenciales.

(89) De nuevo la evanescencia de la Constitución en este plano es llamativa. Solo una esmirriada mención en el art. 39.2.II, como principio rector, bajo la fórmula de protección integral de las madres, con escasas repercusiones en el Derecho privado.

(90) Patria potestad, facultades conexas con la educación, etc.

pope político del partido de turno–, lo que, curiosamente, parece incrementar, cada vez más, el dualismo social;

- Conversión en bienes de mercado de la procreación y la gestación, con resultados ya de “bebés a la carta” y compra directa de niños;

- Irrupción de más frecuentes problemas psicológicos en niños y jóvenes a resultas de las relaciones sentimentales tormentosas de los progenitores, etc.

Estas líneas solo pueden llegar a aconsejar a quien se aproxime al Derecho de familia que lo haga con un sano espíritu crítico y de análisis, sin prejuicios ni tapujos, intentando no quedar condicionados *ab initio* por visiones muy rígidas y dogmáticas, que en esta materia abundan.

Y a que si quien lee estas páginas es un civilista, advierta que sobre esta materia pueden y deben intervenir los civilistas, pero, hoy, hay que hacerlo, necesariamente, junto a sociólogos, políticos, filósofos, religiosos y otros actores. Que el Derecho de familia se estudie aun exclusivamente en el Derecho civil, y con extensión y aparato dogmático abrumadores, quizá se mantiene formalmente, en gran medida como consecuencia de una anomalía histórica: falta, durante cuarenta años, de un Derecho constitucional propiamente hablando, remisión casi *in toto*, durante todo ese periodo, a muchas materias que el Derecho canónico consideraba como Derecho de familia, y un Derecho de la persona anémico y meramente apendicular y una Filosofía del Derecho durante mucho tiempo “congelada”. Pero en verdad amplias zonas de lo que aún conocemos como Derecho de Familia han sido siempre, y hoy se ve con más claridad, ante todo, Derecho de la persona (o ese Derecho materialmente constitucional que el Derecho civil representaba, en su primer curso, o en el primer libro del Código), y, claro está, terreno político y sociológico(91).

Terreno en el que, faltaría más, también está presente el civilista o el jurista de Derecho privado y en el que puede desarrollar una de sus funciones más nobles y útiles socialmente: la tarea *de lege ferenda*, bien en su vertiente de propuesta, bien en la de crítica y

(91) ¿No es revelador, por ejemplo, que las piedras miliars sobre el tratamiento de la gestación por otro o alquiler de útero procedan del TEDH?

Por supuesto, también creo que a todos los que intervienen en esta materia desde los terrenos de la Filosofía del Derecho, política, sociología, religión, etc., les habría de ser exigible un mínimo de conocimientos técnicos del Derecho de familia civil, lo que conlleva un pequeño esfuerzo para visitar y respetar nuestras elaboraciones, multiseculares y delicadas.

desenmascaramiento, siempre guiado por lo que pueda entender más cercano a la justicia y a lo realmente beneficioso para el interés general o bien común.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1884.
- BUSSE, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padua, 1971.
- ICU, "Il diritto di famiglia nello stato fascista", *Jus*, 1940.
- *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914.
- CLAVERO SALVADOR, B., *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Madrid, 1974.
- CONTRERAS PELÁEZ, F., *La fragilidad de la libertad (cómo se desgastan los fundamentos de la sociedad abierta)*, Madrid, 2018.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho de la persona*, Madrid, 1952.
- "El matrimonio de los hijos", *ADC*, 1954, pp. 35 y ss.
- HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, Barcelona, 1987.
- LÓPEZ LÓPEZ y otros, *Derecho de familia*, Valencia, 1991.
- "Diversidad, feminismo y principio de igualdad", en *Derecho civil constitucional*, Sevilla, 2015.
- PEÑA Y BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Madrid, 1989.
- PÉREZ ÁLVAREZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 26, pp. 613-630.
- ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, "Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista", *ADC*, 2010, pp. 1053 y ss.

PROYECTO DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EJERCICIO DE SU CAPACIDAD: ANÁLISIS DE LAS NORMAS SUCESORIAS AFECTADAS

Cristina de Amunátegui Rodríguez

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

Resumen: Se está tramitando en el Congreso un trascendente Proyecto de modificación del Código civil, y otros textos legales, en materia de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Este estudio se referirá a las modificaciones propuestas en el ámbito sucesorio, con el ánimo de destacar sus principales novedades, teniendo en cuenta el trasfondo que implica el seguimiento de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Palabras clave: Proyecto de reforma, Código Civil, sucesiones, capacidad de las personas, Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Abstract: The Congress is presently negotiating an extremely important project on the reform of the Civil Code and other legal texts' norms regarding the legal capacity of disabled persons. This paper addresses the major changes introduced by the proposed modifications in relation to succession taking into consideration the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Key words: Reform Project, Civil Code, Succession; person's legal capacity, Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO DE SUCESIONES
- III. SIGNIFICADO DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA REFORMA
- IV. PRECEPTOS RELATIVOS A LA SUCESIÓN CUYA REFORMA SE PROYECTA
 - 1. Normas relativas a la capacidad para testar: Artículos 663 y 665 CC
 - 2. Preceptos relativos al otorgamiento de testamentos por personas con algunas discapacidades sensoriales: Artículos 695, 697, 708 y 709 CC. Reconocimiento de la posibilidad de utilizar firma electrónica para el testamento cerrado: Artículo 706 CC. Revocación del testamento cerrado: Artículo 742 CC
 - 3. Reforma en materia de prohibiciones testamentarias: Artículo 753 CC
 - 4. Causas de indignidad: Artículo 756 CC
 - 5. Sustitución ejemplar: Artículo 776 CC
 - 6. Sustitución fideicomisaria y legítima: Artículos 782, 808 y 813 CC
 - 7. Legado de habitación: Artículo 822 CC
 - 8. Colación: Artículo 1041 CC
 - 9. Normas sobre aceptación y partición: Artículos 996, 1052, 1057 y 1060 CC
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN(1)

Durante estos meses se está tramitando en las Cortes el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOCG núm. 121/000027, BOCG 17 julio 2020).

(1) Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación RTI2018-094855-B-100, "Desafíos del derecho de sucesiones en el siglo XXI: una reforma esperada y necesaria" dirigido por la profesora M.^a T. ÁLVAREZ MORENO, y del Grupo de Investigación UCM "Nuevas perspectivas del Derecho civil", dirigido por el profesor L. A. ANGUITA VILLANUEVA.

Se trata de una iniciativa conocida por todos, sobre la que se ha pronunciado la doctrina con carácter previo desde hace tiempo, en un buen número de trabajos(2), y que por las vicisitudes políticas de los últimos años no ha comenzado su *iter* parlamentario hasta el mes de julio pasado, si bien su redacción ha pasado por sucesivas versiones de Anteproyecto, con notables variaciones(3), hasta su definitiva entrada en el Congreso.

Como es sabido, la reforma persigue la adaptación de nuestro ordenamiento a las premisas de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD o CNY), de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado español en Instrumento publicado el 21 de abril de 2008 (sin reserva alguna), diseñando un sistema revolucionario en cuanto al tratamiento del apoyo a las personas con discapacidad. A diferencia de la regulación todavía vigente no se busca ni anhela la protección de las mencionadas personas partiendo de lo que otros entienden previsto o pensado en su beneficio, sino que pretende el reconocimiento pleno y total de los derechos que les asisten como sujetos, atendiendo a su plenitud de ejercicio en igualdad de condiciones que los demás, incluyendo el aspecto civil de su capacidad. No se trata de que otras personas entiendan o presupongan lo que es mejor o más beneficioso para quien presenta alguna discapacidad, sino que se dirige a reconocer para ella los mismos derechos y posición que ostenta cualquier otra persona, como una cuestión de derechos humanos que se dirija a su plena inclusión(4).

(2) Ver el número monográfico publicado en la *Revista de Derecho Civil*, julio-agosto de 2018, con contribución de diversos autores miembros de la Comisión General de Codificación; y coordinado por DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.^a V., también con participación de diversos autores, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, recogiendo las ponencias presentadas a un Congreso Internacional sobre la materia.

(3) La primera versión del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Codificación puede consultarse en el mencionado número de la *Revista de Derecho Civil*. Con posterioridad el texto ha ido cambiando en algunos aspectos puntuales, recogiendo alegaciones y precisiones de los sucesivos trámites de informes preceptivos hasta llegar a la última redacción llegada al Congreso como Proyecto de Ley.

(4) De imprescindible consulta PAU PEDRÓN, A., "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", en *Revista de Derecho Civil*, julio-agosto de 2018, pp. 5 y ss. Se ocupa detalladamente de esta cuestión, al hilo de las consideraciones más recientes,

La Convención evita y proscribte los modelos puramente representativos o de sustitución en la toma de decisiones –en los que es precisamente un tercero el que decide que es lo conveniente como forma de protección– ideando por el contrario un sistema de apoyos que permitan a la persona decidir por sí misma, incluyendo el derecho a equivocarse, e incluso a rechazar esos apoyos. En el caso extremo, absolutamente excepcional, en el que hubiera que suplir mediante funciones representativas a la persona en su toma de decisiones el criterio a adoptar tampoco será su interés o beneficio a juicio de quien ostentara funciones de apoyo, sino el respeto a sus preferencias y voluntad (5).

Resulta obvio que el encaje de estos principios y premisas en el marco de los ordenamientos jurídico privados no es sencillo, pues existen también conceptos y categorías consagrados o consecuentes con otra concepción de la “protección” de las personas y del significado de la capacidad, que no pueden ser abandonados si no es mediante una transformación plena y absoluta en todo tipo de ámbitos, materias e instituciones (6). Esa “revolución” total entiendo que

GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2019.

(5) Especialmente ilustrativos y detallados en cuanto a la esencia de los apoyos son los trabajos de DE SALAS MURILLO, S., “Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018 y de LEGERÉN MOLINA, A., “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de apoyos”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.^o V. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 180 y ss.

(6) En la doctrina recoge este extraordinario ámbito de aplicación GARCÍA RUBIO, M.^a P., en “Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), p. 174, manifestando que la reforma debe extenderse a la totalidad del ordenamiento, “de suerte que prácticamente ninguna norma que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación”, ideas desarrolladas por la misma autora en “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 58, 2017, pp. 143 y ss.; también, con una valoración extraordinariamente crítica respecto de la situación actual de inadaptabilidad de las premisas de la Convención, MARÍN CALERO, C., *La problemática delegación de la mejora. Una solución particular al artículo 831 del Código Civil*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2019.

todavía está lejos de alcanzarse y, mientras tanto, asistimos a una serie de manifestaciones de los efectos de la Convención en algunas parcelas concretas y específicas, sin que, en mi opinión, se puedan evitar ciertas contradicciones e incluso situaciones paradójicas al ponerlas en relación con el resto del ordenamiento (7).

Dentro del extenso elenco de artículos cuya reforma se persigue existen varios que afectan al derecho de sucesiones, si bien, comparativamente con modificaciones de menor calado que los que se refieren a las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad, y a los que se refiere la Exposición de Motivos del texto con las siguientes palabras: *"Particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, cuestiones estas en las que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva"*.

Siguiendo con el Proyecto, los artículos veintiséis a cuarenta y seis van modificando una serie de preceptos concretos del Código, de diferentes instituciones y con diversa transcendencia e importancia, sobre testamentos, prohibiciones de suceder, indignidad, sustituciones hereditarias, legítimas, legados, aceptación, colación y partición. Las modificaciones resultan novedosas en algunos supuestos, mientras que en otros se realizan cambios puntuales en la redacción de los preceptos con el fin de adecuarlos a los nuevos conceptos.

No obstante, antes de entrar en el análisis del alcance de la reforma, querría abordar dos cuestiones previas que creo imprescindibles para comprender de qué estamos hablando y cuál es la trascendencia real de la modificación, la primera, de carácter general sería la acomodación de las reglas de nuestro Código civil a la CDPD, y la segunda, unos comentarios preliminares sobre el modelo o con-

(7) El perfecto ensamblaje de un régimen de la capacidad absolutamente novedoso se traslada a la práctica totalidad de las instituciones, siendo difícil acomodar las nuevas premisas a los viejos preceptos, lo que exigiría una iniciativa más ambiciosa de reforma del Código. En este sentido, quiero señalar que la Asociación de Profesores ha elaborado una Propuesta de Código Civil que acomete una reforma del texto en profundidad y que puede consultarse en <http://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>. La Propuesta incluye una regulación nueva y completa de las instituciones de guarda bajo las premisas de la Convención, permaneciendo abierta con el fin de acomodarse a nuevas exigencias y mejoras.

cepto de discapacidad al que haremos referencia en el ámbito de la sucesión.

II. LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO DE SUCESIONES

La reforma que se está tramitando persigue esencialmente la adaptación de las premisas de la Convención a nuestro ordenamiento. Dentro del extensísimo elenco de instituciones afectadas por sus principios y del pleno reconocimiento de derechos para las personas con discapacidad existen algunas alusiones al derecho de sucesiones. Así, en el tantas veces mencionado y citado art. 12 CNY se hace referencia a esta cuestión, en el ámbito del apartado 5, en los siguientes términos: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*” (8).

El contenido del apartado debe ponerse en relación con otras premisas, como son el pleno ejercicio de la capacidad jurídica, el respeto a los derechos, voluntad y preferencias de la persona y la evitación de los conflictos de intereses e influencia indebida (9), constante-

(8) Ayuda al entendimiento de la radical transformación que impone la CDPD la consulta de la Observación General N.º 1 (2014), elaborada por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, respecto al art. 12 del texto.

(9) Si atendemos a la premisas de la CDPD en cuanto al reconocimiento de igualdad, de evitación de influencia indebida o conflictos de intereses, reflejadas en el Proyecto, es posible observar en el marco de las vigentes normas del Código dedicadas a la sucesión, una destacada preservación del respeto a la libertad de la persona, evidenciada en el tratamiento de extremos como la regulación de una amplia capacidad para otorgar testamento; el funcionamiento práctico de la fuerte presunción de capacidad que opera en nuestro derecho; la posibilidad de otorgar testamento en intervalo lúcido, en su interpretación correctora llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; el buen número de disposiciones legales dirigidas a la preservación de la libertad de decisión del testador y a la conservación de sus disposiciones, como la función de la intervención notarial en el otorgamiento de testamento y el cumplimiento de las formalidades propias; el tratamiento de los vicios del consentimiento y su relación con el concepto

mente presentes en la Convención y recogidas sistemáticamente en el Proyecto de ley que se está tramitando en la actualidad (10). Así, en la Exposición de motivos del texto encontramos frecuentes referencias a *"la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad"*, *"respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad"*, *"respeto a la voluntad y preferencias de la persona"*, *"derecho a la toma de sus propias decisiones"*, y más expresiones similares. Del mismo modo se van repitiendo en otros preceptos concretos de la reforma, como en el art. 249, art. 268, art. 269 (impide que la

de influencia indebida y de vulnerabilidad; las prohibiciones de suceder o incapacidades relativas; el rigor de la condición captatoria; las sanciones de indignidad por la interferencia del heredero o legatario en la expresión de la voluntad del testador o en su conservación, así como su correspondiente traslación a las causas de desheredación; y muchas otras relativas a la intervención judicial en operaciones como la aceptación, repudiación, partición, etc., todas ellas dirigidas igualmente a la evitación de la presencia de conflicto de intereses. No es posible detenerme aquí en todas estas cuestiones que, en mi opinión, suponen una superación de los estándares de la CNY. No obstante, para un detallado tratamiento de la materia en general son especialmente ilustrativos los trabajos de DÍAZ ALABART, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Reus, Madrid, 2018; TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, especialmente pp. 59 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.^a P., "La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés", *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, T. I, Thomson Aranzadi, 2014, pp. 1499 y ss.; MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 2017; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a, *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Civitas, Thomson, Madrid, 2006, centrado en el ámbito de los mayores; VAQUER ALOY, A., *Libertad de testar y libertad para testar*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, especialmente pp. 127 y ss. al tratar del testador vulnerable; y del mismo autor "La protección del testador vulnerable", *Anuario de Derecho Civil*, 2015, II, pp. 327 y ss.; y ZURITA MARTÍN, I., "La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables", en *La libertad de testar y sus límites*, VAQUER ALOY, A., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P. y BOSCH CAPDEVILA, E. (Coords.), Marcial Pons, 2018, pp. 83 y ss.

(10) No es posible entrar en un examen de la CDPD, pero quiero llamar la atención sobre el contenido de sus artículos 1 y 3. Así dispone el primero que se persigue *"promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente"*. Por su parte, en el art. 3, se enumera como primero de sus principios *el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas"*.

sentencia incluya prohibiciones de derechos), o la Disposición transitoria primera por la que quedan sin efecto las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad.

Desde luego, lo que no es tarea fácil, la plena adaptación de las reglas sucesorias a la finalidad del Proyecto (reflejo de la CNY) obligaría a examinar la totalidad de las normas del Código, para ver si cumplen los estándares de ambos textos. Llegamos así a encontrar un buen número de reglas en el texto vigente que sí superarían el listón de los nuevos principios, mientras que otras, incluidas en la modificación proyectada, entiendo que sitúan a la persona con discapacidad en una posición de desigualdad con los demás.

Para ello deberíamos fijarnos tanto en aquellos supuestos en los que la persona con discapacidad es el sujeto de las disposiciones testamentarias, como en las que es el destinatario de las mismas, observando los supuestos en los que es la voluntad de un tercero la que quiere beneficiar a la persona con discapacidad, en las que ocuparía el lugar de supuestamente protegido.

Más adelante me referiré a estas cuestiones en relación con el contenido concreto de la reforma proyectada, si bien expondré brevemente unas reflexiones de carácter general⁽¹¹⁾. Existen en el Código un buen número de normas que son consecuencia de la protección de la libertad del testador, entre otras, la fuerte presunción de capacidad que rige en la materia, las normas dirigidas a la libre emisión y formación de la voluntad (reflejo de la evitación de la influencia indebida a la que se refiere la CNY), las sanciones a quienes influyan en el testador o manipulen su testamento, así como numerosas reglas que buscan la evitación de conflictos de intereses a lo largo de su articulado, lo que nos permitiría observar que cumple nuestro Código con las nuevas exigencias de protección.

Por otra parte, encontramos diversos preceptos que, en el texto vigente y en el proyectado, buscan la protección de los sucesores con discapacidad, mediante las disposiciones de otros, proporcionando una posición de desigualdad de las personas con discapacidad con los demás al afectar a sus facultades de administración, gestión o disposición, lo que resulta contrario al espíritu de la Convención y de la reforma.

(11) La cuestión se estudia con mayor detenimiento en DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, pp. 32 y ss., especialmente en cuanto al análisis de la vulnerabilidad, con cita de pronunciamientos de los Tribunales y numerosa bibliografía sobre la materia.

Sin duda alguna, entre las amplísimas facultades que asisten al testador a la hora de elaborar el contenido de su testamento son numerosas las instituciones que pueden utilizarse con el ánimo de modalizar o adaptar sus efectos a la situación particular, atendiendo a las particularidades de su entorno familiar o más cercano. Así, desde el establecimiento de condiciones o cargas impuestas a terceros para proceder a sus cuidados y atenciones, hasta la utilización de la mejora, delegación de la facultad de mejorar dirigida a este fin, sustituciones, usufructos, legados de habitación, o también el recurso a instituciones *inter vivos* como las donaciones con reserva, la designación como beneficiarios de seguros, planes de pensiones y muchas más, medidas todas que pueden utilizarse para proporcionar un entorno seguro para las personas con discapacidad atendiendo a los deseos de quien quiere proteger a otro.

Ahora bien, lo que sí creo que constituye una nueva exigencia, si se adopta un sistema de apoyos tal y como determina el Proyecto, será la necesidad de proceder a la revisión de las reglas sucesorias que puedan chocar abiertamente con los principios de respeto a las preferencias y libertad de decisión de la persona con discapacidad, junto con su derecho a controlar la llevanza de sus asuntos patrimoniales en igualdad de condiciones que los demás. Si una norma presenta algún tipo de anulación de estos derechos por atender exclusivamente a atemperar los efectos legales en contemplación de la situación de una persona con discapacidad, debe ser revisada si se quiere dotar a la reforma de coherencia, aunque tal circunstancia pueda incidir en la libertad de un causante determinado.

Quiero matizar ya desde el principio mi posición, que no es la de cercenar el legítimo y respetable derecho que tienen los causantes respecto del futuro seguro de sus familiares más cercanos, sino la necesidad de adecuarlo a lo que son los principios que deben seguirse en un sistema de apoyos basados en el respeto a las preferencias y libertad de las personas con discapacidad; lo que, en mi opinión, no quiere decir, ni mucho menos, que no existan decisiones o instituciones que puedan servir a ese propósito, sino que, probablemente, debemos volver en cierto modo a las instituciones tradicionales del Código y proporcionar un nuevo entendimiento de las mismas.

Creo firmemente, y no se trata de algo que no haya meditado o pensado detenidamente, que todas aquellas medidas que persiguen “sustraer” a la persona con discapacidad de su intervención para el futuro en la llevanza de sus asuntos económicos mediante disposiciones *mortis causa* son contrarias al contenido del art. 12 CDPD, aunque, insisto, en sí mismas obedezcan al deseo de quien

las ha adoptado de “proteger” a otro. Entiendo que el uso de tales previsiones ha sido tradicionalmente aconsejado por profesionales del derecho, especialmente notarios y abogados⁽¹²⁾, así como han estado presentes en la introducción por el legislador de nuevas figuras en el ámbito del Código civil que deben ser repensadas; pero si tales estipulaciones las confrontamos con la Convención cuesta mucho entenderlas o dotarlas de significado.

Al comenzar estas reflexiones he hablado de que la asunción de los principios expresados por el texto supranacional puede llevar a situaciones paradójicas si no se observa el ordenamiento en su conjunto y estas consideraciones son una muestra de esa afirmación. No entiendo posible consagrar el modelo de apoyos del que parte la Convención y no ver qué sucede con otras normas del ordenamiento en las que se prescinde de su seguimiento, lo que creo que es algo que el Proyecto de modificación del CC no ha tenido en cuenta hasta sus últimas consecuencias. En su momento, a la vista del contenido del primer borrador del texto, publicado en una revista jurídica, manifesté, entre otros exponentes de esta cuestión, que no era posible, por ejemplo, el mantener la constitución de un patrimonio protegido, al margen por completo del sistema de apoyos, privando a la persona con discapacidad psíquica de facultades de administración conforme a su voluntad y preferencias, y en la última versión del Anteproyecto, recogida en el Proyecto, se ha procedido a la inclusión en la regulación de esta compleja institución dando entrada a algunas manifestaciones del sistema de apoyos, corrigiendo alguna de esas disfunciones y contradicciones que pueden presentarse⁽¹³⁾.

(12) Por ejemplo, en el detallado e interesante trabajo de PÉREZ HEREZA, J., “Sucesión con discapacitados: una visión práctica”, *Academia Sevillana del Notariado*, T. XXII, 2010-2011, pp. 53 y ss., se propone un extenso elenco de medidas dirigidas a controlar la administración de los bienes, evitar las preceptivas autorizaciones judiciales para intervenciones particionales cambiando el concepto en que deben dejarse los bienes a la persona con discapacidad –por ejemplo como legatario–, o atribuir funciones al cónyuge viudo que impliquen indivisiones o limitación de administraciones, entre otras muchas, también mediante negocios *inter vivos*. Del mismo modo, MARÍN CALERO, *La problemática...*, cit., propone un documento detallado en el que se puedan adoptar diversas previsiones con el fin de organizar los efectos de la sucesión de los progenitores, especialmente mediante el recurso a la facultad de mejorar ex art. 831 CC, no obstante, en mi opinión y pese a basarse el autor en el absoluto respeto a los designios de la Convención, algunas de las medidas propuestas me plantean problemas al determinar administraciones en paralelo que se sustraen del modelo de igualdad y respeto a la autonomía y preferencias.

(13) Ver DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “El protagonismo de la persona con

Si nos adentramos en las reglas contenidas en el Código encontramos también algunos preceptos que deberían revisarse, especialmente, cuando su finalidad está exclusivamente en impedir el poder de decisión de la persona con discapacidad, o de quienes ostentaran medidas de apoyo en su protección. Si se trata de instituciones que pueden utilizarse para cualquier persona creo que está superado el test de acomodo a la Convención (por ejemplo, cumplimiento de condiciones, establecimiento de modos o cargas, sustituciones fideicomisarias sobre la mejora o la parte de libre disposición, y muchas más), pero me cuesta extraordinariamente que, a la vista de las pretensiones de la futura reforma, puedan mantenerse sin más en el Código preceptos como el art. 227 CC, que permite a quien dispone de bienes a título gratuito en favor de un incapacitado establecer reglas de administración designando a la persona que se ocupe de la misma –precepto mantenido por el Proyecto con redacción retocada– (14); que se le impida disponer de su legítima mediante atribución de facultades a otro –vía 831 CC– (15); o que la misma se disfrute exclusivamente como fiduciario por obra de lo dispuesto en el art. 782 CC. En mi opinión estas instituciones permiten burlar los derechos de las personas consagrados en la Convención, cuya plena adaptación a la totalidad del ordenamiento proclama el Proyecto, no siendo posible que se abogue por la imposibilidad de que

discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyos”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.º V. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.133. No obstante, creo que la modificación incluida en la última versión resulta algo precipitada.

(14) El proyectado art. 254 dispone al respecto: *“El que disponga de bienes a título gratuito a favor de una persona necesitada de apoyo, podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición, que las ejercerá en su caso, con el apoyo que proceda”*. El texto permite, como primera opción, nombrar un administrador en paralelo y tan solo subsidiariamente recurrir al sistema de apoyos. Ver sobre el particular mis comentarios en “El protagonismo...”, cit., p. 134.

(15) La STS de 24 de mayo de 2019 (RJ 2019/2113), uno de los escasos pronunciamientos sobre el art. 831 y su extensión, considera que el pago de la legítima estricta no puede quedar sujeto a plazo, salvo que lo permitan expresamente preceptos del Código como el art. 1056 o el art. 844, debiéndose en otro caso pagarse tras la apertura de la sucesión y una vez fijada su cuantía, tratándose de un derecho básico que no puede diferirse. Entiendo que la argumentación es aplicable cuando existan personas con discapacidad llamadas a la herencia.

un Juez determine decisiones sustitutivas si no es de todo punto excepcional, mientras que se permita que lo hagan los familiares del discapacitado, autorizados por preceptos legales, rompiendo frontalmente con el criterio de la igualdad.

Avanzando un poco más, son, precisamente, las novedades introducidas en la reforma obrada en el año 2003 las que requieren de una mayor reflexión, pues la finalidad de la modificación de las normas no residía tanto en beneficiar a las personas con discapacidad como en sustraer de la autorización judicial la llevanza de los asuntos patrimoniales, funcionado como una alternativa a la incapacitación y no precisamente porque se aumentaran las posibilidades de decisión de la persona con discapacidad o se respetara su libertad o preferencias. Los cambios ofrecidos entonces por el legislador en ningún caso han permitido una mayor participación del sujeto en la gestión de sus asuntos, ni un significativo reconocimiento de sus derechos. Más bien al contrario, se ofrecieron como un modo de sustraer de la administración de un sujeto la llevanza de sus incumbencias –permitiendo en paralelo la constitución de patrimonios protegidos administrados al margen–, o potenciando la inmovilización de masas patrimoniales (a través de la fideicomisaria especial), el establecimiento de derechos personalísimos e intransmisibles (legado de habitación), o dilatando en el tiempo el reparto de los bienes (art. 831); todo ello con el ánimo de alejar la posibilidad de acudir a un procedimiento de modificación de la capacidad que, en muchos casos, no sería necesario ya para la administración y gestión de los bienes. Justo lo contrario de lo que es la inspiración y espíritu de la Convención (16).

Si llegamos a la adopción en el Código de un sistema de apoyos, basado en la literalidad de la Convención y en el contenido de la Observación, en el sentido de extender sus principios a todos los ámbitos del ordenamiento, no es posible mantener normas en el marco del derecho de sucesiones que impliquen barreras o mode-

(16) Reformas, las obradas en el 2003, que no parecen haber tenido la acogida esperada, posiblemente por su complejidad, con escasos pronunciamientos judiciales sobre las mismas, la mayor parte de las veces erráticos y que revelan su ineficiencia. Querría traer a colación las palabras de DELGADO ECHEVARRÍA, J., publicadas en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 3, 2009, p. 3, en las que refiere que el éxito de una ley, en referencia a la del 2003, “habría de medirse por la frecuencia de la utilización de los mecanismos en ella previstos y la adecuación a las circunstancias en cada caso de utilización”, criterio que, en mi opinión, aplicado a las novedades instauradas por la mencionada ley avalaría su fracaso.

los de sustracción del criterio prioritario de inclusión y respeto a las preferencias que operen como un fraude de ley aceptado por el legislador.

Otra cosa será lo que suceda con la utilización de instituciones que puedan proteger los intereses de las personas con discapacidad –interés absolutamente legítimo– en idénticas condiciones que tendría cualquier otro destinatario, sin necesidad de sustraerse al sistema de apoyo previsto en la Convención y en el Proyecto.

III. SIGNIFICADO DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA REFORMA

No es fácil precisar un concepto de discapacidad, ni siquiera dentro del ámbito sucesorio del texto de reforma, pues no nos encontramos con un único significado. Si partimos de la definición de la Convención, se describe a las personas con discapacidad como *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”* (17).

El concepto, de gran amplitud, insisto que no es coincidente con otros utilizados por el Código civil, como pueda ser el de capacidad modificada judicialmente, o el de discapacidad conforme se concibió por la Ley 41/2003, de Protección de las personas con discapacidad, al proceder a la reforma del articulado del Código. Según esta última norma, aplicable por la remisión a su concepto operada por la Disposición adicional cuarta del Código vigente, para el contenido de los arts. 756, 822 y 1041, será el de discapacidad psíquica superior al 33 %, o física o sensorial superior al 65 %, declarada conforme a resolución administrativa.

En la última versión del Anteproyecto, la Disposición adicional en cuestión (que había sido suprimida en el primer borrador) volvió a

(17) La Ley 26/2011, de 11 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a su vez levemente modificada por obra del RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad, es la primera norma de ámbito interno en la que, a grandes rasgos, se hace eco el legislador del mismo concepto, considerando que la discapacidad *“es una situación que resulta de la interacción entre personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”*.

aparecer, pasando con idéntico texto al Proyecto: *"La referencia a personas con discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica"* (18).

Fuera de esta disposición, el Proyecto no contiene una definición de lo que se considera persona con discapacidad, deduciéndose de su articulado que unas veces se refiere a discapacidad sensorial, otras a física y otras a psíquica (mental o intelectual en términos de la CNY o cognitiva o psicosocial en la Observación General), atendiendo en las reglas sucesorias a unas u otras según los casos (19).

En principio tendríamos tres tipos de concepciones de discapacidad que interesan en la materia que nos ocupa:

— Las que posibilitan la adopción de una medida de apoyo, lo que lleva de suyo que se trata de discapacidades cognitivas o intelectuales, que podrán dar lugar a una curatela de acompañamiento o, en supuestos absolutamente excepcionales, a una curatela representativa, regidas ambas por los principios de respeto a la igualdad y a las preferencias de la persona apoyada. Esta previsión de la Disposición adicional, insisto en que no existía en la redacción inicial del Anteproyecto y sí en la última, es la única referencia que se acerca a un posible concepto de discapacidad, que no es el de la Convención, pues está claro que las personas que presentan sus facultades de raciocinio intactas no pueden ser sujetos de medidas de

(18) En la última versión del Anteproyecto se produjo un desajuste corregido en el Proyecto, pues a la hora de acudir al texto de los arts. 782, 808 y 822 se aludía a *"situación física que le impida desenvolverse de forma autónoma"*, mientras que el art. 1041 mencionaba los gastos requeridos por sus *"circunstancias físicas o psíquicas"*.

(19) En materia de medidas de apoyo tampoco proporciona el texto del Proyecto ningún concepto que no sea personas que lo necesiten *"para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica"* (art. 249), o, a la hora de comenzar con la regulación de la autotutela, persona que *"en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás"* (art. 271).

apoyo(20). Al carecer de un criterio general para poder apreciar la necesidad de apoyo –a diferencia de lo que sucede en la actualidad para la adopción de medidas de protección–, pero negar expresamente para ello la consideración de lo previsto en la Ley 41/2003, se deberá estar a lo que pueda apreciar el Tribunal al determinar las correspondientes medidas sin necesidad de porcentajes de discapacidad ni resoluciones administrativas (como exponente de este concepto encontramos las menciones de los proyectados arts. 1052 o 1057 que expresamente se remiten a lo dispuesto por el juez al dictar las medida de apoyo, como se verá más adelante).

— Siguiendo el contenido del Proyecto, para determinados preceptos del Código civil, así los arts. 96, 756. 7º, 782, 808, 822 y 1041, se atenderá al concepto definido por la Ley 41/2003, esto es discapacidad psíquica superior al 33 %, o física y sensorial superior al 65 %, lógicamente exigiéndose la correspondiente declaración administrativa que constate los porcentajes de discapacidad. Esto es, para esos supuestos existirá un especial concepto propio y específico de discapacidad(21).

— Es posible igualmente que el Código se refiera expresamente a un concepto puntual de discapacidad en algún supuesto concreto, debiéndose estar en tal caso a lo previsto en el texto (por ejemplo, como veremos, en reformas obradas en el otorgamiento de testamento se hace referencia a discapacidades visuales o auditivas, así arts. 708 o 709).

Resumiendo, en el ámbito de las reformas sucesorias tendremos presentes diversas categorías de discapacidad según se refiera la reforma a las relativas a la aptitud para testar (en cuyo caso se pone la atención en la discapacidad psíquica o cognitiva), mientras que en las modificaciones obradas en el otorgamiento de algunos testamentos se refiere a discapacidades sensoriales. En otros casos se referirá el texto a personas que necesiten apoyo, lo que nos conduce prácticamente a la misma consideración de la presencia en la persona de especiales circunstancias intelectuales o cognitivas; al tiempo que en las dedicadas a la persona con discapacidad como

(20) Según el Dictamen del Consejo de Estado la definición, incorporada a la última versión del Anteproyecto, es correcta. A mi modo de ver resulta una percepción algo circular de la que no logra salir el Proyecto, la discapacidad puede dar lugar a medidas de apoyo y las medidas de apoyo son las que se proveen para apoyar a las personas con discapacidad.

(21) Concepto que aunque no coincide con el de la Convención es conforme a la misma como se destaca en el Informe del Consejo de Estado.

destinatario de disposiciones acordadas por otros se mezclan ambas nociones.

No obstante, quiero señalar que en esta realidad no podemos olvidar, aunque sin duda parezca una excesiva simplificación, que a la hora de hablar de personas con deficiencias cognitivas debemos integrar tres grupos de sujetos cuyas situaciones no siempre pueden considerarse idénticas –y, en consecuencia, no todos pueden ser destinatarios de las mismas normas– como son las personas con discapacidad psíquica, las que sufren enfermedad mental y los mayores que han ido perdiendo facultades cognitivas a consecuencia de la edad o de determinadas patologías, especialmente diferentes por la hipotética presencia de posibles testamentos realizados antes de sufrir determinadas patologías o en intervalos de mejoría, así como respecto de su apreciación de capacidad a la hora de testar (22).

Finalmente, en el ámbito de la terminología y dentro de la materia sucesoria que nos ocupa, se mantienen preceptos no reformados en los que el Código continúa haciendo alusión a la “*enajenación mental*”, concretamente el art. 664, cuya modificación no se proyecta, y que dispone que “*(E)l testamento hecho antes de la enajenación mental es válido*”. Por el contrario, sí se ha reformado la letra del art. 742 CC cuando, en sede de testamento cerrado, se aludía a “*estado de demencia*”, lo que se sustituye por “*alteraciones graves en su salud mental*”. Parece de este modo que, en principio, los términos de enajenación mental o salud mental son aceptables (23).

(22) Ciertamente el texto de reforma no tiene en especial consideración al colectivo de los mayores, si no es mediante la adopción de medidas preventivas; sobre la materia consultar, ARROYO I AMAYUELAS, E., “El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2019, 45, pp. 127 y ss.; y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019.

(23) Ahora bien, ¿quiere esto decir que si no se trata de un enfermo mental, sino de una discapacidad cognitiva que tiene un origen diverso no se aplica el art. 664 CC, atendiendo a las exigencias de la nueva redacción de la Disposición adicional? Creo que no, que habría que acudir a una interpretación extensiva, pero resulta algo chirriante y paradójico que no se haya previsto esta modificación.

IV. PRECEPTOS RELATIVOS A LA SUCESIÓN CUYA REFORMA SE PROYECTA

Como ya he señalado, son diversos los artículos a reformar, algunos de ellos se podrán analizar conjuntamente y otros no; unos incorporan modificaciones de gran calado mientras que habrá preceptos en los que se opera una mera sustitución o revisión de los términos actuales por otros más adecuados a la terminología correcta, por lo que comparativamente serán objeto de menor atención. En la medida de lo posible me referiré a algunos de ellos en grupo para evitar repeticiones; del mismo modo solo recogeré el texto cuya reforma se propone o tal como quedaría junto con el vigente cuando el cambio sea parcial, subrayando las novedades (24).

1. Normas relativas a la capacidad para testar: Artículos 663 y 665 CC

Utilizo deliberadamente la expresión "capacidad para testar" con la finalidad de situar sistemáticamente las apreciaciones que se contienen a continuación, y porque la correspondiente Sección del Código continuaría con la misma expresión de "la capacidad para disponer por testamento", con independencia de que el juego de la terminología nos conduzca a la apreciación de que existen personas que no pueden testar, resultando inevitable que puedan entenderse como restricciones, a pesar de que la reforma rechaza la prohibición de derechos para las personas con discapacidad (25).

La modificación se refiere a dos preceptos, el art. 663 y el art. 665, manteniéndose incólume el contenido del resto de la sección.

Art. 663. *"No pueden testar:*

- 1.º *La persona menor de catorce años.*
- 2.º *La persona que en el momento de testar tenga afectadas las facultades necesarias para hacerlo".*

(24) Se ocupa de las modificaciones propuestas, TORRES COSTAS, M.^a E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 340-354.

(25) La Disposición transitoria primera del Proyecto, siguiendo la idea de la imposibilidad de prohibir, establece que "A partir de la entrada en vigor de la presente ley las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto."

El nuevo texto huye de la actual expresión “cabal juicio” y la sustituye por tener afectadas “las facultades necesarias para hacerlo”, con un aparente alejamiento de las aptitudes y situaciones intelectuales para utilizar un concepto de mucha mayor amplitud como es el de facultades necesarias, con el peligro de que pudieran incluirse en esta limitación personas que tengan limitaciones de facultades que no afecten a lo que son las conocidas como de discernimiento o entendimiento(26). Sin duda la interpretación conjunta de este precepto con el contenido del art. 665 permite que se presuponga que se refiere a facultades de discernimiento, precisamente en el momento de otorgar testamento, pero creo que en este aspecto concreto es más definitoria la letra actual(27).

Por otra parte, acercándose al art. 665, refiere la imposibilidad al “momento de testar”, precisión que no existe en el texto vigente. Es posible que haya querido huir el legislador de una previa y terminante “incapacidad” o prohibición de otorgar testamento para determinadas personas, no pronunciándose sobre el particular. Se cumpliría así con la imposibilidad de “prohibir” o “cercenar” derechos a las personas con discapacidad en cumplimiento de las premisas de la CDPD. No obstante, el título de la sección y la permanencia del art. 662 en sus términos actuales resultan algo contradictorios a esos principios al admitir sin más que la ley habla de capacidad y puede prohibir testar a algunas personas entre las que, sin duda, están las personas que tienen discapacidades mentales o cognitivas.

Art. 665. *“Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, este designará dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud”*(28).

(26) El texto de la Propuesta de la Asociación de Profesores dispone en el art. 462.2, bajo el ladillo de incapacidad para testar: *“Están incapacitados para testar: a) Los menores de catorce años. b) Quienes no tienen capacidad natural en el momento de otorgamiento”*.

(27) Relaciona ambas normas a la vista del Anteproyecto, GARCÍA RUBIO, “Algunas propuestas...”, cit., pp. 175 y 176.

(28) El texto de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores determina en el art. 462.4, con el título de Intervención de facultativos: *“Aunque la capacidad de una persona haya quedado modificada, puede otorgar testamento abierto cuando respondan de su capacidad dos facultativos designados por el Notario, que previamente le hayan reconocido”*. A la vista del Proyecto no sería posible su redacción, que, además de comprender su sentido perfectamente creo que debería haber vuelto al sentido

El precepto, correcto en su redacción, rompe con la denostada letra del art. 665 obrada por la reforma de 1991, volviendo a su sentido tradicional(29). Si existe algún artículo del Código criticado sistemáticamente por la doctrina desde su inclusión fue este, al relacionar el otorgamiento del testamento con lo que pudiera establecer al respecto la sentencia de incapacitación(30).

Durante años hemos asistido a los efectos de tan infausta medida que ha propiciado llegar a situaciones que atentaban contra la dignidad de las personas, negándoles el ejercicio de negocios personalísimos, como es el testamento o el matrimonio, que de ningún modo deberían quedar incluidos en la extensión de una sentencia de incapacitación, así como contemplar pronunciamientos judiciales insostenibles en los que se ha llegado al extremo de apuntar la posibilidad de otorgar testamento con la asistencia del curador(31).

En este sentido, ha supuesto un gran avance la doctrina sentada por la STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018/1090) en la que, posibilitando una interpretación del art. 665 en el sentido que tenía

inicial del texto como hace el Proyecto, no llevando a cabo mención alguna respecto a la modificación de capacidad.

(29) Sobre las primeras críticas a la redacción de 1991, por todos, ALBALADEJO GARCÍA, M., en "Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código civil en materia de testamentos", *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1992, pp. 726 y ss. Con posterioridad, a la vista de la influencia de la Convención se han ocupado de la materia GÓMEZ LAPLAZA, M.^a C. y DÍAZ ALABART, S., "La capacidad testamentaria de los incapacitados", en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.^a P. (Dir.), HERRERO OVIEDO, M. (Coord.), La Ley, Madrid, 2014; y en el mismo volumen, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código civil a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad".

(30) Esta cuestión la abordo con detenimiento y abundantes citas doctrinales y jurisprudenciales en DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *R.D.P.*, julio-agosto 2018, pp. 3 y ss. También sobre la Sentencia, con una visión de futuro, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Capacidad para testar de persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil", en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), vol. 10º, 2018, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 454 y ss.; y RUIZ MOROLLÓN, F., "El testamento del judicialmente incapacitado", *R.J.N.*, núm. 106, abril-junio 2018, pp. 127 y ss.

(31) Por todas, la STS de 15 de junio de 2018 (RJ 2018/2449), rechaza que el pronunciamiento de incapacitación pueda determinar la posibilidad de otorgar testamento con asistencia del curador, al tratarse de un acto personalísimo, cuestionándose además cuál sería la intervención del curador.

antes de la modificación obrada en la reforma de 1991, se adecúa su contenido a los estándares de la Convención en varios importantes aspectos, llevando a cabo del mismo modo una serie de consideraciones fundamentales sobre el funcionamiento de la presunción general de capacidad para testar, que resumiré en relación con la cuestión que nos ocupa(32):

— El primero sería el intento de erradicar que en una resolución sobre modificación de la capacidad de la persona se contenga un pronunciamiento relativo a la aptitud para testar, lo que (antes y ahora) resulta absolutamente atentatorio a la dignidad de la persona, rompiendo con una inercia inconcebible y fuertemente criticada por la doctrina que se había convertido en una práctica, si no constante, sí bastante frecuente(33).

— Destacar el carácter personalísimo del testamento, en el sentido de no permitir la intervención en el mismo de personas diferentes al testador, quebrando igualmente la posibilidad prevista en alguna sentencia de testar con intervención del curador. Afirma tajantemente la sentencia que no es posible otorgarlo ni por el tutor, ni con acompañamiento del curador(34).

— Permitir apreciar en cada caso y supuesto que sea el notario quien requiera la asistencia de facultativos con el fin de asegurarse de la presencia de aptitud en el sujeto que quiere testar con la garantía adicional que presupone la emisión del juicio favorable de los expertos.

(32) La línea jurisprudencial se inicia con la STS de 7 de marzo de 2018 (RJ 2018/934), dictada en un procedimiento de modificación de la capacidad; seguida con posterioridad por la de 15 de junio de 2018 (RJ 2018/934), nuevamente en un juicio sobre capacidad.

(33) El lastre de tan inadecuada formulación de la capacidad para testar se deja sentir todavía si observamos, por ejemplo, lo que determina el texto de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, que, tanto al referirse a la capacidad para testar en la Ley 184, como en la regulación de la sustitución ejemplar en la Ley 227, continúan contemplando que la sentencia de modificación judicial de la capacidad se extienda a la posibilidad de testar.

(34) Resulta que esta pretensión del tutor de querer testar por el incapacitado se ha intentado en algún caso como evidencia el contenido del Auto n.º 133/2011, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (S. 1.ª) de 11 de noviembre de 2011 (JUR 2012/81804), en el que, afortunadamente, se deniega la correspondiente autorización por considerarse un acto personalísimo.

La sentencia de pleno, que ha sido confirmada por otras posteriores, consagra una línea interpretativa acorde por completo con las premisas de la Convención y posibilita equiparar la situación en plano de igualdad de todos aquellos que quieran otorgar testamento, abstracción hecha de que existan o no medidas de apoyo.

Lógicamente el propuesto art. 665 continúa esta línea de corrección permitiendo que sea el notario en cada caso quien juzgue sobre la aptitud del testador, con independencia de otros condicionantes, pudiendo ayudarse del dictamen favorable de “dos expertos”, cuando pueda dudar el fedatario de la aptitud para otorgarlo.

De los diversos aspectos que querría comentar me centraré a continuación en dos, en el juicio de capacidad del notario e informe de expertos y en la posibilidad de otorgar testamento con apoyo:

En cuanto a la primera observación, el precepto continúa confiando al notario la función de apreciar la capacidad de quien quiera otorgar testamento, con absoluta independencia de que exista o no una medida de apoyo, o de que la persona presente alguna discapacidad, permitiendo su realización si observa aptitud suficiente en el testador(35). La labor de enjuiciar la capacidad se confirma con la permanencia de normas como el art. 685 en general, para el abierto el art. 696, o el art. 707, 4.º para el cerrado, preceptos en los que se continúa con la expresión “capacidad legal necesaria”.

La nueva letra parece flexibilizar la importancia del dictamen de los facultativos, sustituyendo la actual y terminante expresión “no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad”, por la más permisiva “previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente”. Entiendo que si el dictamen de los expertos fuese vinculante debería haberse establecido así en el texto, con el fin de aclarar las dudas que existían sobre su carácter. Por tanto, sea en sentido positivo de permitir testar, o negativo de no autorizarlo, entiendo que funciona como una ayuda al notario, pero no una sustitución de su personal juicio(36). Otra cosa, evidentemente, sería la importan-

(35) Desde luego, a nadie se le escapa que el juicio de capacidad que debe apreciar el notario es esencial en la actuación de las personas con discapacidad, labor que parece consistir en una pluralidad de juicios, siguiendo expresión de GARRIDO MELERO, recogida en *Escritura Pública*, mayo-junio 2020, debiendo valorar la capacidad natural, el negocio jurídico, y la existencia de una voluntad libre, entre otras muchas circunstancias. En sentido paralelo destacar las palabras de BOLÁS ALFONSO, referenciadas en *Escritura Pública*, noviembre-diciembre de 2019, p. 70, sobre la apreciación de la capacidad y la necesidad de prestar apoyo a las personas con discapacidad en cumplimiento de la Convención.

(36) Considera igualmente que el notario no queda vinculado por el

cia que el dictamen positivo o negativo de los expertos tuviera en el marco de una posterior impugnación del testamento.

La sustitución del término “facultativos” por el de “expertos”, que tiene lugar en el Proyecto respecto de la primera versión, entiendo que obedece al deseo de alejar la situación del modelo médico anterior, empleando una terminología que permite incluir a otros profesionales como puedan ser los psicólogos, al poseer conocimientos suficientes sobre la materia (37). No obstante, en mi opinión se trata de una expresión menos precisa que la vigente. Resulta indiscutible que es el notario quien puede solicitar su presencia.

En cuanto al posible apoyo para otorgar testamento llevaré a cabo alguna reflexión. Sin duda posible al respecto, y a pesar de haber presenciado resoluciones judiciales en las que se ha hecho referencia a la posibilidad de testar con apoyo, hay que partir de la absoluta imposibilidad de que la persona que presta apoyo ayude a la persona con discapacidad a la hora de otorgar testamento (38).

Con absoluta independencia del contenido del art. 670 CC, en el sentido de definir el testamento como un negocio personalísimo, sería esencial salvaguardar a la persona con discapacidad mediante la evitación de la influencia indebida, así como de la presencia de un posible conflicto de intereses. Otra cosa es que el curador, en cumplimiento de su función, ayudara a la persona apoyada al entendimiento de lo que pueda significar otorgar testamento en atención a lo dispuesto en el proyectado art. 282, cuando al regular el ejercicio de la curatela se refiere, entre otras cuestiones, a que “*el curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones*”.

El de “influencia indebida” es uno de los conceptos claves de la Convención, mencionado en la Exposición de Motivos del Proyecto, que guarda cierta relación con lo que serían los actuales vicios del consentimiento, aunque con algunas connotaciones diferentes, pues se refiere exclusivamente a la llevada a cabo por la persona que

dictamen de los especialistas GARCÍA RUBIO, “Algunas propuestas...”, cit., p. 176.

(37) Considera GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Capacidad para testar...”, cit., pp. 461 y 464, que teniendo en cuenta el modelo social que presenta el tratamiento de la discapacidad en la Convención se debería acompañar el dictamen facultativo con un informe social y audiencia por el notario de las personas próximas al testador.

(38) Por todos, mantiene GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho...*, cit., p. 56, que no parece oportuno imponer la asistencia del curador para otorgar testamento.

presta una medida de apoyo(39). Cuanto más protagonista sea la persona con discapacidad en la adopción de sus propias decisiones presentará un mayor riesgo de poder sufrir una influencia indebida, al tratarse de una persona vulnerable(40). La búsqueda de ese equilibrio determinará, en mi opinión, el eficaz desarrollo del apoyo de las personas, pues la presencia de influencia indebida determinará a la postre la impugnación de las decisiones de la persona con discapacidad al no ajustarse a sus preferencias o no realizarse libremente. La importancia de este concepto se verá con el transcurso del tiempo, no pudiendo detenernos ahora en la trascendencia que presenta.

Ahora bien, con absoluta independencia de esta anómala situación, se está planteando, al hilo de los principios de la Convención, la posibilidad de que el notario, evidentemente en testamento abierto, pudiera cumplir con una función de apoyo para que personas con ciertas dificultades cognitivas pudieran ser ayudadas a entender las disposiciones testamentarias, ayudándolas a cumplir con su deseos y preferencias a la hora de expresar cuál desearían que fuera el destino de su patrimonio(41).

(39) Desde luego no se trata de un concepto sencillo, pues presenta importantes rasgos de indefinición. No obstante, para conocerlo mejor podemos acercarnos a lo que determina la Observación General de Naciones Unidas mencionada en los siguientes términos: *"Aunque todas las personas pueden ser objeto de influencia indebida, este riesgo puede verse exacerbado en el caso de que dependan del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores"*.

(40) A favor de la necesidad de que el ordenamiento proteja al testador vulnerable se ha manifestado recientemente PARRA LUCÁN, M.^a A., en "La necesidad de un nuevo Código Civil para la sociedad del siglo XXI", en *Diario La Ley*, Núm. 9515, Sección Tribuna, 11 de noviembre de 2019. Una amplia consideración de la vulnerabilidad a lo largo de todo su trabajo en GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho...*, cit., pp. 35 y ss., o 74 y ss. También en cuanto a los mayores ARROYO I AMAYUELAS, "El deterioro...", cit., pp. 127 y ss. Para un análisis más detallado de la vulnerabilidad me remito a mi trabajo DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Reus, Madrid, 2018, pp. 62-68.

(41) Función destacada por GUILARTE MARTÍN-CALERO, en "La capacidad...", cit., p. 628, con el fin de erigirse en medida de apoyo "avalada por su prestigio, independencia y experiencia y por la confianza que la institución nota-

No me cabe duda alguna en que la posibilidad de facilitar el otorgamiento de testamento al mayor número de personas con discapacidad tan solo podría entenderse a través de la colaboración notarial, mediante una labor de información⁽⁴²⁾, asesoramiento, evitación de influencias y constancia del deseo de testar, lo que solo posibilitaría recurrir al abierto. Sin duda alguna se trata de una labor que se viene realizando en numerosas ocasiones, pero que en el nuevo entendimiento de la capacidad sería esencial para poder reconocer el derecho a testar de las personas con discapacidad. Ese mayor acceso a los testamentos permitiría en no pocas ocasiones –especialmente si se trata de disposiciones sencillas, atendiendo a los razonables deseos del testador–, evitar la apertura de la sucesión intestada en la que heredarían por igual los parientes de esa persona con independencia de los cuidados o atenciones prestadas a la persona con discapacidad.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la reforma reside en que las personas con discapacidad adopten las decisiones que ellos mismos desean en el ámbito patrimonial y personal, incluyendo el derecho a equivocarse, atendiendo a sus preferencias, habría que contextualizar la trascendencia de las disposiciones testamentarias en el sentido de poder ser atendidas cuando se observe que responden al libre deseo de la persona. Desde luego, en muchas ocasiones no será una tarea sencilla, pero la persona que la puede desempeñar es el notario⁽⁴³⁾.

rial genera como protectora de la voluntad del testador”; opinión que vuelve a defender en *El derecho...*, cit., p. 17, destacando su función como verdadero auxilio del testador. La misma autora destaca también la actuación del notario en la evitación de influencias indebidas en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.º V., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 378. También se plantea la posibilidad GARCÍA RUBIO, “Algunas propuestas...”, p. 176, al hilo de los comentarios al proyectado art. 665, quien destaca igualmente la actuación del notario como “apoyo puntual adecuado que el testador precisa para el correcto ejercicio de su capacidad, pues su competente asesoramiento puede ser suficiente para eliminar las dificultades de comprensión que la persona pudiera tener”.

(42) Sobre la importancia de recibir información proporcionada y adaptada, en cualquier medida de apoyo, ver LEGERÉN, “La relevancia...”, cit., pp. 199 y ss.

(43) Destaca la función del notario en general, y en relación con el pro-

Cuando, a pesar de esa función de apoyo notarial, contando en su caso con el dictamen de los correspondientes expertos, no pueda el notario emitir su preceptivo juicio sobre la aptitud del testador, podría quedar abierto, en su caso, el camino hacia una sustitución ejemplar, a lo que me referiré más adelante.

2. Preceptos relativos al otorgamiento de testamentos por personas con algunas discapacidades sensoriales: Artículos 695, 697, 708 y 709 CC. Reconocimiento de la posibilidad de utilizar firma electrónica para el testamento cerrado: Artículo 706 CC. Revocación del testamento cerrado: Artículo 742 CC

El Proyecto recoge una serie de preceptos en los que se permite a las personas con discapacidad sensorial acceder a algunos testamentos que antes les estaban vedados. Se trata de los arts. 695, 697, 708 y 709, relativos al testamento abierto, a la presencia de testigos en los testamentos y al testamento cerrado. Completaré el comentario con el texto propuesto para el art. 706, que da acceso a la firma electrónica para el testamento cerrado, y al art. 742 sobre la revocación del mencionado testamento. Con el fin de clarificar las cosas recogeré el texto completo de cada uno de los preceptos, aunque existan apartados y párrafos que no presentan alteración ninguna, subrayando las modificaciones o novedades.

Art. 695: *"El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella*

yectado art. 753 CC, DE SALAS MURILLO, S., "Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 35, 2019, pp. 77, 81 y 82, señalando la importancia de que sea un tercero (y no la persona a quien corresponde apoyar) quien asesore sobre las disposiciones *mortis causa*. Siguiendo sus palabras "... un tercero imparcial como es el notario puede cumplir perfectamente con este papel de asesoramiento, haciéndose cargo mediante preguntas acertadas –la necesaria formación de los notarios en este ámbito!– de cuál es la voluntad de la persona con discapacidad" (ob. cit., p. 77). También, especialmente para los negocios llevados a cabo por mayores, CORRIPIO GIL DELGADO, M.^a R., "La protección patrimonial de la persona mayor", *A.D.C.*, 2020, fasc. I, p. 113 y ss., proponiendo la necesidad de protocolos que sirvan para indicar la vulnerabilidad. También, RUIZ MOROLLÓN, "El testamento...", cit., p. 129, considera que en estos supuestos debe huir el notario de fórmulas predeterminadas, acercándose lo más posible a la persona del testador.

y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él a su ruego uno de los testigos.

Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad".

El precepto, cumpliendo con las exigencias planteadas desde hace tiempo y recogidas por la doctrina⁽⁴⁴⁾, permite el recurso a cualesquiera medios técnicos para que las personas que sufren alguna discapacidad, normalmente de visión o auditiva, puedan expresar su voluntad, sin que exista una forma específica como prevé el actual art. 696 debiendo hacerlo ante testigos. Hasta ahora el Reglamento Notarial permitía, en el último párrafo del art. 193, la presencia de un intérprete de lengua de signos, así como la posibilidad de las personas ciegas de prestar su conformidad a la lectura de la escritura por parte del notario⁽⁴⁵⁾.

No obstante, creo que es necesario señalar que en algunos casos, excepto cuando el notario conozca alguno de los medios a usar, no quedará excluida la presencia de terceras personas, diferentes a los

(44) Ver las previas consideraciones llevadas a cabo sobre esta necesaria modificación formuladas por TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La libertad de testar...*, cit., especialmente pp. 71 y ss.; y, de GARCÍA RUBIO, a la vista del contenido del Anteproyecto de reforma del Código, en "Algunas propuestas...", cit., pp. 175 y ss. Se ocupa de una exposición del contenido de la reforma, aludiendo a la importancia de las TICs en la materia RAMÓN HERNÁNDEZ, F., "El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, pp. 346 y ss., especialmente pp. 358 y ss.

(45) Determina el último párrafo del mencionado art. 193: "*Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no pudiese o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el Notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el Notario*".

testigos, que lleguen a conocer la voluntad del testador al tiempo en que lo hace el fedatario público.

Más completa aparece la reforma que ya ha tenido lugar en el Código civil de Cataluña (46), en la que se destaca la función del notario como necesaria para prestar al testador el apoyo y los medios necesarios, sin que ello comporte una carga económica; recogiendo en la Disposición adicional algunas pautas sobre los medios a utilizar, como *"braille, lengua de signos, lectura labial u otros medios lingüísticos o técnicos que permitan suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura"*. Del mismo modo, a diferencia del Proyecto que nos ocupa y en la misma disposición, se establece la necesidad de que se elaboren convenios entre el Colegio Notarial y las administraciones correspondientes o instituciones sin ánimo de lucro para poder cumplir con esa finalidad.

Sin duda alguna los posibles medios técnicos que existen en la actualidad pueden transformarse en el futuro próximo por el desarrollo de todo tipo de tecnologías, con lo que podría parecer poco oportuno que no se recoja nada en el texto proyectado. Del mismo modo entiendo que la amplitud de su letra que tan solo se refiere a dificultad o imposibilidad de leer o de oír el texto puede predicarse de cualquier discapacidad que no tenga su origen en ceguera o sordera del testador, garantizando esta forma de testar de manera accesible a quien lo necesite (47).

Tales circunstancias llevan a plantearnos algunos interrogantes en cuanto al control por parte del notario de que se haya respetado escrupulosamente la voluntad del testador, lo que no siempre podrá

(46) Ley de modificación del Libro cuarto del Código civil de Cataluña, Ley 6/2019, de 23 de octubre, por la que se reforman los arts. 421.8, 421.10, 421.11 y 421.14, con el fin de permitir a las personas con discapacidad sensorial acceder a las formas testamentarias en igualdad de condiciones que los demás.

(47) Muestras del desarrollo de las tecnologías para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad a las obras publicadas lo tenemos en la reforma obrada en la Ley de Propiedad Intelectual por obra de la Ley 2/2019, de 1 de marzo, como consecuencia de la adopción de las premisas del Tratado de Marrakech; o en la Directiva UE 2019/882, sobre accesibilidad en la que se acuña el concepto de "limitaciones funcionales". Resulta así que presenciamos cómo los avances tecnológicos nos llevan más allá de lo que pueda ser una persona con discapacidad visual o auditiva, extendiéndose a otras limitaciones que dejan de ser barreras mediante el recurso a instrumentos técnicos que exigen importantes desembolsos económicos y cuyos costes no pueden repercutir en las personas con discapacidades o limitaciones que hagan uso de los mismos.

sucedir, o si estas nuevas formas testamentarias obligan a que en las notarías existan personas especializadas en la utilización de las mismas sin que ello suponga desembolso alguno para la persona con discapacidad.

En cualquier caso, la reserva total de lo expresado por el testador no queda absolutamente garantizada, pues aunque no haya testigos, como se verá seguidamente, puede que la intervención de otras personas rompa con esa privacidad.

Art 697. *"Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:*

1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede formar el testamento.

2.º Cuando el testador o el Notario lo soliciten".

Se suprime la necesidad de testigos cuando el testador fuese ciego o declarase que no sabe o no puede leer por sí el testamento y la necesidad de que leyeran el documento los testigos correspondientes.

Cumpliendo con la imposibilidad de negar derechos a las personas con discapacidad visual se suprime la intervención de los testigos, pero también se elimina su presencia en los casos en los que declare que no sabe o no puede leer el testamento por sí.

Art. 706. *"El testamento cerrado habrá de ser escrito.*

Si lo escribiese con su puño y letra el testador pondrá al final su firma.

Si estuviere escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador, este pondrá su firma en todas las hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida.

Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

En todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones".

En este caso se aprovecha la reforma para incluir un requisito más cuando se hayan utilizado elementos electrónicos para la redacción del testamento, haciendo necesario que sea firmado utilizando firma electrónica reconocida. La verdad es que a día de hoy utilizar un medio de escritura mecánico no electrónico resulta algo anacrónico. No obstante, si se usase, por ejemplo, una máquina de

escribir antigua se podría firmar manualmente; por el contrario no parece servir la firma manual si se ha hecho uso de un ordenador, lo que supone la exigencia de mayor formalidad.

Lo que es cierto es que no se ha reformado el ológrafo permitiendo hacerlo con medios y firma electrónica, pese a ser algo que está en debate en la actualidad.

Art. 708. *“No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer.*

Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, y se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código”.

Se suprime la prohibición, para las personas ciegas, de otorgar testamento cerrado, a pesar de su escasa aplicación, recogiendo la posibilidad de hacer uso de los medios correspondientes, siempre que les permitan tanto escribirlo como leerlo y se cumplan el resto de los requisitos. Entiendo por tanto de que en caso de utilización de medios electrónicos se exigiría la necesidad de la firma electrónica reconocida, no siendo así si se trata de medios mecánicos. No obstante, de la literalidad de este y los siguientes preceptos parece que los usos electrónicos permitidos quedan limitados a aquellos en los que exista un texto que pueda escribirse y leerse, con lo que parecerían excluidas técnicas que no lo posibilitaran así, especialmente todas las relativas a grabaciones y medios auditivos que permiten la accesibilidad de las personas con discapacidad. Sin duda, las exigencias del acta de otorgamiento así lo requieren.

De la redacción de los diversos preceptos no parece que las personas con discapacidad visual puedan recurrir a la circunstancia de que otra persona redacte por ellas el testamento, aunque entiendo que es posible que sea un tercero quien utilice los medios técnicos en lugar del testador, siempre que se cumplan los requisitos del art. 709 en cuanto a lo que deba reflejarse en la cubierta en la que se guarda el testamento. Parece así que se exige, al menos para conformar los requisitos de la fase de otorgamiento, un dominio por parte de la persona con discapacidad visual de la utilización de estas técnicas, lo que no necesariamente sucederá en todos los casos, especialmente cuando se trate de personas que por su avanzada edad pierden la capacidad visual.

Art. 709. *"Las personas que no pueden expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:*

1.º *El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706.*

2.º *Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él.*

3.º *A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe en Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso.*

Las personas ciegas o con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas".

Confirmando lo expuesto en el artículo anterior es necesario que el recurso a las tecnologías adecuadas quede plasmado en un texto escrito, haciendo uso del medio que sea, que pueda guardarse en la cubierta en la que el notario debe extender el acta, junto con la propia expresión del testador, en la misma cubierta, de que allí se encuentra su testamento, expresando la técnica utilizada y que está firmado.

Art. 742. *"Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen.*

El testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental; pero si apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquel válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta o quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas o enmendadas, será válido el testamento

como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador”.

Se sustituye en el precepto la vigente expresión “*en estado de demencia*”, por la más amplia de “*alteraciones graves en su salud mental*”, entiendo que por la utilización de una terminología más correcta. A diferencia del texto actual se exige la gravedad de las alteraciones, si bien parece ser un concepto comprensivo de un mayor número de situaciones diferentes de lo que pueda interpretarse por demencia que, de suyo, parece un término superado.

3. Reforma en materia de prohibiciones testamentarias: Artículo 753 CC

Art 753. *“Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.*

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

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

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

El precepto cuya reforma se propone se enmarca en al ámbito de las rígidas prohibiciones para suceder, ampliando extraordinariamente su posible aplicabilidad (48). Prohibiciones establecidas con el ánimo de preservar la libertad del testador, considerando, *iuris et de iure*, la presunción de captación del tutor o curador, hasta ahora mientras no se aprobasen las cuentas de la tutela (o no tuviesen que rendirse), exceptuando que fuese el tutor o curador ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador.

(48) La alusión que se realiza al tutor se refiere a la tutela de los menores, pues los mayores de edad solo pueden tener curador.

El Proyecto endurece extraordinariamente las disposiciones testamentarias a favor del curador representativo en el art. 753 CC al ampliar la incapacidad relativa a favor de los cuidadores de establecimientos públicos o privados (de forma absoluta) y de los cuidadores personas físicas si no es en testamento abierto.

Comparto absolutamente las opiniones al respecto formuladas por la doctrina de tratarse de una norma abiertamente contraria al respeto a las preferencias y deseos de la persona con discapacidad(49), lo que implica una contravención a las premisas de la Convención. En este sentido, considero plenamente asumible el argumento de que si se permite la testamentifacción activa, ha de reconocerse sin ninguna cortapisa(50), pues otra cosa implicaría un trato en desigualdad de condiciones para quienes presenten una discapacidad cognitiva, en contra de la inspiración de la mencionada Convención.

De todas las aristas que presenta el texto propuesto solo me referiré a algunos de los problemas que plantea, no siendo posible dedicar la importancia que reviste su comentario, pues cercena totalmente el reconocimiento de gratitud a favor de quienes hayan cuidado de la persona, fundamentalmente en el supuesto de entidades tutelares(51). Dentro de la observación del altísimo número de tutelas y curatelas que llegan a ostentar estas entidades, con un crecimiento progresivo, parece extraño que quede allanado precisamente el camino a los herederos intestados que poco, o las más de las veces nada, se han ocupado de la persona que precisa apoyo.

Creo además que el precepto presenta una contradicción importante, pues al referirse solo al curador con facultades de representa-

(49) Así DE SALAS MURILLO, "Reconsideración...", cit., pp. 60 y ss., en un exhaustivo trabajo en el que analiza pormenorizadamente la problemática que presenta el texto al hilo de la realidad del funcionamiento de las tutelas, o en el futuro curatelas, sobre las personas con discapacidad, relacionando la prohibición con los límites a la libertad de testar y el libre desarrollo de la personalidad. En el mismo se analizan al detalle tanto los aspectos subjetivos de la norma, las peculiaridades de la prohibición, su relación con otras normas (se recupera en el texto del Proyecto, en el art. 226, el contenido del art. 221 actual que, como expone la autora, había desaparecido), así como abundantes razones para abandonar la regla proyectada.

(50) DE SALAS MURILLO, "Reconsideración...", cit., p. 74.

(51) Sobre la dificultad de encontrar un punto de equilibrio ver GARCÍA RUBIO, M.^a P., *Código Civil comentado*, Vol. II, CAÑIZARES LASO, A. Y OTROS (Dir.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 620 y ss., respecto a los cuidadores, con destacada aportación de derecho comparado, pareciendo decantarse por una prohibición más extensa que la actual.

ción está dejando enormemente reducidas las posibilidades de aplicación de la eliminación de la influencia debida como único posible significado. Me explico, en mi opinión no resulta justificable someter a distinto régimen la situación, según se trate de un curador con facultades de representación o sin ellas, por cuanto la mencionada influencia indebida puede ser la misma e, incluso, teniendo en cuenta la excepcionalidad con la que se permite adoptar medidas de apoyo representativas quedaría reducida la aplicación de la regla casi a aquellos casos en los que coincidiría con la falta o ausencia de aptitud para poder testar. Si tal como pretende la reforma, la curatela representativa queda como una institución residual, tan solo para el apoyo de aquellos cuya voluntad no puede llegar a averiguarse de ningún modo, sería prácticamente imposible que tales personas, con ese cuadro de falta de discernimiento absoluto –por las circunstancias que sea– llegaran a poder otorgar testamento, sea por el juicio de capacidad del notario, sea por la imposibilidad real de cumplimiento de los requisitos del testamento ológrafo. Tratóndose de una prohibición, y observando el espíritu de la reforma y los principios que la inspiran, no creo que se tratase de un error a la hora de redactar el precepto, que se ha mantenido en las sucesivas redacciones hasta llegar al texto definitivo del Proyecto, con lo que no podría abarcar la limitación a los curadores sin facultades de representación (52).

Entiendo, por otra parte, que la excepción que supone el otorgamiento de testamento abierto para los cuidadores personas físicas que no formen parte del entramado del establecimiento donde se encuentra internado el testador (por ejemplo contratados por el propio testador o sus familiares) debería haber sido extendido a cualquier caso, como sucede en el Código civil de Cataluña (53).

No distingue el precepto que esas instituciones donde se encuentra ingresado el testador desempeñen o no funciones de curatela. Es

(52) Respecto del texto vigente, comparte la afirmación de que las prohibiciones del precepto deben interpretarse restrictivamente, ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5617 y 5622.

(53) GARCÍA RUBIO, "Algunas propuestas...", cit., p. 179, justifica la excepción para los cuidadores personas físicas en "la tensión entre el peligro de influencias indebidas y el deseo de gratificar y agradecer la dedicación y hasta el sacrificio que representa el cuidado personal", permitiéndose el testamento abierto "con el fin de que el Notario controle la ausencia de presiones o influencias indebidas en la voluntad del testador". No obstante, en mi opinión, esa tensión puede estar presente también en el supuesto de apoyos o cuidados asistenciales.

cierto que de la observación de la realidad se han podido constatar abusos o captaciones de voluntad de estas personas, normalmente mayores respecto de los que no existe medida de protección alguna, pero creo que estos casos tienen su propio tratamiento sin necesidad de cercenar las posibilidades de que las instituciones tutelares puedan recabar algunos ingresos (54).

El párrafo final del precepto cambia respecto de la redacción actual, incluyendo a cualquier heredero intestado que fuese tutor, curador o cuidador del testador, supuesto en el que cedería la prohibición. Aumentan de esta manera las excepciones a la prohibición que actualmente ostentaban ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, pasando a afectar a cualquier pariente hasta el cuarto grado. Llama la atención que la nueva letra no incluye dentro del ámbito de la prohibición a la pareja estable, claro está, excepto cuando en la legislación autonómica respectiva esté incluido como heredero intestado, lo que no sucede en el marco del Código civil (55).

Nada dispone el Proyecto sobre el contenido del art. 754, que permanece incólume y en el que creo que, junto a los testigos del testamento, se debería recoger la inhabilidad de quienes pudieran haber actuado como intérpretes de lengua de signos o responsables de la transmisión de la voluntad recogida mediante medios técnicos. Sin duda, entre las personas que pudieran captar la voluntad del testador vulnerable estarían incluidas. Es cierto que siempre quedaría protegida la libertad del otorgamiento acudiendo a la causa de indignidad del art. 756.5, pero el funcionamiento de la prohibición operaría automáticamente, y no con la complejidad de la apreciación de las causas de indignidad, unidas a la mayor dificultad de demostración del dolo o intimidación (56).

4. Causas de indignidad: Artículo 756 CC

En este supuesto, por la extensión del precepto original, tan solo recogeré los dos apartados modificados. Ambos se incluyen en la última versión del Anteproyecto, no constando en la primera.

(54) Propone DE SALAS MURILLO, "Reconsideración...", cit., p. 61, como medidas de salvaguarda la intervención notarial, la prestación de apoyos y la posible posterior impugnación del testamento.

(55) También DE SALAS MURILLO, "Reconsideración...", cit., p. 65, nota 14.

(56) Sí recoge esta prohibición el CCCat., en el art. 412. 5, b), al establecer la inhabilidad de "*Los testimonios, facultativos, expertos e intérpretes que intervengan en el otorgamiento del instrumento sucesorio, así como la persona que escribe el testamento cerrado a ruego del testador*".

Art. 756. 2.º, párrafo tercero. *"También el privado por resolución firme de la patria potestad o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo".*

7.º *"Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código".*

La modificación del último párrafo del apartado segundo obedece a la necesidad de adecuar la terminología a la Convención y al Proyecto suprimiendo la mención de capacidad modificada judicialmente(57).

La del apartado séptimo ha quedado tan solo como una precisión de que la discapacidad puede ser psíquica, física o sensorial. Realmente este cambio no es necesario por el juego de la modificación de la Disposición adicional cuarta del CC, en la que se incluye este precepto entre las remisiones al concepto de discapacidad de la Ley 41/2003.

No se ha utilizado la reforma para reflexionar sobre otras posibles causas de indignidad relativas al maltrato respecto a los causantes vulnerables entre los que, sin duda, se incluyen las personas con discapacidad(58), oportunidad perdida por segunda vez tras la reforma obrada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y sobre la que viene reclamando la atención la doctrina(59).

(57) La última parte del párrafo *"por causa que le sea imputable..."* hasta el final, se introdujo tras el Dictamen del Consejo de Estado, al considerar que la redacción inicial no era clara.

(58) VAQUER ALOY, A., "El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria", *A.D.C.*, 2020, fasc. III, p. 1088, entiende la vulnerabilidad como un "concepto más omnicompreensivo, pues en él entran no solo las personas ancianas, las personas dependientes, sino también aquellas personas que por razones de edad, salud o condiciones sociales son susceptibles de sufrir abusos de carácter físico, psicológico o emocional o económico".

(59) Concretamente se dedica a la cuestión con detalle VAQUER ALOY, "El maltrato...", cit., pp. 1067-1095, con profusión de argumentos sobre el tema y cita de pronunciamientos judiciales y derecho comparado, destacando la necesidad de modificar la redacción del precepto. Igualmente se muestra a favor del endurecimiento de la norma, debiendo extenderse a todos los herederos intestados, y ampliándose a la falta a las elementales obligaciones éticas de cuidado y atención personal, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., "Sucesión intestada, atribuciones 'ex lege' y protección de las personas con

Tampoco se han aclarado las numerosas dudas que presenta la norma sobre la necesidad de exigir o no una reclamación de alimentos, o, de no ser necesaria, si existe un orden o prelación entre familiares(60), afectando la causa a los primeros obligados, pero no a los sucesivos, y más en los que no es el momento de entrar ahora(61).

5. Sustitución ejemplar: Artículo 776 CC

Artículo 776. “1. *El ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente sujeto a curatela representativa, si bien la sustitución será ineficaz si el descendiente ha otorgado testamento válido, antes o después de dictarse las medidas de apoyo, o si estas hubieran quedado sin efecto con anterioridad a su fallecimiento.*

2. *El ascendiente deberá tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del sustituido.*

3. *La sustitución ejemplar comprenderá la totalidad de los bienes del sustituido.*

4. *En el caso de que varios ascendientes hubieran hecho uso de la sustitución, se preferirá la disposición realizada por el ascendiente fallecido de grado más próximo. Si son del mismo grado se atenderá a las disposiciones de todos si son compatibles. Si no lo son, preva-*

discapacidad”, en *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones pendientes*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2020, p. 118 y pp. 140 y ss.

(60) La Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores suprime el inciso final del texto vigente disponiendo como causa de indignidad en el artículo 461.12, “h) *Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hayan prestado las atenciones debidas*”. La redacción solventa muchos de los problemas apuntados, desde el punto de vista de no exigir o no reclamaciones previas, así como permitiendo incluir comportamientos de abandono que no necesariamente lleven consigo una desatención patrimonial o económica, sino anímica o personal.

(61) Tampoco la interpretación llevada a cabo por los Tribunales ayuda a un entendimiento amplio de la norma, manteniéndose en una hermenéutica literal y restrictiva. Así STS de 2 de julio de 2019 (RJ 2019/3141), en la que se alude a la falta de modificación del texto por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, aludiendo a la necesidad de que el texto legal, en este caso respecto de la causa séptima, incluya atenciones debidas en lugar de la letra actual. También se muestran restrictivas la SAP de La Rioja (S. 1.ª) de 19 de junio de 2009 (AC 2009/1710), SAP de Asturias (S. 7.ª) de 9 de marzo de 2012 (AC 2012/887), SAP de Burgos (S. 2.ª) de 29 marzo 2019 (AC 2019/623), o SAP de Badajoz (S. 3ª) de 10 septiembre 2019 (JUR 2019/281858).

lecerá la de cada uno en lo que hubiera dejado al descendiente, y el resto se entenderá dispuesto proporcionalmente”(62).

Suprimida en la primera versión del Anteproyecto se recupera en la última y pasa definitivamente al texto del Proyecto(63), con nueva redacción en la que se da solución a algunos de los problemas que planteaba el correcto entendimiento de la norma(64).

Sin duda alguna se trata de una figura utilizada con frecuencia y que, pese a la complejidad que ofrece, no presenta una excesiva litigiosidad. Sobre el principal escollo de su entendimiento, si abarca a la totalidad del patrimonio del sujeto (postura amplia), o tan solo a lo dejado por el sustituyente (estricta) hace tiempo que existe una jurisprudencia consolidada en cuanto a la admisión de la amplitud del objeto de la sustitución, ya sea abarcando esta cuestión directamente, o de manera incidental sin que suponga problema alguno(65). Aun reconociendo que existen importantes diferencias, mantener la postura estricta acercaría inútilmente la institución ejemplar a la sustitución fideicomisaria. El precepto pone fin a la encendida polémica existente considerando que el sustituyente testa por el sustituido, abarcando su disposición la totalidad de su patrimonio, y no solo lo recibido de este.

(62) En las alegaciones formuladas durante la información del Anteproyecto por un grupo de profesores se incluyó un texto casi idéntico al incluido finalmente.

(63) Sobre su inicial supresión GARCÍA RUBIO, “Algunas consideraciones...”, cit., p. 179, considera que su eliminación podía ser controvertida.

(64) Para un análisis detallado de las consideraciones que llevaré a cabo ver, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar como medida de protección de las personas*, cit., donde se desarrollan todos los argumentos apuntados con abundantes citas doctrinales y jurisprudenciales, cuya repetición aquí omito.

(65) Son mayoría los pronunciamientos de los Tribunales en los que se admite la postura amplia, por todas la STS de 14 de abril de 2011 (RJ 2011/2753) y la RDGRN de 10 de mayo de 2018 (RJ 2018/2484), en la que se da por asumida la postura amplia. No obstante, no comparto en absoluto el contenido de la Resolución, pues en este concreto supuesto había testamento válido, con lo que se impedía que pudiera acudir a la ejemplar, debiendo abrirse la sucesión intestada. Por el contrario, se considera que la inoperancia de la disposición testamentaria, por premoriencia del heredero y sustituto previsto, determina que debe entenderse que no existe testamento. Considera también la imposibilidad de acudir a la ejemplar en el caso particular DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Sustitución ejemplar y existencia de testamento válido otorgado por el sustituto antes de su incapacitación”, C.C.J.C., núm. 108/2018 (BIB 2018/13329).

Sin duda, de la observación de la Jurisprudencia sobre la materia se observa el deseo de los padres de premiar a aquellos que han cuidado o cuidarán de su descendiente, conjugándose en muchos casos con el establecimiento de cargas o condiciones. No se aprecia en su tratamiento la presencia de uno de los argumentos de la postura estricta en el sentido de poder dar cabida a decisiones caprichosas o extravagantes, sino todo lo contrario, revelando la preocupación de los ascendientes sobre el incierto futuro de sus hijos con discapacidad.

En el caso de poder hacer uso de la ejemplar, no tendrían presencia las prohibiciones que afectan a la persona bajo curatela representativa a las que hemos hecho referencia, pudiendo servir, si no se aprecia capacidad en el descendiente para otorgar testamento, como medio de reconocimiento de las funciones de posibles curadores o cuidadores del sustituido.

El texto propuesto presenta dos modificaciones especialmente importantes en cuanto a los sujetos. Una es que debe tratarse de un sustituido sobre el que exista una curatela representativa, que sería una medida de apoyo de intensidad similar a la actual incapacitación o modificación judicial de la capacidad, y otra, que sería la necesidad de que, a la hora de testar por la persona curatelada, el ascendiente tuviera en cuenta sus deseos, voluntad y preferencias, al ser los criterios que disciplinan el entendimiento de las medidas sustitutivas de apoyo. Quizá hubiera sido conveniente añadir un inciso que dijera en la medida posible o en la medida razonable, pero el sentido de la norma está claro en el aspecto de querer dar entrada a la voluntad de una persona que no presenta capacidad para testar, pero que sí puede querer ver correspondidos sus cuidados y afectos. En ningún momento se traduce en un testamento hecho por quien ostente una medida de apoyo, sino en su consideración tradicional, una facultad de los ascendientes de testar por aquellos descendientes que carecen de capacidad para ello, evitando la apertura de la sucesión intestada.

En el caso de que varios ascendientes hubiesen previsto la sustitución ejemplar, el precepto propone algunos criterios de resolución. Quizá hubiera sido conveniente precisar que se atendería al testamento del ascendiente fallecido de grado más próximo, y si fueran dos o más, al que falleciera en último lugar al poder observar mejor las circunstancias que rodean a la persona con discapacidad.

En relación con la extinción o ineficacia, como se mantenía hasta ahora, no operará la sustitución si el sustituido ha otorgado testamento válido, bien porque lo hubiera hecho antes de sufrir la dis-

capacidad cognitiva, bien porque pudiera haberlo hecho en un intervalo lúcido, confirmando el carácter subsidiario de la ejemplar. No obstante, presenta el texto proyectado la extinción automática de la sustitución si el sujeto recupera sus facultades cognitivas, sin necesidad de tener que otorgar testamento como sucede bajo la inspiración del texto vigente. Se consigue así garantizar que tan solo se permite una institución de tal excepcionalidad para aquellos supuestos en los que la discapacidad cognitiva sea de semejante intensidad que impida hacer testamento. Si ya no es necesaria la curatela representativa el sujeto será libre de testar o no a su voluntad, pero ya no se justifica que su sucesión se rija por los deseos de otro.

La norma proyectada al consagrar expresamente la postura amplia dota de pleno significado a lo que dispone el art. 777, en el sentido de no ser válida la disposición en cuanto perjudique los derechos legítimos de los propios descendientes del sustituido. El precepto, de complejo entendimiento si se sustenta la postura estricta, establece el límite del respeto a las legítimas del propio descendiente, no permitiendo que la sustitución implique una desheredación *de facto* de los mismos.

Es posible que, siguiendo una técnica legislativa ordenada, parte del contenido del art. 776 debería trasladarse también al art. 775, que regula la sustitución pupilar, con el fin de precisar idénticos criterios de solución para ambos supuestos.

6. Sustitución fideicomisaria y legítima: Artículos 782, 808 y 813 CC

Se modifican en este ámbito los artículos 782 y los correspondientes arts. 808 y 813 en materia de legítimas.

Art. 782. *“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial. No obstante, esta sustitución sobre la legítima estricta no será eficaz o se extinguirá si el fideicomisario tuviese, a su vez, hijos en esa misma situación.”*

“Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes”.

Art. 808. *“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.”*

Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte será de libre disposición.

Cuando alguno de los hijos se encontrare en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni por título gratuito ni por acto mortis causa.

Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique”.

El precepto se ordena en sus tres primeros párrafos con la única modificación de sustituir los términos padre y madre por el de progenitores.

A continuación se disponen dos nuevos párrafos con el fin de regular la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta cuando exista un hijo con discapacidad, con una extensión y contenido notablemente más ambiciosos y amplios de como existía hasta la fecha.

La nueva norma pretende solucionar algunos de los problemas que se habían apuntado por la doctrina, aunque omite otros, y, en mi opinión personal, complica extraordinariamente una figura que de por sí presentaba grandes dificultades e inconvenientes(66). La

(66) Especialmente críticos con el texto todavía vigente, destacando los defectos e imprevisiones del legislador, se muestran ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”, *R.J.N.*, enero-marzo 2005, pp. 113 y ss., planteando problemas de interpretación, pago en metálico, y más; y MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 151 y ss., poniendo de manifiesto las disfunciones apuntadas. Por el contrario, alaba la reforma, entendiendo que constituye una ampliación de la libertad para testar, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, ABRIL CAMPOY, J. Y AMAT LLARI, M.^a E. (Coord.), volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 2009. También, en los distintos trabajos publicados sobre la materia, la doctrina había apuntado otros aspectos faltos de regulación clara, así DÍAZ ALABART, S., “La sustitución fidei-

posible litigiosidad que presenta, al poder constituir en ocasiones una desheredación *de facto* de los colegitimarios de una persona con discapacidad, no parecen compensar una finalidad que puede conseguirse para el hijo con discapacidad, pues existen mecanismos para que el causante le instituya heredero en la mayor parte del patrimonio hereditario sin posibilitar un futuro lleno de demandas e inconvenientes para el propio hijo y para sus coherederos forzosos.

Por otra parte, entiendo que la figura no está de acuerdo con los designios de la Convención, al permitir al causante restringir la disposición de la parte de legítima estricta cuando lo tenga por conveniente, privando a los descendientes con una cierta discapacidad de la libre disponibilidad sobre sus bienes en palmaria desigualdad a los demás⁽⁶⁷⁾. Si el fideicomiso no es de residuo la postura del fiduciario queda afectada por una prohibición de disponer *inter vivos*, implicando además una limitación de la legítima de sus propios descendientes, a la que habría que añadir la privación de la disposición *mortis causa* para el supuesto de que su único capital fuesen

comisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, ABRIL CAMPOY, J. y AMAT LLARI, M.^a E. (Coord.), volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1047 y ss., se formula si podría ser de residuo –entendiendo que no–; si habría que prestar inventario y caución –claramente sí lo primero y dudoso lo segundo, aunque se podría aplicar a los inmuebles el art. 82 R.H.; la posible concurrencia en el sujeto de hasta tres patrimonios: el normal, el fiduciario y un posible patrimonio protegido; la interpretación a favor de disponer también del tercio libre a favor del hijo incapacitado; y la extraña situación en que quedarían los legitimarios fideicomisarios que muriesen antes del fiduciario y que nada habrían recibido en vida. Por su parte, GALICIA AIZPURÚA, G., *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5727, se plantea, entre otros, los siguientes interrogantes a resolver: a) si es necesario o no que el causante deje o no el tercio de mejora y el libre al incapacitado; b) si el fideicomiso debe gravar a todos los legitimarios no incapacitados por igual o no; c) si el incapacitado debe ser legitimario o si puede extenderse a descendientes; d) si la incapacitación debe tener lugar al otorgarse el testamento o al abrir la sucesión; y e) si en caso de varios descendientes incapacitados pueden ser fiduciarios sucesivos o deben serlo conjuntamente. Del mismo modo se plantea notables interrogantes, CÁMARA LAPUENTE, S., *Código civil comentado*, CAÑIZARES LASO, A. Y OTROS (Dir.), vol. II, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 725 y 726.

(67) Se muestra a favor de la mayor libertad que la reforma atribuye al causante, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Sucesión intestada...”, cit., pp. 123 y ss., en las que comenta algunos aspectos del texto de la primera versión del Anteproyecto.

los bienes afectados por el gravamen. Entiendo que son demasiadas limitaciones para una persona con discapacidad rompiendo con los parámetros de la Convención de heredar en igualdad de condiciones que los demás(68). Esto es, no considero posible a la luz de los nuevos principios rectores en la materia buscar instituciones que priven al sujeto con discapacidad de facultades que normalmente tendría, como es la disponibilidad de su legítima, de manera diferente a otros legitimarios, pues se conculca el art. 12 de la CNY. Ni siquiera cuando sea de residuo se permite que disponga a título gratuito o *mortis causa*, por no mencionar que quedan igualmente desaparecidos el principio de respeto de sus preferencias y derechos. La sustitución fideicomisaria que introdujo la Ley 41/2003 contiene demasiados resabios del afán de limitar las facultades de la persona con discapacidad, como sucede con el patrimonio protegido, estableciendo vinculaciones y limitaciones a la libre disposición, que no quedan salvadas en modo alguno con el Proyecto.

Teniendo en cuenta, por tanto, la carga de dificultad que entraña la aplicación del precepto actual, así como el incumplimiento de las premisas de la Convención, me parece que esta institución debería haberse eliminado del Código(69). Desde luego, hasta donde puede deducirse de la observación de las resoluciones de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros, no parece usarse con habitualidad –lo que entiendo perfectamente a la vista de los problemas que presenta–, no pudiendo atribuirse la falta de pronunciamientos a la valoración de que funciona correctamente, ya que vemos procedimientos “tremendos”, “cruelles” y hasta “despiadados”, entre familiares de personas con discapacidad(70).

(68) Tras esta reforma –como en otras tantas puntuales–, subyace el deseo de reducir o eliminar las legítimas, debate que existe en la actualidad y que requeriría no solo de opiniones doctrinales, sino de otro tipo de estudios sociológicos, económicos, fiscales, etc. Estas modificaciones que nos ofrece el legislador son parcheos, retazos de complejo ensamblaje en un sistema presidido por un férreo sistema de legítimas que se trasluce de la totalidad de la regulación de la sucesión.

(69) En la Propuesta de Código civil presentada por la Asociación se abandona la figura, reconvirtiéndola en un legado de usufructo en los siguientes términos del art. 467.19, 3: “*No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo, o un hijo o descendiente con discapacidad o cuya capacidad esté modificada en el momento de la apertura de la sucesión*”. También habría que señalar la diferente condición del beneficiario, que sería no solo el incapacitado de la actualidad, sino también el hijo o descendiente discapacitado.

(70) Sobre la utilidad práctica de la versión todavía vigente querría traer

No es posible detenerme en un examen detallado de los numerosos problemas que plantea la nueva redacción, que tan solo apuntaré a modo de pinceladas en cuanto a los sujetos, el contenido o extensión, y la posible y prevista impugnación.

En cuanto a los sujetos querría mencionar dos cuestiones (71). En primer lugar, se reduce la mención a los hijos, no incluyendo también a descendientes como dice ahora el Código, lo que nos plantea qué sucede en el caso de que el descendiente con discapacidad sea legitimario por derecho de representación, pues habiendo suprimido el inciso correspondiente parece que se eliminaría la posibilidad de disponer una fideicomisaria sobre la legítima.

En segundo lugar, se sustituye la necesidad de que el fiduciario está incapacitado por el hecho de que presente alguna discapacidad psíquica, física o sensorial que, por el juego de la Disposición adicional será la configurada por la Ley 41/2003. La modificación amplía extraordinariamente el número de posibles beneficiarios, pues no solo se refiere a discapacidad cognitiva, sino a las contempladas en la mencionada Ley, incluyendo las físicas y sensoriales. Entiendo que los problemas que se planteaban antes respecto al momento en que el sujeto debería estar incapacitado se trasladarán ahora a la declaración administrativa de discapacidad que considero necesaria para determinar los porcentajes exigidos. Por otra parte, la idea presente de que al ser incapacitado se trata hipotéticamente de una persona que normalmente atravesará una situación de necesidad

a colación las siguientes y descriptivas palabras de ALBALADEJO GARCÍA, M., en "El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor de descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37, Madrid, 2007, p. 41: "Pero con todo y ser loable el propósito del legislador quedan dos dudas. Una, la de si va a ser peor el remedio que la enfermedad, porque cause disgusto a los demás descendientes legitimarios del testador distintos del incapacitado, el verse privados del disfrute de su legítima corta mientras que el incapacitado viva, disfrute que posiblemente solo alcanza a los descendientes de los descendientes primeros. Y la otra duda, es la de, si siendo una herencia modesta, qué más da aumentar la parte del incapacitado con una sustitución fideicomisaria que también será modesta y seguramente al interesado no lo sacará de la pobreza; y si la herencia es lucida ¿es que no va a bastar para atender las necesidades del incapacitado dejarle su legítima corta y además el tercio de mejora y el libre enteros?".

(71) Abandona el texto del Proyecto el concepto inicial del precepto en el que se hacía referencia a persona que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, con una generalidad e indeterminación poco compatibles con una excepción a la intangibilidad de la legítima.

desaparece, pues las personas con discapacidad física o sensorial pueden tener una situación económica absolutamente desahogada.

En cuanto a la extensión y contenido de la institución presentan numerosos interrogantes de los que tan solo destacaremos los que parecen más complejos o no resueltos. Nada nos dice el texto de si para hacer uso del gravamen es necesario dejar a la persona con discapacidad la mejora y la parte libre, a pesar de tratarse de uno de los extremos debatidos con mayor profusión en la doctrina. Puede parecer que el testador es libre para dejarlos como quiera, si bien entiendo que si deja la mejora a un colegitimario, este perdería la posibilidad de impugnación, pues de alguna manera recibe más de lo que le correspondería por legítima corta. Entiendo recomendable, en evitación de litigios futuros, que incluya el testador una *cautela socini* si los colegitimarios, por la vía que sea, han recibido más de lo que les correspondiera como legítima estricta, abundando en la dicción del último párrafo en cuanto a la impugnación del gravamen de su legítima estricta.

La norma proyectada dispone la posibilidad de configurarlo como un fideicomiso de residuo, insisto, si quiere el testador, contraviniendo otra de las interpretaciones doctrinales mayoritarias sobre la norma. No especifica si la exención del deber de conservar del fiduciario deba ser en caso de necesidad, lo que pienso que debería haberse establecido en el texto. Entiendo que quedando a la libertad del testador que sea o no de residuo, también podrá configurarlo como de necesidad, criterio sometido a la apreciación de tal circunstancia tal como determine en el propio testamento. Considero igualmente que, al formar parte todo del mismo párrafo, también podría el testador conferirlo con facultad de disposición a título gratuito o incluso *mortis causa*, esto es, como sustitución preventiva de residuo. Que sea de residuo traslada, a mayor abundamiento, a su aplicación la infinidad de problemas que presenta esta figura sobre la sustitución de unos bienes por otros, el destino del remanente, la presencia de abusos, y muchos más planteados ante los Tribunales.

La sustitución no será eficaz o se extinguirá si el fideicomisario a su vez tiene un hijo con discapacidad. Entiendo que el uso de la diferente terminología obedece al momento en el que tenga lugar la presencia de discapacidad en el descendiente, ineficacia si ya existe en el momento de la muerte del causante, y extinción si ya estaba en funcionamiento la sustitución; pero nada dice la norma si quien tiene la discapacidad es un descendiente del fiduciario. ¿Y si lo tienen los dos? No es algo artificial o rocambolesco, pues atendiendo a la amplitud del concepto de discapacidad se trata de una hipótesis

perfectamente posible. Entiendo que en tales casos terminaría la circunstancia de recibir diferida la legítima y se regiría como una situación normal. Mayores problemas observo si ya está funcionando como sustitución fideicomisaria cuando se presenta la discapacidad en el descendiente mediato, especialmente si se hubiera concebido como de residuo, lo que abona, a mi entender, la necesidad de que se presten las correspondientes garantías para asegurar las expectativas de los fideicomisarios.

Otro aspecto que, a mi juicio, presenta notables dificultades es la privación de la legítima para los hijos y descendientes del fiduciario que –al no existir una medida como la dispuesta en el art. 777 CC para la sustituciones pupilar y ejemplar–, determinaría la falta de derechos legitimarios para otros herederos forzosos si el caudal hereditario del fiduciario se limita a lo que recibió en concepto de fideicomiso.

Finalmente, algunas reflexiones respecto de la posible impugnación del gravamen. El último párrafo del art. 808, a mi entender, presenta no pocos escollos por su indefinición. Al relacionarlo con el párrafo anterior, de enorme contenido, no queda claro qué es lo que tiene que acreditar el hijo que impugne el gravamen. El texto dispone que podrá “*acreditar que no concurre causa que la justifique*”, no quedando claro si lo que puede acreditar es que no existe discapacidad, que no existe necesidad por el fiduciario, o que lo que no se justifica es que sea de residuo. Demasiada oferta de extremos a debatir para un posible procedimiento de impugnación. ¿Por otra parte, si impugna y prospera, perdería lo de más que le hubiera dejado el testador, quedando reducido a recibir la legítima? Entiendo que la incertidumbre justificaría de nuevo la inclusión de una *cautela socini* por parte del testador.

Estos son solo algunos de los interrogantes que presenta la norma, si bien existen otros muchos a plantear, como qué ocurre si son varios hijos los que presentan discapacidad, si existe o no acrecimiento entre los posibles fiduciarios, qué ocurre con la falta de interés que tendrán los fideicomisarios en facilitar operaciones participativas, si son preceptivas las garantías exigibles en las sustituciones, el posible trato desigual a los legitimarios, la forma de computar e imputar las donaciones hechas en vida a algún colegitimario y muchos más.

7. Legado de habitación: Artículo 822 CC

Se modifican los dos primeros párrafos del precepto, manteniéndose el tercero y cuarto.

Art. 822. *"La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieran conviviendo en ella.*

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten".

La redacción del precepto no difiere prácticamente de la anterior, ajustando la terminología y disponiendo en el texto los tres posibles tipos de discapacidad que, una vez más por el juego de la Disposición adicional cuarta, será el contemplado en la Ley 41/2003 (esto es, física o sensorial superior al 65 % y psíquica superior al 33 %). Lo mismo que sucedió con la fideicomisaria, en la versión inicial del Anteproyecto se aludía a la situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, criterio que, afortunadamente, ha sido sustituido por otro con mayor concreción.

Este precepto fue incluido en el Código por la, tantas veces mencionada, Ley 41/2003, con la finalidad de que la persona con discapacidad continuara en el uso de la vivienda familiar, apareciendo como otro exponente más de la desafortunada reforma y que tampoco ahora ha sido reconsiderado por el legislador con el ánimo de solucionar los problemas que plantea.

En el texto vigente se regulan dos derechos de habitación, uno voluntario que puede establecer el testador y otro atribuido por ministerio de la ley (a modo de legado legal), que plantean no pocos problemas de articulación con otras posibilidades de mejora de la posición del discapacitado, pudiendo llegar al resultado perverso, si el testamento no se realiza adecuadamente, de perder la persona con discapacidad el derecho de habitación por obra de la consolidación, cuando coincida en el discapacitado la titularidad plena de la

propiedad del inmueble junto con la del derecho real limitado, lo que no se ha exceptuado por el legislador(72).

Por otra parte, el legado debe conjugarse con otros derechos previstos por el ordenamiento, como es la atribución preferente de la vivienda al cónyuge viudo, por obra de los arts. 1406 y 1407 CC, que coexistirán con el de habitación, presuponiendo el legislador unas relaciones de parentesco entre los que sobreviven al testador que no necesariamente coincidirán con las más cercanas entre ellos, pudiendo llegarse al absurdo de tener que convivir el descendiente discapacitado con un cónyuge de su progenitor que no sea su propio padre o madre, o, supuesto posible al amparo de lo dispuesto en el art. 822, del cónyuge viudo del causante con el padre o madre discapacitados del difunto como legitimarios de este último si no tenía descendientes.

Desde luego, la actuación del notario se convierte en esencial en el ensamblaje o conjunción de todas estas normas, explicando e informando al causante de las ventajas y beneficios de decantarse por unas u otras, evitando introducir mayores causas de litigiosidad, o lo que, es peor, de inutilidad o ineficiencia(73).

(72) Para mayor detalle consultar DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, 2014, pp. 143 y ss. También MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Sucesión intestada...", cit., pp. 152 y ss., con cita de distintos trabajos doctrinales.

(73) En los pronunciamientos surgidos sobre este derecho se observa su complejo entendimiento, por ejemplo, en la SAP de Vizcaya (S. 4.ª) de 15 de noviembre de 2011 (JUR 2012/171718), se hace uso de un concepto indebido de persona con discapacidad; mientras que en la SAP de Guipúzcoa (S. 2.ª) de 24 de junio de 2010 (JUR 2014/175832), no se requiere la resolución administrativa de discapacidad, en este caso se niega la consolidación por estar la vivienda en copropiedad, así como el abuso como causa de extinción del derecho, el litigio se plantea entre hermanos, teniendo el demandado un trastorno mental indefinido. La SAP de Madrid, S. 9.ª, de 17 de septiembre de 2015 (JUR 2015/244737) es una muestra de la falta de interés que se tiene en el cuidado de las personas que sufren discapacidad, así como un claro exponente del inadecuado tratamiento judicial de las instituciones que los protegen. Se trata de una acción de división entablada por el resto de hermanos del incapaz, tutelado por una institución pública, admitida aunque con la subsistencia del derecho de habitación, pero determinando el Juzgado que de la parte a recibir por el incapaz habría que detraer el valor de su derecho, extremo que, además, ni siquiera se había pedido. Apelada la sentencia por la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos por incongruencia se admite el vicio apuntado, repartiendo el precio por igual. Poco o nada se dice del art. 822, pero ofrece una imagen real de la

8. Colación: Artículo 1041 CC

Art. 1041. *“No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre.*

Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad psíquica, física o sensorial”.

El párrafo primero se modifica en el aspecto de eliminar la exención de colación de los gastos de equipo ordinario plasmando una visión más actual.

El párrafo segundo viene a significar lo mismo que la versión vigente, con la única salvedad de la descripción de los tres tipos de discapacidad que contempla la Ley 41/2003. Tal como sucede en materia de indignidad, fideicomisaria y legado legal la remisión lo es al concepto de la mencionada norma por lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta(74).

Continúa por tanto la regulación en el mismo sentido que la actual, con una finalidad perfectamente asumible(75). Sin duda la regla se revela de gran utilidad, y, debidamente interpretada y aplicada, permite que los ascendientes puedan hacer frente a todo tipo de gastos que surjan de la atención que requieran sus hijos discapacitados, sin que esas cantidades se traigan a colación para la determinación de la legítima del hijo discapacitado(76).

situación en la que quedan las personas incapacitadas cuando faltan sus padres y la ignorancia de la finalidad de protección que confieren algunas normas por parte de los jueces. En el supuesto de la SAP de Córdoba (S. 3.ª) de 17 de mayo de 2012 (JUR 2014/12470), parece obviarse en el proceso que el derecho de uso es intransmisible, procediendo a permitir la división que parece acordar la hermana tutora junto a los demás hermanos en documento privado, y con su importe costear los gastos de la residencia en la que está ingresado, todo ello parece que sin intervención judicial. El supuesto se resuelve aplicando la doctrina de los propios actos, mencionado tangencialmente el art. 822.

(74) También en este precepto se produce un cambio entre la versión inicial del Anteproyecto y la última, pues se hacía referencia, como en otros preceptos, a la situación física o psíquica.

(75) Sobre los diferentes tipos de gastos, que no incluyen los de enfermedad contemplado en el apartado primero, ver DOMÍNGUEZ LUELMO, A., en Código civil comentado, CAÑIZARES LASO, A. Y OTROS (Dir.), vol. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1673.

(76) No obstante, el tratamiento de los Tribunales no parece el ade-

9. Normas sobre aceptación y partición: Artículos 996, 1052, 1057 y 1060 CC

En los preceptos que recogeré a continuación se van disponiendo algunas particularidades con el fin de adaptar la terminología al contenido y esencia de la Convención, así como remisiones puntuales a lo que determine la resolución judicial por la que se dispongan los apoyos que la persona necesite, especialmente cuando se haya dispuesto una curatela representativa. Las reglas nos acercan al entendimiento del carácter absolutamente personalizado que contendrán las sentencias, en las que el juez deberá explicitar todas y cada una de las situaciones en las que actúe el curador con facultades de representación, evidenciando que en todo aquello que no se halla previsto la persona actuará en igualdad de condiciones que los demás.

No obstante, parece que hace uso el legislador de una cierta comodidad, pues la práctica ya ha evidenciado los problemas que pueden tener lugar cuando una persona con discapacidad cognitiva deba intervenir en estos trámites(77), no solucionándose más que con un posterior recurso a un procedimiento judicial los supuestos

cuado, como sucede con la SAP de Málaga (S. 5.^a) de 6 de septiembre de 2017 (AC 2017/1657) en la que no se considera aplicable respecto de quien parece estar incapacitado por no tener la condición administrativa de discapacitado, así como por no haberse justificado que las cantidades recibidas se aplicaran a la satisfacción de sus necesidades. Creo que la finalidad del precepto se cumpliría obligando de contrario a demostrar que las cantidades correspondientes (en este caso 30000 euros) no se dedicaron a sus atenciones.

(77) La RDGRN de 28 de junio de 2019 (BOE 25 de julio de 2019) es una muestra de un inadecuado proceder, pues se lleva a cabo la partición sin que comparezca a la misma el curatelado, aunque sí lo hace el curador, porque el incapacitado no quiere firmar. El supuesto es una muestra palpable de “retorcer” las instituciones de protección de manera que se pueda prescindir del sujeto a quien se considera capaz para una actuación, pues se solicita autorización judicial –que se consigue– para un supuesto en el que no es necesaria, intentando cambiar las reglas que disciplinan la curatela por las de la tutela, en atentatorio proceder contrario a los derechos de la persona y falta de respeto a su opinión o parecer, camino que, afortunadamente, corta la Registradora y la Dirección General, manifestando que *“querer componer esta figura de otro modo, como pretende la recurrente, apoyándose en la libertad que la ley atribuye al juez para configurar según el caso concreto de los instituidos de la tutela y de la curatela (cfr. Artículos 267 y 289), es tanto como vaciarlos de su contenido institucional propio, desnaturalizarlos y, a la postre, crear una gran inseguridad jurídica y dar al traste con la reforma llevada a cabo en el Código”*.

en los que se rechacen los apoyos o se niegue el sujeto a participar de los mismos.

Art. 996. *"La aceptación de la herencia por la persona con discapacidad se prestará por esta, salvo que otra cosa resulte de la resolución judicial de que haya establecido las medidas de apoyo".*

La norma, que no aparecía en la primera versión del Anteproyecto, avala la aptitud que presenta la persona con discapacidad, en este caso de carácter cognitivo, para actuar por sí misma en plena igualdad que los demás. Se exceptúa el supuesto de que las medidas de apoyo dictadas por el juez hayan previsto otra cosa.

Debe completarse con el contenido del art. 287.5.^a del Proyecto en el que continúa exigiéndose autorización judicial al curador con funciones de representación para repudiar o aceptar sin beneficio de inventario.

Art. 1052. *"Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Lo harán sus representantes legales si el coheredero está en situación de ausencia. Si el coheredero contase con medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se estará a los que se disponga en estas".*

El texto proyectado elimina la referencia a representante legal del incapacitado, remitiéndose, de nuevo, a lo que determinen las medidas de apoyo.

Art. 1057. Se modifica el párrafo tercero y se añade un cuarto. *"Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad o tutela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas.*

Si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas".

Se recoge en el texto la misma previsión que en las normas anteriores. Quiero recordar que las alusiones al tutor lo son siempre para el de los menores, pues las personas con discapacidad cognitiva solo pueden tener curador representativo.

Quizá en este supuesto parece algo complejo que la resolución judicial por la que se dictan las medidas de apoyo hayan hecho re-

ferencia en su contenido a la hipotética presencia de un contador-partidor en una herencia a la que estuviera llamada la persona con discapacidad cognitiva como heredera o legataria.

Art. 1060. *“Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.*

Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición así realizada requerirá aprobación judicial.

La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

Del mismo modo que hemos señalado antes, en la regulación de la curatela se contiene, en el art. 289 del Proyecto, la necesidad de aprobación judicial de la partición realizada por el curador representativo una vez practicada (78).

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., “El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor de descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37, Madrid, 2007.
- “Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código civil en materia de testamentos”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1992, pp. 726 y ss.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., “El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2019, 45, pp. 127 y ss.

(78) Las claras exigencias de los preceptos, continuistas de los vigentes, contrastan con el contenido de la RGRN de 26 de junio de 2019 (RJ 2019/3359), en la que se resuelve no ser necesaria la aparentemente preceptiva aprobación judicial “al no apartarse las actuaciones realizadas por el partidor de lo meramente particional”.

- CÁMARA LAPUENTE, S., *Código civil comentado*, CAÑIZARES LASO, A. Y OTROS (Dirs.), vol. II, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 725 y ss.
- CORRIPIO GIL DELGADO, M.^a R., "La protección patrimonial de la persona mayor", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, fasc. I, pp. 113 y ss.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, pp. 7 y ss.
- "El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyos", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.^o V., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 125 y ss.
- *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019.
- *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Reus, Madrid, 2018.
- "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2018, pp. 3 y ss.
- "Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.^a P. (Dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (coord.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 143 y ss.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., ¿Qué reformas cabe esperar en el derecho de sucesiones del Código Civil? (un ejercicio de prospectiva), en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 3, 2009, pp. 3 y ss.
- DE SALAS MURILLO, S., "Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 35, 2019, pp. 57 y ss.
- "Significado jurídico del "apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convenición", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018.
- DÍAZ ALABART, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Reus, Madrid, 2018.
- "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Cc reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)", *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, ABRIL CAMPOY, J. y AMAT LLARI, M.^a E. (Coord.), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Sustitución ejemplar y existencia de testamento válido otorgado por el sustituto antes de su incapacitación", *C.C.J.C.*, núm. 108/2018 (BIB 2018/13329).
- *Código civil comentado*, CAÑIZARES LASO, A. Y OTROS (Dirs.), vol. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 1670 y ss.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 2005, pp. 113 y ss.
- GALICIA AIZPURÚA, G., *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5700 y ss.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., en "Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), pp. 173 y ss.
- "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 58, 2017, pp. 143 y ss.
 - "La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés", *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, T. I, Thomson Aranzadi, 2014, pp. 1499 y ss.
 - *Código Civil comentado*, vol. II, CAÑIZARES LASO, A. Y OTROS (Dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 619 y ss.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.^a C. y DÍAZ ALABART, S., "La capacidad testamentaria de los incapacitados", en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.^a P. (Dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (Coord.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 531 y ss.
- GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2019.
- "La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.^o V., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 361 y ss.
 - "Capacidad para testar de persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil", en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), vol. 10^o, 2018, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 454 y ss.
 - "La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código civil a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.^a P. (Dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (Coord.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 617 y ss.
- LEGERÉN MOLINA, A., "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de apoyos", en *Claves para la adaptación del ordena-*

- miento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.^o V., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 180 y ss.
- MARÍN CALERO, C., *La problemática delegación de la mejora. Una solución particular al artículo 831 del Código Civil*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2019.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., "Sucesión intestada, atribuciones 'ex lege' y protección de las personas con discapacidad", en *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones pendientes*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2020, pp. 107 y ss.
- MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 2017.
- PARRA LUCÁN, M.^a A., "La necesidad de un nuevo Código Civil para la sociedad del siglo XXI", en *Diario La Ley*, núm. 9515, Sección Tribuna, 11 de noviembre de 2019.
- PAU PEDRÓN, A., "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", en *Revista de Derecho Civil*, julio-agosto de 2018, pp. 5 y ss.
- PÉREZ HEREZA, J., "Sucesión con discapacitados: una visión práctica", *Academia Sevillana del Notariado*, T. XXII, 2010-2011, pp. 53 y ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., "La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta", *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, ABRIL CAMPOY, J. y AMAT LLARI, M.^a E. (Coord.), vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 2009.
- RAMÓN HERNÁNDEZ, F., "El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, pp. 346 y ss.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a, *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Civitas, Thomson, Madrid, 2006.
- RUIZ MOROLLÓN, F., "El testamento del judicialmente incapacitado", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 106, abril-junio 2018, pp. 127 y ss.
- TORRES COSTAS, M.^a E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.
- VvAA, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.^o V., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- VvAA, *Propuesta de Código Civil de la Asociación de profesores de Derecho Civil*, accesible en <http://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>

- VAQUER ALOY, A., "El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, fasc. III, pp. 1067 y ss.
- *Libertad de testar y libertad para testar*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.
- "La protección del testador vulnerable", *Anuario de Derecho Civil*, 2015, II, pp. 327 y ss.
- ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ZURITA MARTÍN, I., "La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables", en *La libertad de testar y sus límites*, VAQUER ALOY, A., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P. y BOSCH CAPDEVILA, E., (Coords.), Marcial Pons, 2018, pp. 83 y ss.

ANÁLISIS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA PROYECTADA REFORMA DE LA DISCAPACIDAD

Esther Muñiz Espada
Universidad de Valladolid

Resumen: La reforma de la discapacidad que está en ciernes nos plantea importantes retos y nos sitúa ante diversas alternativas. El texto que conocemos hasta el momento parece querer construir una nueva retórica o un nuevo marco del comportamiento social en aras de remodelar una realidad cuyos problemas cotidianos pueden convertirse en algo verdaderamente complejo. La reciente crisis de la pandemia nos ha demostrado que hay mucho camino por recorrer o fórmulas a ensayar en la protección de las personas mayores, en especial en esta área de la discapacidad. Frente a los problemas reales de poco sirven las grandes proclamaciones que, en ocasiones, no descubren nada nuevo o son más bien ilusorias. Este estudio presenta una valoración de la adaptación de la reforma propuesta al Convenio de Nueva York 2006 desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica y algunas propuestas de *lege ferenda*.

Palabras clave: Incapacidad, discapacidad, seguridad jurídica, contrato.

Abstract: The disability reform poses important challenges for us and places us before various alternatives. The text that we know seems to want to build a new rhetoric or a new framework of social behavior in order to reshape a reality whose daily problems can become something truly complex. The recent crisis of the pandemic has pointed out that there is a long way to go or formulas to be tested in the protection of the elder, especially in this area of disability. Faced with real problems, great proclamations sometimes do not discover anything new. This study presents an assessment of the adaptation of the proposed reform to the 2006 New York Convention from the point of view of the principle of legal certainty and some proposals of *lege ferenda*.

Keywords: Disability, handicap, legal certainty, rule of law, contract.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. JUSTIFICACIÓN
- III. ALGUNOS RIESGOS DE LA NUEVA TEORIZACIÓN SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS
- IV. DEBILIDADES EN LA ESTABILIDAD CONTRACTUAL
- V. LA FALTA DE CONCRECIÓN DE LOS DESTINATARIOS DE LA NORMA
- VI. LA INDEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS
- VII. LA INDETERMINACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA Y PROTECCIÓN
- VIII. CONSIDERACIONES FINALES
- IX. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento jurídico de las personas con discapacidad –con independencia de la extensión que integre esta categoría y de la terminología utilizada, siempre cambiante– es un aspecto esencial e intemporal del Derecho, que, a lo largo de la historia, siempre ha intentado ofrecer soluciones en relación a las convicciones sociales del momento acerca de cómo han de ser protegidas estas personas.

Todas las leyes que han ido incidiendo sobre ello se han querido mostrar especialmente ambiciosas, y este es el mismo caso de la presente reforma que está en marcha de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁽¹⁾. En este sentido, unas leyes consideran que la incidencia sobre los aspectos patrimoniales o la adecuada organización de los bienes es lo determinante para la debida pro-

(1) Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, 17 de julio de 2020.

tección de la dignidad y libertad de las personas con discapacidad, y la mayoría, desdeñando más este plano, justifican la trascendencia de los aspectos personales sobre la base de los ideales de justicia y solidaridad, pero en común todas ellas comparten un mismo resultado: ser, en realidad, más modestas de lo que pretendían –aunque en extensión esta que nos ocupa es tan amplia que no es posible aquí hacer una referencia a todas las materias–. Como siempre que se aborda cualquier sector del ordenamiento, la técnica de las modificaciones a cuentagotas es la táctica habitual, pues aprovechando reformas anteriores se podrían haber incluido ya algunas disposiciones insistentemente reclamadas por la doctrina, y, de otro lado, algunas modificaciones que se anuncian ahora como novedades se podrían entender en la filosofía de intervenciones normativas precedentes.

Siguiendo esta misma inercia, la presente reforma se califica a sí misma de decisiva y significativa, y de hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, “como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno”.

Ciertamente, no está exenta de aciertos, pero de momento el proyecto padece no pocas deficiencias técnicas(2), con apariencias de novedad que no lo son tanto, y extraña de nuevo la falta de incor-

(2) “Altamente censurable es el texto del proyectado art. 238, en el que, repitiendo mecánicamente el tenor del actual art. 314, se reputa a la mayor edad una modalidad o una causa de emancipación, error que, por ejemplo, no se comete en el núm. 1.º del art. 230, en el que se las distingue implícita y acertadamente: en esa misma línea, ¿por qué y para qué mantener esa figura vacía del llamado ‘beneficio de la mayor edad’ del art. 244 del CC cuando podríamos encajarla en la emancipación de los artículos anteriores, siendo claro que la mayor edad en sentido estricto es otra cosa, exactamente la del art. 239? Puestos a renovar, aprovéchese la ocasión para corregir errores pasados, no disculpables después del siglo XIX. Correcto, por el contrario, aunque *de iure condendo* pueda hoy discutirse o revisarse, el tratamiento de la mora, según los casos automática o provocada, contenido en los arts. 232 y 291, desarrollo pertinente del art. 1100 del cuerpo legal civil general, tan relevante en Derecho de Obligaciones, CLAVERÍA GOSALBEZ, L.H., “Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad, Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, 2020, p. 33.

poración de algunas modificaciones ya reclamadas por la doctrina. Si bien, la cuestión fundamental sea si esta reforma, que responde a un trasfondo ideológico muy marcado, en realidad viene a aportar un paso relevante en la protección de la persona con discapacidad intelectual o, si no viene, más bien, a introducir algunas inseguridades jurídicas que fácilmente podrían ser evitadas (3); como, de igual modo, nos podríamos plantear si la redistribución de instituciones mejora, en realidad, la ordenación y racionalidad técnica legislativa; de otro lado, en ocasiones, pierde también un adecuado equilibrio, incrementando, como pretende, flexibilidad, pero introduciendo una excesiva judicialización en otros aspectos, que extraña teniendo en cuenta las pretensiones de la reforma.

Desde luego, parte de la doctrina consideraba que la evolución de las instituciones de asistencia no había finalizado, pero el principal defecto de la actual reforma es un exceso de los aspectos de asistencia social o personal más que de desarrollo eficaz para el tráfico jurídico (4); las consecuencias de la discapacidad intelectual o incapacidad sobre la intervención negocial siguen insuficientemente reguladas, pues entre las medidas adecuadas de protección están las consecuencias específicas sobre las relaciones contractuales entre el incapaz y los terceros. A ello se añade un régimen que se mueve más en la abstracción que en la atención en la variedad de los matices, esenciales, precisamente, en la diversidad de las discapacidades asociadas a la edad.

Ha de destacarse, especialmente, que el valor de la seguridad jurídica –art. 9.3 CE– reside en la eficacia de las normas, no como

(3) Lo cual también apuntan otros autores, así DE LA CUESTA SAENZ, J. M., “Discapacidad y ejercicio de los derechos”, en *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, La Ley, 2020, p. 179, cuando expresa que las intenciones anunciadas de salvaguardar derechos fundamentales de la persona y de hacer más visible los aspectos no patrimoniales, sin duda loables, pero en la actividad de ejercicio de derechos resulta difícil precisar en qué medida resultan suficientemente eficaces. Y de otro lado, “ciertamente no es un progreso para el valor seguridad jurídica la existencia de una oscilación tan notable en el modo de interpretar el artículo 12 del Convenio, por el Reino de España, por una parte, y el modo de interpretarlo del Comité especial para el seguimiento del Convenio, por otra parte”.

(4) CARRASCO PERERA, A., “Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, *CESCO*, 12 de octubre de 2020, p. 1, “el Derecho de las personas con discapacidad hace ya tiempo que dejó de ser en España con carácter primordial un Derecho para la celebración eficaz de negocios de tráfico”.

procura un tanto la reforma en un cambio de mentalidad o de sensibilidad, al decir la exposición de motivos que “la reforma normativa impulsada por esta ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, personal al servicio de la administración de justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas”. Pero si se quiere confundir paternalismo con protección habría que recordar que la función del Derecho es la defensa de los intereses de los más vulnerables, si bien haya resultado al final que en el sistema esté más protegido el consumidor ante el mercado hipotecario e inmobiliario que el discapaz intelectual en la defensa de sus intereses. El texto es, así, más humanista o más social que jurídico(5). Y habría que añadir que tampoco es la reiteración, lo que se utiliza en algunas ocasiones insistentemente, el recurso para obtener una mayor eficacia de las normas.

Se proyecta, así, una ley que constaría de siete artículos, una disposición adicional única, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales. Siguiendo la exposición de motivos, el artículo primero modifica la Ley del Notariado con siete apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y consta de seis apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con veintiocho apartados; el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en cinco apartados; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y se distribuye en diez apartados, finalmente, el artículo séptimo, referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en diecinueve apartados(6).

(5) *Vid.* Comité de las Naciones Unidas en el examen del informe inicial sobre España (CRPD / C / ESP / CO/ 1) en sus reuniones 56ª y 57ª (CRPD / C / 6 / SR.3 y SR.4), celebradas el 21 de septiembre de 2011 y que aprobó las observaciones finales en su 62ª sesión el 23 de septiembre de 2011.

(6) Teniendo en cuenta la exposición de motivos, las normas afectadas por esta reforma van desde algunas relativas al Derecho internacional privado, la nacionalidad, ciertas reglas sobre los efectos de las crisis matrimoniales cuando hay hijos mayores de edad con discapacidad que precisen

II. JUSTIFICACIÓN

La proyectada reforma de la legislación civil y procesal se justifica en su misma exposición de motivos en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de

apoyo, lo cual puede tener repercusiones, por ejemplo, en la atribución de la vivienda familiar, o las reglas sobre el establecimiento de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad; también experimentan modificaciones puntuales algunos preceptos relativos a la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges precisare de medidas de apoyo. Particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, cuestiones estas en las que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva. Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno. Para mantener la coherencia del sistema, la reforma hace también necesaria la modificación de dos preceptos del Código penal en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo, y la disposición adicional primera para adaptarla a la nueva regulación. Se aprovecha la reforma para corregir el error que implicaba a referencia a los imputables. Sobre tales aspectos *vid.*, entre otros, MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., "Derecho de adquirir y cambiar de nacionalidad por las personas con discapacidad", en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Wolter Kluwer, Madrid, 2020, pp. 197 y ss.; SÁNCHEZ MUÑOZ, O., "Discapacidad y derecho de voto. Cuestiones constitucionales", *ib.*, pp. 233 y ss.; MORENO MOZO, F., "Vivienda y protección de las personas con discapacidad", *ib.*, pp. 263 y ss.; SERRANO SANTAMARÍA, A., "La menor edad en el anteproyecto. Menores y responsabilidad civil", *ib.*, pp. 299 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., "Sucesión intestada y discapacidad. Una nueva propuesta", *ib.*, pp. 335 y ss.; CABEZUELO ARENAS, A., "Por qué no se ha reformado el art. 756.7 Cc sancionando con indignidad la omisión del trato digno al discapacitado, imitando el ejemplo de otros ordenamientos", *ib.*, pp. 365 y ss.; VICENTE BLANCO, D., "Cuestiones sobre derecho internacional privado en el anteproyecto de Código civil en materia de discapacidad y los convenios de La Haya", *ib.*, pp. 433 y ss.; MORAL MORO, M. J., "Aspectos procesales del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *ib.*, pp. 461 y ss. Así mismo, *vid.* SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., "La guarda de apoyo: propuestas para la protección de la persona mayor con discapacidad", *Rev. Jurídica de Castilla y León*, 2018, pp. 77 y ss.

2006, que, en su artículo 12, proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Con la manifestación de este objetivo, la Convención introduce, siguiendo la misma exposición de motivos, importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir "los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos". Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

En teoría, tales finalidades de salvaguardas adecuadas, bajo el principio de proporcionalidad con control judicial atendiendo a las preferencias de la persona, eran compartidas por las reformas precedentes, especialmente por la reforma de 24 de octubre de 1983; preferencias de la persona siempre que respondieran a su mayor beneficio y mejor protección, pues, de igual modo que se consagraba el principio superior del interés del menor de la misma manera se entendía aquí. Lo curioso es que ahora en el ámbito del crédito hipotecario lo importante es la protección del consumidor, que se le proteja hasta de sí mismo, porque lo que importa son sus intereses, pero en materia de discapacidad lo que importa es la defensa de los deseos y preferencias del discapaz, pues se considera que la persona con discapacidad tiene también derecho a equivocarse, a cometer errores, y lo determinante es su voluntad, de modo que no sería un principio superior el interés del discapaz. Sin embargo, esto luego, a su vez, se desdice, puesto que un control judicial no puede permitir un daño o perjuicio para la persona con discapacidad, bien

sobre su persona o sobre sus bienes, y en contra de su voluntad está previsto un procedimiento contencioso para el nombramiento de un “apoyo”, aun con la oposición de su voluntad. ¿Es acorde en este caso con los postulados de la convención, e incluso con la misma filosofía de la reforma? (7). Y es que aunque se quiera reinventar la realidad, la realidad material no cambia.

La reforma del ordenamiento jurídico español, que es consecuencia de la ratificación por España de dicho tratado, siguiendo la misma exposición de motivos, se inició ya con la Ley 26/2011, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o las más recientes Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Si bien, ya antes habría que añadir la decisión del Consejo de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2001 que había declarado el 2003 como Año Europeo de las personas con discapacidad, insistiendo en el objetivo primordial de la plena integración social y jurídica en igualdad de condiciones de dignidad y libertad de las personas con discapacidad, constituyendo esto una prioridad de la UE y de cada uno de los Estados miembros. Ello impulsó la Ley 18 de noviembre de 2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria, como desarrollo de los

(7) *Vid.* sobre ello, ALONSO PARREÑO, M. J., “La esperada reforma civil y procesal en materia de capacidad jurídica” en *Notario del siglo XXI*, nº 89, 2020, pp. 3 y 18. <http://www.convenciondiscapacidad.es/>

arts. 9.3, 10 y 40 de la CE, que se ofreció con una especial incidencia en el ámbito patrimonial para una mejor organización de los medios económicos de las personas con discapacidad, si bien, simplemente, resultó ser solo un cauce para propiciar la aportación de recursos a favor de las personas con discapacidad mediante beneficios fiscales, un régimen fiscal, que, con todo, se reveló bastante insuficiente. En todo caso, planteada la disyuntiva entre solidaridad pública y familiar o privada se consideró de manera muy positiva la opción de auspiciar la asistencia de recursos con aportaciones privadas para el sostenimiento propio de los gastos que generan estas situaciones. Se consideraba, así, la dependencia el campo para afrontar la participación con el debido reparto de la familia y el Estado en la responsabilidad de costes y gastos, de modo que la solidaridad familiar sería cada vez más necesaria para reducir o contener el crecimiento de los gastos sociales⁽⁸⁾; así se considera también en la presente

(8) Según la exposición de motivos de la citada Ley 41/2003 se hace aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga solo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse. Esta ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos. 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 a la que trata de atender esta ley. De esta forma, el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico. Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo

reforma en relación con el tratamiento más amplio que se concede a la guarda de hecho.

200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas.

La regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8.a de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil. Esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que esta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico, o bien a su guardador de hecho, en el caso de personas con discapacidad psíquica. La constitución requiere, inexcusablemente, de una aportación originaria de bienes y derechos, si bien una vez constituido el patrimonio cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones a dicho patrimonio, previéndose incluso la posibilidad de que tanto las aportaciones simultáneas a la constitución del patrimonio protegido como las posteriores puedan hacerse a pesar de la oposición de los padres, tutores o curadores, cuando así lo estime el juez por convenir al beneficiario del patrimonio. En todo caso, las aportaciones de terceros deberán realizarse siempre a título gratuito. Sin embargo, cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, y de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico –artículo 10.1 de la Constitución–, no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de su voluntad. Asimismo, cuando la aportación es realizada por un tercero, y por tercero se entiende cualquier persona distinta del beneficiario del patrimonio, incluidos los padres, tutores o curadores, constituyentes del mismo, el aportante podrá establecer el destino que a los bienes o derechos aportados deba darse una vez extinguido el patrimonio protegido, determinando que tales bienes o derechos reviertan en el aportante o sus herederos o dándoles cualquier otro destino lícito que estime oportuno. Sin embargo, esta facultad del aportante tiene un límite, ya que la salida del bien o derecho aportado del patrimonio protegido tan solo podrá producirse por extinción de este, lo que elimina la posibilidad de afecciones de bienes y derechos a término. Por otro lado, la existencia de este patrimonio, y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los distintos actos y negocios jurídicos, lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha donación podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por supervenencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa, si concurren los requisitos que para ello exige la legislación vigente.

En todo caso, la idea de potenciar el papel de la familia como núcleo de integración social determina la preferencia en los modelos de protección de la dependencia, aunque sea con un carácter informal, de modo que sustituibilidad y complementariedad son principios de aplicación a esta relación. Aunque más exactamente la idea es que la asistencia económica se haga con cargo al propio patrimonio de la persona dependiente, dando prioridad a las políticas que fomenten la autosuficiencia económica de las personas con discapacidad, revitalizando instituciones generadoras de recursos propios o que promuevan específicas aplicaciones de la solidaridad familiar, haciendo que el ordenamiento cuente con una mayor variedad de instituciones bajo esta orientación (9).

Sin embargo, desde el punto de vista, sobre todo, de la asistencia a la necesidad de cuidados personales, esta orientación de prioridad familiar no se compagina excesivamente bien con la realidad de los tiempos marcados por un profundo individualismo, incluso entre los vínculos familiares más estrechos, por ello no debería descuidarse una evolución hacia una mayor profesionalización de los órganos que ejercen una función de guarda y protección.

Pero, en todo caso, cuando se trata de las funciones de la patria potestad la proyectada reforma ahí ya no toma muy en cuenta el papel fundamental y constitucional de esta, ni siquiera los derechos y deberes parentales que exige el propio Código Civil. Así, explica la exposición de motivos que "se eliminan del ámbito de la discapacidad, no solo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría

(9) Ampliando, básicamente, las posibilidades de Derecho de contratos y de las instituciones sucesorias, pero se podría haber pensado en los negocios fiduciarios.

de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera". Se entiende que la idea es preservar la mayor posible autonomía de la persona, pero, en cualquier caso, la solución encaja muy bien en las perniciosas orientaciones de la competencia entre la familia y el Estado.

De este modo, la proyectada reforma en su adecuación a la citada Convención se enmarca en una evolución ya conocida pero con un discurso no exento de algunas contradicciones.

III. LA NUEVA TEORIZACIÓN SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Sobre la base del art. 12 de la citada Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, la reforma opta por eliminar las clásicas distinciones en torno a la capacidad. Pero la Convención de Nueva York, como en general el *common law*, desconoce la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, por lo que no tenía que haber llevado a otra interpretación sobre la clásica teorización de la capacidad de las personas desarrollada en la doctrina civilista española. La capacidad jurídica como inherente a la persona física es igual en todas las personas físicas, como condición que el ordenamiento no atribuye sino que reconoce, residiendo su fundamento en la dignidad y el valor de la persona y, por tanto, en el Derecho natural, de modo que siempre se ha reconocido en nuestro ordenamiento que los que se hallaren en alguno de los estados de deficiencia psíquica eran titulares de derechos, incluso de obligaciones. Por eso, la incapacitación era entendida como un medio de protección de la persona, bajo los mismos principios que ahora se proclaman de proporcionalidad y subsidiariedad, y tan es así que el propio incapaz podía solicitar su propia incapacitación, prueba de la idoneidad y necesidad de la medida, que solo procedería cuando no era posible proteger a la persona de otro modo. En todo caso, podría haberse firmado la Convención con reservas, pues no se es más progresista ni más humanista por eliminar la incapacitación o la capacidad de obrar, que no es más que la expresión de una falta de capacidad natural. Lo que importa en este contexto es

la protección de la persona incapaz libre de injerencias e influencias indebidas, el desarrollo de su personalidad y la seguridad del tráfico jurídico en sus intereses negociales.

La evolución ha llevado a proclamar, en buena parte de los ordenamientos, una protección sin incapacitación, pero la capacidad de obrar califica una realidad y advierte de una específica situación para el tráfico jurídico, ese cambio de estado civil consecuencia de la resolución judicial de incapacitación refleja de fondo la misma condición en la que se encuentra la persona afectada por esa deficiencia psíquica ahora necesitada igualmente de un "apoyo" (10). Por mucho que se quiera prescindir de la alusión a falta de autonomía o falta de autogobierno, la realidad de fondo es la misma, se estructure como se estructure. Pero la situación, al menos, es más clara y proporciona mayor seguridad jurídica si se mantiene la útil distinción de las figuras de la capacidad jurídica general y especial, y la de obrar.

Ciertamente, las modificaciones normativas de otros ordenamientos hicieron plantearse aquí también si las soluciones de nuestro Derecho positivo eran suficientes y si este tenía una respuesta específica a los problemas de la dependencia, si las soluciones estaban adaptadas a las necesidades de las múltiples enfermedades degenerativas asociadas a la edad causantes de grados de dependencia tan variables, y si las instituciones de guarda se adecuaban a la variedad de las discapacidades propias surgidas de la edad.

(10) "Ciertamente, los estados civiles estaban en crisis porque los hechos que generaban situaciones en las que la capacidad de obrar resultaba alterada han perdido en la actualidad gran parte de su virtualidad. Así ocurre con la nacionalidad, o con el matrimonio; ahora le toca a la capacidad misma que si se predica igual para todos los seres humanos, ya no tiene sentido hablar de estado civil referido a la existencia o ausencia de capacidad de obrar". Este asunto ha sido destacado en los preceptivos informes del Consejo de Estado y del CGPJ. Como ejemplo, puede resaltarse lo que afirma el Consejo de Estado en el apartado "Las modificaciones del Código civil" cuando afirma que "la adaptación del Derecho civil al artículo 12 de la Convención implica la desaparición del estado civil de incapacitado y la superación de las tradicionales diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar...". En el mismo sentido el informe del CGPJ, en el apartado VI, en la p. 32, puede leerse que "la reforma del sistema de protección de las personas con discapacidad pasa a gravitar sobre los siguientes ejes: i) la desaparición, formal y materialmente, de la incapacidad como estado civil y de la incapacitación como declaración judicial de modificación de la capacidad de personas afectadas...", SERRANO GARCÍA, I., "Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad", *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid, 2020, p. 80.

La flexibilidad, en el caso de una mera debilidad que no requiriera o mereciera de una incapacitación, era una tendencia que ya marcara el Derecho alemán a través de la *Betreuungsgesetz*. Con ello, se pretendía respetar al máximo los derechos de la personalidad del enfermo mental, reforzando los derechos y la posición jurídica de los discapacitados. Así mismo, entre la doctrina francesa se reiteraba que no había lugar a recurrir a los regímenes de incapacitación si las reglas del Derecho común permitían regular los problemas de las personas cuyas facultades estaban afectadas.

Pero desde la reforma de la tutela de 24 de octubre de 1983, sin ir más lejos, la idea ya era una eficaz asistencia que salvaguardara al máximo la libertad de la persona protegida, y el respeto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, suficientemente explicados sobre todo en la doctrina suiza, que implicaba la medida más leve con la menor intervención en la esfera de la libertad del individuo. Y, por su parte, ya la Ley 41/2003 aportó una de las líneas en las que se profundizaría posteriormente: su incidencia en un concepto menos formalista, persona con discapacidad y no tanto incapacitación judicial. No se añade nada nuevo a este respecto cuando la exposición de motivos indica ahora que “la convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

La protección mínima y temporal, como estado intermedio, se halla en la diferenciación de grados en la necesidad de protección, pero esto adaptado normativamente en algunos ordenamientos europeos desde los años 70 no es desconocido en nuestro sistema tutelar, que se incluía claramente en la filosofía de la reforma citada de 1983. Ello iba funcionando con ciertos mecanismos clásicos del Derecho privado, con una importancia particular a través del mandato y del apoderamiento preventivo, pero necesitaba de una regulación

especial para este contexto, sobre todo de control judicial, lo que no estuvo a la altura de las circunstancias, y a este respecto se han necesitado de varias intervenciones legislativas sobre el mandato para ir adaptándolo a las mejores funciones que podría cumplir aquí. Así, la autorregulación era básica, no solo por la importancia del principio de autonomía de la voluntad en esta materia, sino sobre todo porque cubría una amplia variedad de supuestos a los que no llegaría la ley y porque el recurso a la incapacitación no era necesario en todos los casos.

A este respecto, parecería que las instituciones de la tutela y de la curatela eran solo unos escasos modelos que no representaban suficientemente a la enorme multiplicidad que ofrecían los distintos grados de la incapacidad, también si se comparaba con las modalidades introducidas en el Derecho francés, que junto a la tutela o curatela se comprendía la *sauvegarde de justice*, la *administration légale* o la *tutelle en gérance*, por ejemplo. En todo caso, ya los mismos principios que ahora se proclaman en esta reforma habían llevado a considerar en las resoluciones de los últimos años una preferencia, en cualquier caso, por la figura de la curatela, haciendo más residual la adopción de un régimen o de una figura más invasora. Y la obligatoriedad de adaptar tanto la tutela como la curatela a las necesidades del caso concreto determinaba que no existieran dos tutelas o dos curatelas iguales, así, la uniformidad, desde luego, no estaba en las orientaciones de la regulación actual o antes de que se apruebe y entre en vigor la nueva norma. Si bien, no faltaban advertencias sobre la necesidad de disposiciones reguladoras para un mejor sistema tuitivo, pero insistiendo en que las respuestas tenían que ser tan diversas como las cuestiones que se pretendían solucionar, de modo que pensando en el sistema tutelar se pudieran buscar entre otros objetivos una simplificación del mecanismo tutelar, menos judicializado, junto a la creación de nuevas figuras a semejanza de algunos derechos extranjeros, pero figuras jurídicas concretas con un régimen jurídico específico, adecuadamente adaptado a una determinada necesidad, pero no imprecisiones para un indeterminado apoyo.

Ciertamente, las resoluciones judiciales no siempre han visibilizado el suficiente grado de diferenciación que permitían tales figuras, pues, en ocasiones, no reflejaban un esfuerzo de perfecta adaptación a las circunstancias del caso concreto, aunque el art. 760 LEC exigiera que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, pudiéndose asistir o representar, es decir, había que adecuar con exhaustividad la figura asistencial a

las concretas y específicas necesidades de la persona, delimitando con exactitud los tipos de negocios que podría realizar y los actos que no podría realizar el incapacitado por sí mismo, con lo que no habría dos curatelas iguales o dos tutelas iguales, al menos respecto de las personas con incapacidad. Si esto no se ha respetado siempre adecuadamente habría, por tanto, más bien un defecto de aplicación de la norma que de defecto de la norma, de modo que más que modificar la norma se trataría de exigir su cumplimiento y su debida aplicación. Y esto pasa por la especialización de los órganos judiciales para la mejor defensa de los intereses de las personas incapaces y, así mismo, por una buena coordinación entre la acción protectora de la administración en relación a las previsiones del Código Civil y el resto de la normativa, siempre en aras de una unificación de criterios. La especialización garantiza mejor el cumplimiento de las funciones asignadas, de modo que la resolución determine con exactitud las medidas correctamente adaptadas a la específica situación del incapaz, a los intereses de este; es esencial que delimite con precisión y concreción el grado de independencia, y delimite pormenorizadamente los actos que puede y no puede realizar por sí solo el incapaz, sin esto no se pueden hacer efectivos los principios constitucionales de respeto a la libertad individual y el desarrollo de la personalidad.

Así mismo, para evidenciar la variedad de medidas de protección del actual régimen en relación con el proyectado, junto a la tutela o curatela habría que añadir la nueva dicción que incorporó la reforma de 2003 sobre el art. 239 C.C., extendiendo la tutela automática a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección, no solo respecto de los menores desamparados, sino también a los incapaces en la misma situación. Si bien, con la reforma está previsto que "cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas", según el art. 255.

Y habría que añadir al elenco las posibilidades ofrecidas por los sistemas de autorregulación, cuyo contenido puede revestir una gran amplitud: desde el nombramiento del órgano de guarda, con posibilidad de desdoblamiento de funciones, determinaciones sobre el modo de ejercicio, normas de administración y disposición del patrimonio, el suplemento de órganos de fiscalización y control y las

personas que lo integrarían, no pareciendo que pudiera sustituirse el control de la autoridad judicial o del Ministerio fiscal por otras medidas fiscalizadoras que con este sistema se pudieran adoptar.

Por tanto, con incapacitación o sin ella, la realidad, si se restringen de cualquier modo los actos que puede realizar con plena autonomía y autogobierno el discapaz, es una limitada capacidad de obrar. Lo importante es que el pretendido cambio que se quiere adoptar ha de garantizar indubitadamente la seguridad del tráfico jurídico, y en esta consecuencia falla la reforma, porque representaba una mayor seguridad a este respecto para los terceros la situación precedente, es decir, la actual; si se quería modificar habría que hacerlo con un sistema que no deje duda a los terceros con quienes se contrata de la estabilidad de su negocio. Entender poder realizar actos jurídicos válidos sin necesidad de incapacitación cuando la persona está afectada obviamente de deficiencias intelectuales, simplemente asistido por la indefinición de un apoyo cuando tampoco está profesionalizado, no representa una adecuada seguridad, ni para los terceros ni para el mismo incapaz. De otro lado, la profesionalización de ese órgano de apoyo es importante cuando el núcleo familiar se va estrechando más; y, así mismo, es importante para garantizar un modelo de acompañamiento con conocimientos técnicos que aporte esa evolución, como se proclama, hacia una mayor autonomía de la persona y un mejor desarrollo de su personalidad (11).

El constante debate que hemos conocido sobre el tratamiento procesal de la incapacitación, hacia la idea de la simplificación en el procedimiento, y siempre con sucesivas modificaciones, refleja suficientemente la insatisfacción del legislador sobre esta cuestión (12), cuyas consecuencias han terminado calando sobre los aspectos sustantivos, especialmente también por cuestiones sociales; de igual modo, existía un reparo en los familiares del incapaz de que pareciera que estaban actuando en contra de él, aunque se haya tratado de evitar con la posibilidad de que el mismo interesado promueva su propia incapacitación. Los arts. 10, 17, 49 o 50 de la Consti-

(11) La profesionalización de las personas dedicadas a la protección de las incapacidades ya estaba en la reforma francesa de la Ley 2007-308, de marzo de 2007.

(12) Se cambia la expresión –ya reformada– “procedimiento de modificación de la capacidad”, por el nuevo “procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”.

tución son suficientemente elocuentes en esta cuestión(13)(14), pero la decisión tiene que venir determinada por el grado de autonomía y autogobierno de la persona, ciertamente no es necesaria en todos los casos la incapacitación para esa protección, pero no se puede aplicar a todos los casos la misma solución que pretende la propuesta referida en este sentido(15), siendo, además, que, como muy bien ha expresado CARRASCO PERERA, la reforma “elimina sin sustituir”(16). Así mismo, parte de un modelo abstracto de discapacidad, y por mucho que se quiera decir desde un punto de vista formal que los discapaces son capaces de obrar, la realidad de una representación o de una asistencia a través de esa intervención del apoyo en el negocio evidencia una realidad diversa de la que proclama la disposición porque es un incapaz natural.

Desde el punto de vista procedimental, aclara la exposición de motivos que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún

(13) “Restringir la capacidad es siempre disminuir la personalidad, cuya plenitud es en sí una libertad civil”, CARBONNIER, J., *Essais sur les lois*, Défrénois, Paris, 1979, p. 61.

(14) *Vid.* STS de 29 de abril de 2009, nº 282/2009, rec, 1259/2006, STSS de 24 de junio de 2013, 20 de octubre de 2015, 16 de mayo de 2017, 3 de junio de 2016, 27 de septiembre de 2017, 11 de octubre de 2017, 6 de marzo de 2018, 18 de junio de 2018...

(15) En todo caso *vid.* art. 17 bis 2 a) de la Ley notarial, pues el juicio notarial de capacidad determinará en todo caso la autorización o no del documento y la valoración respectiva en los casos de los momentos lúcidos.

(16) CARRASCO PERERA, A., “Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, *CESCO*, 12 de octubre de 2020, p. 2, “no se salva el contrato por el hecho de que se haya prestado el consentimiento con la observancia de las medidas de apoyo determinadas... y aquí reside la patología del sistema: que un contrato puede ser anulable por no respetarse las medidas de apoyo no conectadas con el consentimiento y que un contrato pueda ser anulable a pesar de que estas han sido observadas. Debería haberse dejado fuera del C.C. todo el aparato de las medidas de apoyo, importantes para el desarrollo del discapacitado, pero no relevantes para la validez del contrato. Y debería haberse previsto que todo sujeto cuya discapacidad sea susceptible de afectar al consentimiento contractual necesita asistencia del curador en el contrato. Y aún más, debería haberse dejado claro que la prestación de esta asistencia contractual excluye la posibilidad de anular el contrato por defecto del consentimiento, al menos frente a terceros que contratan a título oneroso de buena fe”.

caso a la declaración de incapacitación (17), de modo que la situación real material es la misma, aunque con menos claridad para el tráfico jurídico. Así, desde el punto de vista práctico, la indefinición de la medida atribuye una mayor responsabilidad al notario, recayendo mucho más el peso sobre el juicio notarial de capacidad. En todo caso, la indefinición del apoyo y sus variedades hará más relevante la función notarial (18).

En el ámbito del Registro de la Propiedad, la principal reforma consiste, como se indica, en la creación de un Libro único informatizado, que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad para que, cualquiera que sea el juzgado en que se haya tramitado el procedimiento, sean conocidas por todos los registradores y todos los usuarios del Registro con interés legítimo.

El Registro Civil se convierte, igualmente, señala la exposición de motivos, en una pieza central de la materia, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes sobre las medidas legales que habría de aplicar la autoridad judicial. La consulta al registro individual permitirá a esta conocer las medidas preventivas, que habrán de figurar inscritas, así como velar por su aplicación y eficacia. Habría que añadir que ante la indeterminación sobre la regulación del apoyo y la estructuración del sistema se hará forzoso acudir siempre al registro antes de contratar con cualquiera, por si acaso, ¿pero se salva el contrato por la observancia de las medidas de apoyo que se hayan previsto?

IV. DEBILIDADES EN LA ESTABILIDAD CONTRACTUAL

Las inseguridades están bien presentes en las consecuencias sobre el ámbito contractual. Si, precisamente, la reforma proyectada pretende la eliminación de la distinción en la capacidad, el esfuerzo tendría que centrarse en la clarificación de los aspectos negociales. Sin embargo, en este ámbito poco se aporta, cuando las relaciones contractuales requieren de una regulación más detallada para esa

(17) Ni, mucho menos, insiste, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.

(18) *Vid.* en concreto sobre las escrituras de prevención de salvaguardas ESPÍÑEIRA SOTO, I., "Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de discapacidad. Autocuratela", *Notariosyregistradores.com*, 2018.

adaptación a la multiplicidad de situaciones de la vulnerabilidad asociada a la edad.

Para empezar, el art. 1263 se redacta bajo la siguiente dicción: "...Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas". La redacción es bastante incorrecta, pues de las medidas de apoyo no se derivan limitaciones, es precisamente la medida de apoyo la que posibilita la contratación. A este respecto resultaba más clara la literalidad de la redacción actual, es decir la anterior a lo que sustituiría esta reforma, al decir simplemente que no podrán prestar consentimiento "los que tienen su capacidad modificada judicialmente en los términos señalados en la resolución judicial", pero se necesitaba una actualización al nuevo lenguaje.

Por su parte, el art. 1301 C.C. se redacta conforme a la siguiente declaración: "La facultad de anular el contrato caducará a los cuatro años y este tiempo empezará a computarse... 4º cuando la facultad se refiere a los contratos celebrados por personas con discapacidad, desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato. En todo caso, no podrá ejercitarse pasados cinco años desde la celebración del contrato". Luego la norma contempla dos topes: el primero, se computará desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato y un segundo límite, que no podrá ejercitarse si han pasado cinco años desde la celebración del contrato, lo que desde el punto de vista de la protección de la persona incapaz no es dispensar mayor protección. Y, por otro lado, con la redacción utilizada, cuando se expresa "la facultad de anular el contrato...", no se entiende bien si se ha querido adoptar el sistema alemán –anulación directa por el afectado–, o si lo que se pretende mencionar es la facultad de pedir que se anule por el juez, es decir, el ejercicio de la acción de anulabilidad.

Por su parte, el art. 1302 C.C. expresa con la reforma que "los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan. También podrán ser anuladas por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio fiscal. Las

personas capaces de contratar no podrán, sin embargo, alegar la... discapacidad de aquellos con los que contrataron...”.

La cuestión, entonces, es: esta reforma en qué hace más eficaz el nuevo régimen de la discapacidad, qué seguridad se da a la estabilidad contractual. Prácticamente, lo que hay es una adaptación a la nueva terminología. Pero uno de los objetivos del sistema tendría que ser responder al principio de seguridad jurídica –art. 9.3 de la Constitución–, permitiendo conocer con más exactitud la condición de los sujetos antes de decidir los actos concretos a realizar. La reforma presta poca atención a estos aspectos porque en esta reforma son prioritarias las cuestiones personales o sociales.

Tanto se aborde una reforma de la discapacidad como se haga desde una reforma del Derecho contractual, el desbordamiento de la noción de incapacidad, sobre todo a la vista de la variedad de situaciones asociadas a la edad, hace necesaria una verdadera revisión del tradicional tratamiento del consentimiento y de la validez e invalidez de los contratos en relación con la incapacidad, que por el momento no resulta adaptado a la realidad, y siguen siendo escasas sus previsiones en relación con las particularidades que presentan las deficiencias psíquicas. Incluso, desde una reforma de la discapacidad, que atienda a las consecuencias en el ejercicio de los derechos, hace también oportuno aprovechar además el momento para corregir las irregularidades o deficiencias técnicas del puro Derecho contractual; así, como ya destacara CLAVERÍA GOSALBEZ, “la considerable diversidad de supuestos y situaciones nos aconseja no dividir la invalidez en figuras rígidas con notas rígidas, sino por el contrario hablar de una sola invalidez o nulidad cuyo régimen de funcionamiento depende del interés protegido, prescindiendo de lo que antes... se llama concepción organicista, en cuya virtud el régimen puede depender de que no concorra un elemento o de que este sea viciado”(19).

Si la diversidad de supuestos asociados a la discapacidad intelectual exige diferenciación de las medidas de protección tendrían que adecuarse también las consecuencias sobre las relaciones contractuales entre el incapaz y los terceros. Por ello, la variedad de circunstancias de vulnerabilidad obliga a contemplar un cierto casuismo en función de los diversos grados de idoneidad para prestar consentimiento en orden a la determinación de la validez o invali-

(19) CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coord. Delgado Echevarría, Aranzadi, 2007, p. 81.

dez de los contratos y sus concretas consecuencias, pues para ser más eficiente el sistema tiene que ser más completo. Las disposiciones actuales, por escasas, no resuelven la falta de integridad del problema. Hace falta una mayor previsión para las incapacidades y para las situaciones degenerativas de la capacidad, contemplando las respectivas consecuencias de la celebración de los contratos y de los actos realizados. Las consecuencias tienen que ser distintas en función del grado de consciencia con el que se emita el consentimiento, con lo que los efectos no tienen que ser siempre los de la anulabilidad, porque la situación puede ser más grave que un simple vicio del consentimiento, cuya prueba corresponde a la persona que invoque la invalidez.

A este respecto, la regulación sigue ofreciendo una previsión monolítica, rígida, reconduciendo prácticamente cualquier supuesto, o las consecuencias de cualquier negocio que celebre un incapaz o si se prefiere discapaz, a la categoría de la anulabilidad.

Si el acto lo realizara un incapaz cuyo grado de discernimiento fuera nulo o apenas tuviera consciencia y voluntad, lo que podría incluso no ser apreciable externamente en alguna circunstancia, la consecuencia debería ser la nulidad, no la anulabilidad. Y si en otros casos el acto pudiera ser ciertamente anulable porque hubiera un vicio del consentimiento y no una falta de consentimiento no tiene por qué limitarse la protección a la persona con incapacidad y solo esta poder impugnar; si no es apreciable exteriormente la deficiencia psíquica el contratante capaz tendría que poder invocar, advertida la realidad, tal deficiencia, si estar a expectativas de la actuación del incapaz pudiera perjudicar sus intereses, también este necesita tener seguridad y no mantener la estabilidad del contrato a expensas de lo que pueda decidir el incapaz sobre ello en su momento. El art. 1302 C.C. no lo permite a quienes causaron la situación de inestabilidad, los que causaron intimidación, violencia, dolo y error, lógicamente los que así intervinieron no podrían fundar su acción en estos vicios del contrato, pero cuando se incluye aquí automáticamente también a los que contratan con incapaces la situación puede no ser la misma; cuando se expresa que las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron no se están valorando todas las posibles situaciones; no siempre hay conocimiento de esta realidad o no siempre se puede exigir el conocimiento de esta circunstancia, por lo que esta apreciación necesita de matización por parte del legislador, porque no siempre podrá exigirse al otro contratante que no utilice o que no alegue la incapacidad de aquel con quien contrató, así cuando no fuera

prudencialmente exigible conocer el contenido del Registro y dejar el negocio a la expectativa de lo que pueda hacer el incapaz puede perjudicar los intereses del contratante capaz (20) (21).

De otro lado, también se podría considerar que si la persona bajo protección realizara ella sola, por sí misma, un acto para el cual necesita de la asistencia, la prestación posterior de la autorización de la persona que debía asistirle podría constituir el supuesto de un contrato o de un negocio incompleto y, por tanto, en formación. Y otros ordenamientos toman en consideración de manera expresa la posibilidad de un periodo sospechoso, de modo que los actos celebrados en un cierto periodo anterior a la constitución del órgano de guarda y protección podrían ser anulados si le producen un perjuicio a la persona protegida. Luego, los detalles que admite la cuestión son considerables, frente a una parca regulación actual que no corrige la reforma. La cuestión atendiendo a la filosofía de la reforma es ¿hasta qué punto puede el curador o el órgano de guarda negarse a la voluntad o deseos de la persona con discapacidad en el ámbito contractual si por definición padece un defecto o deterioro cognitivo?, en función de su concreto grado de discernimiento puede tratarse de una voluntad mal formada.

Es más, si como se quiere con la reforma el discapaz intelectual conserva todos sus derechos gestionando su patrimonio asistido por

(20) *Vid.* CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., "Notas para...", cit. p. 77, "las diversas causas deben determinar diversos regímenes. Ahora bien, ¿es razonable que, dentro de lo que hemos llamado invalidez, el legislador construya dos (o más) mecanismos para suprimir la eficacia, con cierta independencia de sus causas? Desde luego, eso parece ser lo que ha sucedido, pero creo que lo deseable... es clasificar con arreglo a las causas y que estas determinen los (posibles) diversos mecanismos, pero no con arreglo a los criterios esencialistas u organicistas, sino a criterios verdaderamente jurídicos, como podría ser el del interés protegido por la norma, cuando, ante una determinada causa... la ley establezca la invalidez del negocio".

(21) "El Notario debiera informar al afectado acerca del contenido y del sentido del acto, de modo semejante a como, por ejemplo, lo determinan los arts. 14 y 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ¿Sería aconsejable que el Juez pudiera establecerlo en algunos supuestos? ¿Se incentiva así, tal como se pronuncia ahora el Anteproyecto, la contratación con personas con discapacidad y, de tal modo, la actividad del circuito económico? No se olvide que la seguridad jurídica, entre otras cosas sostén de la previsibilidad económica, es un valor especialmente protegido en el núm. 3 del art. 9 de nuestra Constitución", CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., "Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad", *Contribuciones para una reforma de la discapacidad, Un análisis trasversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, 2020, p. 34.

una medida de apoyo, salvo que requiera de una representación, habría que tomar además en consideración la situación en la que el órgano de apoyo entienda el acto perjudicial para los intereses del discapaz, en cuyo caso ¿tendría que negarse a su intervención y ponerlo en conocimiento del juez, quien podría autorizar que el acto lo realizara el guardador u órgano de apoyo por sí solo, o a pesar del daño tendría que respetar los deseos y preferencia del discapaz y necesariamente apoyarlo?

Así, a diferencia de la reducción con la que el Código trata el asunto, el tema está lleno de matices(22). Si el problema al que tenemos que atender son los diversos estados de incapacidad natural porque producen una alteración estable o inestable de la percepción de la realidad –porque por mucho que se quiera pulir solo la terminología y eliminar expresiones como falta de autonomía y falta de autogobierno la evidencia no puede prescindir de la realidad– hay que atribuirles también el tipo de invalidez correspondiente que generan sus actos; es imprescindible, por tanto, la regulación de los diversos tipos de enfermedades mentales sin incapacitación y en caso de debilidad mental estable pero no grave atribuyendo a los actos realizados un tipo determinado de invalidez, y las circunstancias podrían especificarse en una reforma del título correspondiente a la validez de los negocios; estas situaciones intermedias debe tener su tratamiento correlativo en el Derecho contractual, que debe atribuir el correspondiente y específico régimen a los actos o negocios realizados en función de la idoneidad del consentimiento que se pueda prestar(23).

(22) Así mismo, en relación con el art. 1903 C.C.

(23) “¿Implica la nueva redacción el reconocimiento, aún más explícito de lo que la versión todavía vigente contiene, de la clasificación bímembre de la invalidez, distinguiéndose la anulabilidad de la nulidad, clasificación aún cuestionada por algún autor? Por cierto, digo de pasada que, *de iure condendo*, yo también la cuestiono. ¿Implica, por otra parte, la nueva redacción, tanto en el principio del art. 1301 como en el texto del 1302, la aparición de una anulación susceptible de ser producida por la parte del contrato protegida por la anulabilidad, al estilo, por ejemplo, del párrafo 143 del Código Civil alemán, y no provocada por la sentencia judicial tras la impugnación del contrato por esa parte protegida, como se infiere de la versión vigente, tanto en el Código como en la Ley de Enjuiciamiento Civil? Obsérvese que se alude a la ‘facultad de anular’ y no a la ‘acción de nulidad’. Por otro lado, repárese en que no se menciona la llamada ‘falsedad de la causa’, lo cual constituye un acierto, desligando definitivamente el error de figuras como la del art. 1276, no tratándose tampoco de un error sobre la causa. Llamativo ese plazo de cinco años del núm. 4.º del nuevo art. 1301. Por último, la expresión ‘produjeron el error’ del párrafo final del

V. LA FALTA DE CONCRECIÓN DE LOS DESTINATARIOS DE LA NORMA

Los antecedentes descritos sobre las consideraciones en orden a la incapacitación y la capacidad de obrar van acompañados de un nuevo tipo de terminología, que evita el uso tradicional de la expresión incapacitación (24), si bien, ya se había abandonado la expresión "incapacidad" e "incapacitación" por "modificación judicial de la capacidad", pues la terminología es esencial para la imposición de la ideología; se extiende, además, la expresión "provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad". Así mismo, la sensibilización de la sociedad se compromete con un léxico que forzosamente atiende a la forma de los nuevos tipos de tratamiento. Igual que los términos locura, demencia, imbecilidad se consideraron peyorativos, ahora se sustituye incapacitado, incapaz, o, incluso, se prefiere el rodeo de persona con discapacidad a discapacitado, el siguiente paso será eliminar la calificación de discapaz o persona

nuevo art. 1302, copia de la versión originaria, podría seguir sirviendo a la jurisprudencia y a la doctrina para enjuiciar la mayor o menor respetabilidad de la posición del contratante que no padezca el error, interpretando la palabra 'produjeron' (de imposible comprensión literal para no confundir error y dolo) como alusiva a la llamada 'reconocibilidad' o 'recognoscibilidad' del error: si este podía ser reconocido por el contratante no equivocado empleando la diligencia ordinaria, el error puede provocar la anulabilidad si es esencial, incluso, según la opinión preferible, si no es excusable. Me pregunto: puestos a innovar como se infiere de la interesante alusión a la anulación producida por el contratante afectado por la irregularidad, ¿por qué no haber aprovechado la oportunidad para perfilar, aquí o en un más extenso art. 1266, los requisitos de la relevancia del error tal como se ha venido construyendo en los últimos años o, por ejemplo, para haber retocado el confuso y casi vacío dolo?", CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., "Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad", *Contribuciones para una reforma de la discapacidad, Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, 2020, p. 34.

Y por lo que se refiere a la rescisión comenta el mismo autor que "hoy la rescisión debería desaparecer del cuadro de la ineficacia del contrato, pues la invalidez y la resolución, acompañadas de una modernizada acción pauliana, podrían atender más clara y precisamente los problemas que la rescisión pretende resolver. Sin embargo, comprendo que en una reforma dedicada a la discapacidad no se aborde esta cuestión y se retoque lo pertinente en relación con esa figura, razón por la que no censuro las modificaciones que los arts. 45 y 46 del Anteproyecto hacen a los arts. 1291 y 1299 del CC", *ib.* p. 34.

(24) *Vid.* MALAURIE, P. H., "La réfome de la protection juridique des majeurs", *Petites affiches*, nº 63, 2007, p. 11; *Les personnes des mineurs et des majeurs*, Paris, 2009, pp. 307 y ss.

con discapacidad. Como entiende a este respecto CLAVERÍA GOSALBEZ “no estaría de más usar palabras técnicas asépticas sin obsesionarse con los eufemismos” (25).

Por todo ello, la reforma debería aportar un concepto de persona con discapacidad o discapaz, como han hecho casi todos los textos que se han ocupado de las personas vulnerables (26) y como

(25) CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., “Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad, Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, 2020, p. 27.

(26) Por su parte, la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, expresa que “son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad “aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional”, art. 1. Sobre su adaptación a la Convención *vid.* LÓPEZ-VEIGA BREA, J., “Pasado y presente del marco normativo global de la discapacidad”, *Anales de Derecho de la Discapacidad*, nº 1, septiembre 2016, p. 31.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, ya derogada, en su art. 7 hizo constar que lo es “toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales. El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadores. A efectos del reconocimiento del derecho a los servicios que tiendan a prevenir la aparición de la minusvalía, se asimilan a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una minusvalía residual. Los servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en esta Ley se otorgarán a los extranjeros que tengan reconocida la situación de residentes en España, de conformidad con lo previsto en los acuerdos suscritos con sus respectivos Estados y, en su defecto, en función del principio de reciprocidad. El Gobierno extenderá la aplicación de las prestaciones económicas previstas en esta Ley a los españoles residentes en el extranjero, siempre que carezcan de protección equiparables en el

país de residencia, en la forma y con los requisitos que reglamentariamente se determinen”.

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, también derogada, las define como las que “presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”, art. 1.2. “A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional”.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, deroga cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y en particular, por integrarse en dicho texto refundido: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Y define discapacidad como la “situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, art. 2.

“1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.

se hace en cualquier código civil extranjero, especialmente en este caso, puesto que se trata, como parece, de evitar expresiones como falta de autonomía o falta de autogobierno; simplemente, se expresa que el apoyo se establecerá *para quien lo precise* (27).

El art. 2.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, declara, por su parte, que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. “La discapacidad puede definirse como una interacción entre deficiencia y barrera, lo que implica que la discapacidad no es una condición de la persona. En ella se aprecia la dimensión biológica: la deficiencia y la dimensión social: la barrera. Desde este prisma se diferencian y definen dos ámbitos que hasta entonces estaban unificados en una relación causa-efecto y que justificaban la exclusión de las personas con discapacidad en ellas mismas y no en la sociedad. Es necesaria la concurrencia de ambos elementos para que pueda hablarse de discapacidad. Sin duda, el elemento más importante es la existencia de barreras u obstáculos que impiden la plena participación en la sociedad. Piénsese que el propósito principal de la CDPD *ex art.* 1.1 es hacer desaparecer esos obstáculos para “asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad” (28). Por lo que se ha pro-

3. El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente”. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

4. A efectos del reconocimiento del derecho a los servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades se asimilan a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una limitación en la actividad”, art. 4.

(27) El informe del CGPJ al anteproyecto, por su parte, afirmaba en la Conclusión décima que:

“... se echa en falta la determinación del presupuesto objetivo de la discapacidad. En este sentido, cabría cuestionar la procedencia de prescindir de la caracterización de la discapacidad con base en los elementos que definen actualmente las causas de incapacitación en el artículo 200 CC –afectación cognitiva y volitiva que impida el autogobierno–, y, al tiempo, valorar la conveniencia de incorporar a esa caracterización el elemento de la vulnerabilidad, siguiendo el ejemplo de la legislación francesa”.

(28) MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho*

puesto como definición la siguiente: "son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que, al interactuar con barreras de diferente naturaleza, les impiden la plena participación en la sociedad y el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad" (29).

En definitiva, cuando los textos legales aluden a la discapacidad y para definirla se refieren a deficiencias físicas o psíquicas ello no debe vincularnos a los aspectos negociales, porque una deficiencia física no afecta, evidentemente, a estas cuestiones, por ello, el término de discapaz que se prefiere por la reforma, o la expresión "personas con discapacidad", es confuso, y, así, debería distinguirse entre discapacidad –deficiencias físicas– e incapacidad –deficiencias psíquicas–, sin que ello deba entenderse peyorativamente (30).

VI. LA INDEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS

Según el art. 12.4 de la Convención: "Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

El Título XI del Libro Primero del Código Civil, como explica la exposición de motivos, se redacta de nuevo y pasa a rubricarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio

de la Discapacidad, nº1, septiembre 2016, p. 11; MARÍN VELARDE, A., "La discapacidad: su delimitación jurídica", *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, 2020, p. 45.

(29) MARÍN VELARDE, A., *ib.*, p. 64.

(30) Sobre los problemas en relación con la falta de una clara delimitación conceptual *vid.* LÓPEZ EBRI, G., "Restricciones involuntarias a las personas con discapacidad desde la óptica del derecho fundamental a la libertad", *El Notario del s. XXI*, nº 91, 2020, pp. 172 y ss.

de su capacidad jurídica”, de suerte que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es “la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones”. Pero por lo que se refiere a ese acompañamiento amistoso y a ese tipo de apoyo que se describe, qué tiene de trascendencia jurídica o en qué le afecta al Derecho, esto se trata más de una cuestión social que jurídica.

La propia exposición de motivos explica el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, “en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”. Sin embargo, la regulación actual no pretende en este sentido ninguna sustitución, sino como solo puede ambicionar el Derecho ha de procurar la protección de la persona. Presentándolo como una novedad la futura reforma hace sinónimos voluntad, deseos y preferencias, que se superponen o colocan por encima del interés del discapaz, pero ni pueden estar por encima de sus intereses, por mucho que se diga, puesto que el Derecho está para evitar el perjuicio, ni en la regulación actual puede pasarse por alto su voluntad siendo su interés. Prueba de que la reforma es más social o humanista que jurídica es que como la misma exposición de motivos explica “la reforma que el artículo segundo introduce en el Código Civil es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal”(31).

(31) Por ello, “debería haberse dejado fuera del Código civil todo el

Pero, como se ha señalado, cómo controlar este proceso de toma de decisiones en orden a reconocer que se tiene cumplido este deber de atención, y cómo cuantificarlo; de otro lado, si los deseos, voluntades y preferencias están por encima de su interés, cómo controlar las manipulaciones que se pueden ejercer sobre su persona; ¿no debería el curador, el guardador o el órgano que realiza las funciones de "apoyo" poner en conocimiento de la autoridad judicial una actuación perjudicial para el discapaz? (32).

¿Cómo deber realizarse entonces esa asistencia que debe procurar el apoyo? Como se plantea, en esta línea, CLAVERÍA GOSALBEZ, "cabe hablar de muchos preceptos desperdigados..., tanto referidos al mismo C.C. como a otros cuerpos legales como la Ley Hipotecaria o la Ley de Enjuiciamiento Civil, textos aquellos caracterizados por contener conceptos jurídicos indeterminados o términos más ideológicos o médicos que estrictamente pertenecientes al mundo del Derecho, muy en la línea de ciertos Convenios Internacionales recientes" (33).

La inseguridad está presente en diversos aspectos, así en la indefinición del último apartado del art. 254, al expresar que el que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Las facultades no conferidas

aparato de las medias de apoyo, importante para el desarrollo del discapacitado, pero no relevantes para la validez del contrato...", CARRASCO PERERA, A., "Discapacidad personal...", cit., p. 5.

(32) Así, según el art. 278 proyectado "serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio... La autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria.

Durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial. Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo curador en la forma establecida en este Código, salvo que fuera pertinente otra medida de apoyo".

(33) CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., "Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad", *Contribuciones para una reforma de la discapacidad, Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, 2020, p. 30.

al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercitará, en su caso, *con el apoyo que proceda*; o el art. 256 al declarar que el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad (34).

De igual modo, convendría que el art. 270 por su trascendencia, sobre todo a la vista de lo que pretende la reforma, especificara más cuando declara que la autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida, al margen de la posibilidad, como siempre, de solicitar en cualquier momento que, en el ámbito de las funciones del órgano de guarda, informe sobre la situación personal o patrimonial.

Las previsiones del art. 249 C.C. que se proponen estarían ya contempladas en la actual regulación, si bien en vez de medidas de apoyo, como ahora se refiere, se atribuirían simplemente a cualquier órgano de guarda, en cuanto que "tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad". "Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro". La misma idea forma parte de la actual regulación. Y para omitir la referencia a falta de autogobierno o falta de discernimiento se quiere utilizar ahora el circunlunquio de que "pese a haberse hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas fun-

(34) *Ib.* "¿Hay asistencia sin apoyo? ¿Basta la firma del asistente? ¿Cabrá impugnar, invocando la anulabilidad del contrato, en el supuesto en el que la asistencia concurrente en dicho acto no baste? ¿Debería preverlo la sentencia en la que se declare o constituya la discapacidad?".

ciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación". En fin, adoptar la decisión que la persona hubiera tomado en su caso ya es demasiado decir, ¿es que hay que hacer una indagación psicológica?

Siguiendo la exposición de motivos, a la hora de referir los apoyos, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer una vez constatada la necesidad de este apoyo. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. Fuera de ellas conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad, se expresa, demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias. En el nuevo texto se recoge también la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

Con lo cual, si las figuras de apoyo son la curatela, la guarda de hecho –cuando no existan medidas voluntarias o judiciales–, el defensor judicial –art. 250–, y las medidas de carácter preventivo (35),

(35) Así, también, "cualquier persona mayor de dieciséis años, en pre-

se tratarían prácticamente de las mismas figuras de guarda actuales, con sus matices respecto de la regulación actual al margen del tema de la tutela, pero con más indeterminación en cuanto que “apoyo” aparece con una connotación terminológica de mayor debilidad y disimula más la situación real en la que se encuentra la persona vulnerable, siendo menos clarificadora y más eufemística, y no se trata propiamente de un concepto técnico o jurídico. Tan poco clarificador que se declara que “la función de las instituciones de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias” –art. 250–, pero ¿qué es exactamente asistir?, de este modo no se le da una concreta trascendencia jurídica; de igual modo, la indeterminación está presente cuando se expresa que la curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Sin especificar más en este sentido está claro que su extensión vendrá determinada por la correspondiente resolución judicial en función de la situación y circunstancias de la persona con incapacidad, pero si no tiene funciones de representación o de complemento del consentimiento para determinados actos jurídicos no tiene la misma trascendencia jurídica.

Así mismo, al decir que el nombramiento de defensor judicial “procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”, es lo mismo que expresar que si así fuera no sería una medida tan ocasional. Y la indefinición está de nuevo presente cuando se indica que “la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan”, último párrafo del art. 263. Pero sin embargo, el art. 283 lo concibe, como es su esencia, con carácter ocasional, y así “cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el Letrado de la Administración de Justicia nombrará

visión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador. Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil por el notario autorizante, para su constancia en el registro individual del otorgante”, art. 253.

un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. Si, en el caso previsto en el párrafo anterior, fueran varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses. Si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador”(36).

La exposición de motivos destaca, sobre todo, como ya hemos expuesto, el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, “que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que

(36) No podrán ejercer ninguna de las instituciones jurídicas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo, con lo que “se recoge una vieja aspiración de las fundaciones tutelares de separar el *apoyo* jurídico, del asistencial, porque si coinciden, el que debe vigilar que se cuide adecuadamente al tutelado es el mismo que cuida. Lo que me parece más difícil hoy, es distinguir el apoyo proyectado de la asistencia personal y del servicio asistencial”, SERRANO GARCÍA, I., “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid, 2020, p. 71.

Así mismo, como se prevé en la actualidad: “Se prohíbe a quien desempeñe alguna institución jurídica de apoyo: 1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión. 2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título”.

será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias”.

Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que habrá de ser oída la persona interesada. La autorización podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso. La autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo. En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial a través del proceso indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos que impliquen actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento. No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar –art. 263–.

Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de esta no podrán ser impugnados si responden a su voluntad, deseos y preferencias –art. 264–.

A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento –art. 265–.

El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo –art. 266– (37).

(37) La guarda de hecho se extingue: “1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo. 2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron. 3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. 4.º Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se inte-

Configurada de este modo la guarda ¿no sería más atendible y daría más seguridad jurídica que se constituyera en estos casos una curatela aunque el curador fuera el que viniera ejerciendo la guarda de hecho?

VII. LA INDETERMINACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA Y PROTECCIÓN

No diríamos que a diferencia de la regulación de la reforma sobre la tutela de 1983 la institución principal era esta y la curatela era concebida de un modo más colateral o complementario, y que en la proyectada reforma la curatela se presenta como la institución troncal en el ámbito de la discapacidad, porque tanto ahora como en la regulación de 1983 tenían su ámbito de aplicación específico. Pero ahora sí se puede decir que, en todo caso, se quiere que la curatela con representación sea una función excepcional, lo que viene a coincidir con lo aconteciendo jurisprudencialmente en los últimos años, cuya tendencia ya era la preferencia por el nombramiento de un curador en los supuestos de incapacidad. Aunque, en todo caso, en uno y otro régimen la pretendida excepcionalidad o la prioridad por una figura y otra no puede depender más que de lo que exijan las circunstancias del caso concreto, y, por tanto, del grado de autogobierno, aunque no lo quiera expresar el legislador de este modo. Si bien, se destaca en la exposición de motivos que se constituye como una *figura troncal*, y que el art. 269 solo será de aplicación *cuando no exista otra medida de apoyo* suficiente para la persona con discapacidad, con lo que parece toda una contradicción. Aunque calificada como medida más flexible en el régimen actual desde este punto de vista se adecua más y encaja mejor con las pretensiones de la reforma.

En todo caso, en la propuesta de reforma la institución objeto de una regulación más detenida es la curatela en el contexto de la incapacidad, principal medida de apoyo de origen judicial. Según expresa la exposición de motivos, “el propio significado de la palabra curatela revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea

rese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente”, art. 267.

preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas. El valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta”, reiterando de nuevo la preferencia por un texto más asistencial, humanitario, psicológico, sociológico, incluso político, que jurídico, con un exceso de retórica abstracta y demasiados aspectos de valor indeterminado, junto a la imposibilidad de concretar o controlar la aplicación y el cumplimiento de algunas disposiciones.

Se insiste de nuevo, como se entiende de igual modo en la regulación actual, en que “las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas”, según el art. 268.

Será la autoridad judicial quien determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo, ampliamente graduable hasta llegar a la función de representación, que siguiendo la misma intención que el régimen actual se deberán concretar de manera precisa, y, como siempre, fijando las medidas de control que se estimen oportunas, pudiendo exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella. Pero sería más oportuno que en la misma resolución judicial se comprometan periodos de control, sin perjuicio de que se pueda recabar en cualquier momento la información que se considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela. Por tanto, sigue siendo un tipo de tutela judicial, graduable y revisable, como en la regulación actual, pero ahora en vez de tutela curatela, con la diferencia de que la tutela estrictamente estaría destinada a los menores y la curatela a las personas con discapacidad, pero el contenido que ahora podría tener una tutela podría ser la misma que tuviera una curatela simplemente con el cambio de asignación, que no aporta nada a la clasificación estructural, o al fondo del asunto, porque por mucho que se quiera la autonomía de

la persona su concreto grado de cognoscibilidad y capacidad volitiva es una realidad material. Lo que bien demuestra que nuestro sistema no estaba tan lejano de la Convención, siendo el ámbito contractual donde habría que emplearse más a fondo y donde habría que acometer una reforma más global y profunda.

Así mismo, como está contemplado en la actualidad, en previsión de una posible falta de autogobierno –aunque el nuevo texto parece no querer la utilización de esta expresión– se podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Podrán, igualmente, establecerse disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo, que vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela. Pero prueba de que rige el interés objetivo de la persona con discapacidad es que “la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones” –art. 272–, es decir, cuando pudiera ser perjudicial para el discapaz, pues no se tratan de supuestos taxativos, sino que vienen a indicar razones justificadas que pudieran lesionar los intereses de la persona con discapacidad, que “presumiblemente” el discapaz no tuviera en cuenta, lo que se supone que de haberlo sabido no lo hubiera dispuesto así, puesto que le sería perjudicial. Lo mismo habría que entender cuando se delegue en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada y este nombramiento pudiera perjudicarle (38). Otra cosa sea cuan-

(38) Artículo 273: Si al establecer la autocuratela se propone el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden de la sustitución, será preferido el propuesto en el documento posterior. Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar.

Artículo 275: Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función.

Podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción

do la persona hubiera descartado a alguien, aunque pudiera parecer apropiado para el cargo.

Así mismo, para el nombramiento, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para el cargo, en beneficio de los intereses de la persona con discapacidad –art. 276–(39). E, igualmente, si lo justifica su interés, se puede nombrar a más de un curador, pues, en particular, como en la ac-

de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. No podrán ser curadores: Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

(39) Artículo 278: Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo.

La autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria. Durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial. Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo curador en la forma establecida en este Código, salvo que fuera pertinente otra medida de apoyo.

Artículo 279: Será excusable el desempeño de la curatela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo. También podrá excusarse el curador de continuar ejerciendo la curatela cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa. Las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela. El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento. Si la causa fuera sobrevenida podrá hacerlo en cualquier momento. Mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que sustituya al curador, quedando el sustituido responsable de los gastos

tualidad, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes; en este caso, para la administración de los bienes debería considerarse el nombramiento de una persona jurídica, aunque tuviera ánimo de lucro, puesto que esto en nada podría perjudicar a los intereses patrimoniales de las personas con incapacidad, es más, siendo especializadas en la administración de patrimonios sería lo más oportuno, lo que implicaría una modificación del presente art. 242 C.C..

El art. 282 propuesto sobre el ejercicio de la curatela contiene también sus propias dosis de indefinición, al señalar que una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado el curador "a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo", "el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias", "el curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones", "el curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro"(40). ¿Se trata de una colaboración?, no se destaca con nitidez la figura del curador, ¿de qué modo o con qué grado tiene que estar implicado en la guarda del discapaz?, el legislador podría definirlo mejor atendiendo a las orientaciones de su filosofía, el suficiente grado de diligencia que enuncia la disposición implicará esa adaptación al supuesto concreto, en todo caso en su función representativa será más fácil para la autoridad judicial delimitar los actos que deberá realizar el curador que en estos supuestos. La cuestión es que siempre es difícil concretar en qué consiste el apoyo, tratán-

ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada. Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador.

Artículo 280: El curador nombrado en atención a una disposición testamentaria que se excuse de la curatela por cualquier causa, perderá lo que en consideración al nombramiento le hubiere dejado el testador.

Artículo 281: El curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

(40) "Cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir al curador la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. Una vez constituida, la fianza será objeto de aprobación judicial", art. 284.

En cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado.

dose de un término en principio no jurídico o técnico, pero lo que interesa siempre es atender a la seguridad jurídica.

El curador con facultades representativas estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo(41).

Sin embargo, el art. 287 resulta demasiado judicializado, y podría entorpecer una ágil administración patrimonial, lo cual ya fue criticado por la doctrina respecto del mismo texto en la regulación actual, pues el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los que establece este precepto(42)(43).

(41) "El inventario se formará ante el Letrado de la Administración de Justicia, con citación de las personas que estime conveniente. El Letrado de la Administración de Justicia podrá prorrogar el plazo previsto en el párrafo primero de este artículo si concurriera causa para ello.

El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia, no deban quedar en poder del curador serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto. Los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes de la persona en cuyo apoyo se haya establecido la curatela", art. 285.

"En el caso de que el curador no incluya en el inventario los créditos que tenga contra la persona a la que presta apoyo, se entenderá que renuncia a ellos", art. 286.

(42) 1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, arrendar inmuebles por tiempo que exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e interés de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo

A este respecto, como ya hemos indicado anteriormente, hay que insistir que no resulta oportuno excluir de la administración de estos bienes a las entidades con finalidad de lucro, cuando se diversifican las funciones de la curatela y se nombra distinto "apoyo" para la persona y para los bienes, en este último caso no es acertada la exclusión de entidades lucrativas especializadas en la gestión de patrimonios, pues en muchos casos serán las más eficaces; si no existe este límite respecto de los patrimonios que se pueden formar con arreglo a lo previsto en los arts. 227 y 164 del C.C. no tiene sentido esta exigencia respecto de un apoyo en el ámbito patrimonial, ni respeto a los patrimonios protegidos como se estableció en la reforma de la Ley 41/2003, inclusive, tampoco tendría que ser considerado el requisito en sus estatutos de que se hayan constituido para la protección de las personas con incapacidad, bastaría que sean especialistas en la administración y gestión de patrimonios atendiendo a las específicas necesidades económicas de la persona con dependencia.

que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiese determinando los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria

(43) Artículo 289: No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial. Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

Artículo 290: Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los artículos anteriores, la autoridad judicial oirá al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Un análisis de la propuesta de reforma de la discapacidad que pretende una reforma global y profunda, aunque su resultado sea más modesto, evidencia que nuestro sistema de 1983 no se encontraba ni al margen ni alejado de la citada Convención cuyos requerimientos asegura incorporar. Desde hace tiempo, los esfuerzos se encaminaron a evitar que la incapacitación fuera considerada como una privación, o como una situación que dejara a la persona en manos y bajo los avatares decididos por otro. Sortear los conflictos de intereses y las influencias indebidas está en la base de la protección de las instituciones de guarda y custodia, salvo que ahora se hace con más inseguridad o indefinición a causa de circunloquios semánticos que tratan de evitar un lenguaje que solo describía una realidad, de ahí el afán por evitar expresiones como falta de autogobierno o falta de discernimiento, con excesos de retórica y abstracción, y con una base más psicológica o asistencial que jurídica, dejando aparte los aspectos más importantes para el tráfico jurídico o el derecho contractual, puesto que representarían la parte más técnica y compleja. Por este ámbito se filtra una mayor inseguridad para quien contrata, disuadiendo de la contratación.

El mantra de que la reforma deja atrás un sistema de sustitución en la toma de decisiones suplantándose por otro basado en el respeto de la autonomía de la voluntad, no por reiterado resulta más verdad, pues en el contexto de la importancia de la voluntad en el nuevo planteamiento, como señala DE CASTRO VÍTORES, ¿cómo resolver esta aporía, de una "voluntad" –con mayúsculas– por definición insuficiente, y otra "voluntad, deseos y preferencias" –pongamos, en minúsculas– que ha de gobernar e inspirar la "actuación con/en apoyo". Es por definición imposible que la segunda pueda actuar en plenitud, pueda ponerse siempre y sin matices con mayúsculas –aunque la situación podría cambiar, a lo que está atento el Anteproyecto–, pues entonces no existiría la primera –que da sentido al sistema de apoyo–. La voluntad A –insuficiente– es la que justifica el apoyo, la B –voluntad, deseos y preferencias– (44) es a la que hay que atender como premisa insoslayable. En el juego entre voluntad e interés, a que se ha referido PAU PEDRÓN, para explicar que la nueva

(44) Incluyendo probablemente la voluntad manifestada en escritura previa, por cuanto, si está casi al nivel de la voluntad "perfecta", no deja de faltarle el matiz de la plena actualidad (aparte de poder plantearnos hasta qué punto se plasmó por el interesado en momentos de temor, angustia o inicial precariedad de facultades cognitivas).

orientación pone aquella por encima de este –aunque en algunas normativas, que este autor critica, no se muestra esta prevalencia con tal rotundidad(45)–, sí cabe postular como principio que, en el caso concreto, cuánto más nos adentremos en el territorio de la reconstrucción de la voluntad, cuanto más haya sido necesario dialogar para explorarla, o más presunta sea –en virtud del conocimiento que pueda tenerse de los valores vitales y la trayectoria del interesado–, más está permitido combinar las manifestaciones o indicios de esta voluntad con el interés objetivo del discapaz(46).

En coherencia con los planteamientos de la reforma o como tributo al pretendido cambio de orientación la guarda de hecho se revaloriza, en cuanto que si la persona puede estar así bien atendida se reputa suficiente, siendo necesario acudir a la autoridad judicial para que autorice determinados actos dispositivos, pero en el fondo es como una especie de curatela, prefiriendo el texto una curatela, si fuera el caso, de carácter asistencial, y más reducida su modalidad representativa, pero por mucho que el Derecho quiera o proclame la autonomía jurídica de la persona su realidad, determinada por su concreto grado de cognoscibilidad, requiere de la misma graduabilidad, bien se utilice el término apoyo u otro más técnico o jurídico. Ahora la curatela, con representación, puede, en todo caso, integrar el mismo contenido y con la misma intensidad que antes pudiera tenerlo una tutela, pues en cualquier caso tiene que responder a las necesidades concretas de la persona con incapacidad, a su concreto grado de incapacidad natural.

De este modo, no hay tanto nuevo bajo el sol, pero sí una mayor inseguridad jurídica derivada sobre todo de la eliminación que se quiere, pues aún seguía siendo útil la distinción entre la capacidad jurídica general y especial y la de obrar, que no representan una sombra restrictiva, teniendo en cuenta que la incapacidad natural es causa de exclusión de un válido consentimiento, así, la reforma es menos clarificadora para el tráfico jurídico.

(45) Incluyendo la normativa alemana: § 1901 BGB.

(46) Y tengamos en cuenta que no solo la duda, la vacilación y el constante cambio de parecer del afectado por las deficiencias cognitivas nos obliga a adoptar este planteamiento; también el empecinamiento y cierta testarudez en adoptar una actitud o querer tomar una determinada (y extraña) decisión, unida a otros factores concurrentes, siempre en vista de la patología concreta que se haya constatado, podrían llevarnos a dudar de la verdadera voluntad del interesado. *Vid.* DE CASTRO VÍTORES, G. y MUÑIZ ESPADA, E., "Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad", en vol. col. *Familia y Derecho en la España del s. XXI*, en prensa.

La vertiente social y humanitaria no se demuestra con cambios semánticos o eufemismos o con la eliminación de la distinción cuando esta refleja la esencia de la realidad material de una situación, siendo, además, que al Derecho lo único que le corresponde son los aspectos técnico-jurídicos, sobre la base del Derecho natural, que lleva ínsita la identidad de la justicia y la dignidad de la persona, pero no le corresponden los aspectos meramente asistenciales o sociales, puesto que para esto están otras disciplinas. En el fondo, el texto neoyorkino y el texto español propuesto adolecen de una incomprensión relativa a la función del Derecho.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., "La curatela como medida de protección idónea en casos de incapacitación parcial", *AC*, 2015.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., "La asistencia de las personas mayores con discapacidad: una institución jurídica complementaria o alternativa", *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 16-18, 2013.
- ALONSO PARREÑO, M^a. J., "La esperada reforma civil y procesal en materia de capacidad jurídica", *El Notario del siglo XXI*, n. 89, 2020.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., "Por qué no se ha reformado el art. 756.7 Cc sancionando con indignidad la omisión de un trato digno al discapacitado, imitando el ejemplo de otros ordenamientos?", en *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir., E. Muñiz Espada, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2020.
- CARRASCO PERERA, A., "Discapacidad personal y estabilidad contractual", *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 12-10-2018.
- CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., "Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad", en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2020.
- *La causa en el contrato*, Bolonia, 1998.
- "Interpretación del negocio jurídico", *CCJC*, nº 5, 1984.
- COBACHO GÓMEZ, J. A., *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Legaz Cervantes, dirs. Andreu Martínez, B., Leciñena Ibarra, A., coords., Aranzadi, 2018.
- DÁVILA HUERTAS, E., "Disposiciones a favor de personas con discapacidad por vía instrumental", en *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, La Ley, 2020.
- DE CASTRO VÍTORES, G., "Notas acerca de dos protagonistas del denominado Testamento vital: el otorgante del documento y el representante sanita-

- rio", en Domínguez Luelmo – García Rubio, coords., *Estudios de Derecho de Sucesiones, Liber amicorum T.F. Torres García*, 2014.
- DE LA CUESTA SAENZ, J. M., "Discapacidad y ejercicio de los derechos", en *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, La Ley, 2020.
- DE LA IGLESIA MONJE, I., "Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa", en *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, La Ley, 2020.
- DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS, A., "La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: balance de una década de vigencia", en Pérez Bueno, L. C. y De Lorenzo, R., dirs., *La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – 2006/2016: una década de vigencia*, Madrid, 2016.
- DÍAZ ALABART, S., "La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas", *Revista de Derecho Privado*, nº 2, marzo-abril, 2013.
- ESPIÑEIRA SOTO, I., "Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de discapacidad. Autocuratela", *notariosyregistradores.com*, 25-11-2018.
- GARCÍA CANTERO, G., "¿Persons with disability vs. personas incapacitadas... o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre, 2014.
- GARCÍA RUBIO, M. P., "La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *AAMN*, X, 2018.
- MARÍN VELARDE, A., "La discapacidad: su delimitación jurídica", en *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, La Ley, 2020.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., "Sucesión intestada y discapacidad. Una nueva propuesta", *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid, La Ley, 2020.
- MAYOR DEL HOYO, V. y DE SALAS MURILLO, S., dirs., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.
- MORAL MORO, M. J., "Aspectos procesales del Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesa en materia de discapacidad", *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, La Ley, 2020.
- MORENO MOZO, F., "Vivienda y protección de las personas con discapacidad", en *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, La Ley, 2020.

- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., "Derecho de adquirir y cambiar de nacionalidad por las personas con discapacidad", en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Wolter Kluwer, Madrid, 2020.
- MUÑIZ ESPADA, E., *Las personas jurídico-privadas tutoras*, Barcelona, 1994.
- "Nuevas orientaciones legislativas en materia de protección de personas con discapacidad", *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. D. Manuel Albaladejo García*, Centro de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.
 - "Trust y patrimonio protegido de las personas con discapacidad", *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, coord. por S. Nasarre y M. Garrido, Monografías La Notaría, Madrid/Barcelona, 2006.
 - "La protección jurídica del anciano dependiente", *Revista La ley, Derecho de familia*, nº12, julio del 2001.
 - La incapacidad y las reformas de Derecho contractual, *Rev. de Derecho privado y Constitución*, nº 23, 2009.
- MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, E., "Legítima y discapacidad. La vulneración del principio de intangibilidad de la legítima y protección del discapacitado", *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, La Ley, 2020.
- PALLARÉS NEILA, J., "La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 julio-septiembre, 2018.
- PAU PEDRÓN, A., "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *RDC*, V-3, 2018.
- PEREÑA VICENTE, M., "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, nº 4, julio-agosto 2016.
- ROGEL VIDE, C., "Discapacidad, incapacidad e instituciones a la luz de la Ley 41/2003", *RGLJ*, nº 1, 2011.
- *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., "La guarda de apoyo: propuesta para la protección de la persona mayor con discapacidad", *Rev. Jurídica de Castilla y León*, 2018.
- SERRANO GARCÍA, I., "¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Betten-court, Sordi, di Stefano", *RCDI*, n. 91, 2015.
- "El mandato de protección futura", *RGLJ*, nº 4, 2008.
 - "Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", *RJN*, 2004.
- SERRANO SANTAMARÍA, A., "El menor de edad en el Anteproyecto. Menores y responsabilidad civil: art. 1903 C.c.", en *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, La Ley, 2020.

VICENTE BLANCO, D., "Cuestiones sobre Derecho internacional privado en el Anteproyecto de reforma del Código civil en materia de discapacidad y los convenios de La Haya", en *Contribuciones para la reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. Muñiz Espada, Madrid, La Ley, 2020.

LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN POR EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO NOTARIAL

Carlos Pérez Ramos

Notario de Madrid

Resumen: El expediente del contador-partidor dativo notarial también es aplicable a la división de la cosa común. Plantea problemas cuando la cosa común sea indivisible y se pretenda adjudicar a uno solo de los comuneros que deberá indemnizar a los demás. Parece que no sería necesario su consentimiento, y que los demás comuneros solo pueden pedir la venta en pública subasta mientras no se haya aprobado por el notario la división realizada. Se analiza qué debe controlar el notario a la hora de aprobar la división de la cosa común.

Palabras claves: Contador-partidor dativo notarial, copropiedad sobre bien indivisible, subasta pública de cosa común.

Abstract: The record of the notarial dative accountant-party is also applicable to the division of the common thing. It raises problems when the common thing is indivisible and it is intended to award a single of the community members who must compensate the others. It seems that their consent would not be necessary, and that the other community members can only request the sale by public auction until the division has been approved by the notary public. It is analyzed what the notary must control when approving the division of the common thing.

Keywords: Notary dative counter-divider, joint ownership of indivisible property, public auction of common thing.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ¿ES APLICABLE EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO NOTARIAL A LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO?
- III. ¿QUIÉNES PODRÁN PROMOVER EL NOMBRAMIENTO DEL COMISARIO QUE DEBERÁ DIVIDIR LA COSA COMÚN?
- IV. LA CITACIÓN
 - 1. ¿Se debe formar una junta de comuneros?
 - 2. ¿Cuál es la finalidad de la citación a los demás interesados?
 - 3. ¿A quiénes se debe citar?
 - 4. Plazo
 - 5. Forma de la citación a los demás interesados
 - 6. ¿Se debe citar por edictos o BOE a aquellos cuyo domicilio resulte desconocido?, y ¿por correo electrónico?
- V. LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN POR EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO: EXAMEN DEL ARTÍCULO 404 CC
 - 1. La división de la cosa común cuando esta es divisible
 - 1.1. División de inmuebles que pertenecían a varios en común. En especial el problema de si el contador-partidor dativo puede constituir la propiedad horizontal
 - 1.2. La división de la cosa común cuando esta es indivisible
 - 2. El problema de la copropiedad que recae sobre varias cosas
- VI. LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO MEDIANTE LA ADJUDICACIÓN DE LA COSA COMÚN A UN COMUNERO INDEMNIZANDO A LOS DEMÁS
- VII. EL PROBLEMA PRÁCTICO DE LA ADJUDICACIÓN POR EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO A UNO DE LOS COMUNEROS DE LA COSA COMÚN INDIVISIBLE IMPONIÉNDOLE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR A LOS DEMÁS Y LA INTERESANTE SOLUCIÓN PROPUESTA POR LA STS DE 28 DE JULIO DE 2020 (RJ 2020\2477)
- VIII. ¿DEBE EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO ACOMPAÑAR UNA TASACIÓN OFICIAL?
- IX. ¿ELABORADO EL PROYECTO DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN DEBE NOTIFICARSE A TODOS LOS COMUNEROS?
- X. ¿QUÉ DEBE EL NOTARIO COMPROBAR?
- XI. CONCLUSIONES
- XII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Como es conocido, la Ley de Jurisdicción Voluntaria a desjudicializado el expediente del contador-partidor dativo, que ahora será conocido o por notario o por Letrado de la Administración de Justicia.

En el presente artículo vamos a plantearnos si se puede emplear el expediente del contador-partidor dativo notarial⁽¹⁾ regulado en los artículos 1057.2 Cc y 66 LN⁽²⁾ para la división de la cosa común, así como los distintos problemas que puede plantear el desarrollo de este expediente en la práctica, destacando la complejidad del desafío que supone el intentar dilucidar el posible régimen jurídico del expediente del contador-partidor dativo notarial que pone fin a la comunidad de bienes, puesto que a la dificultad propia de aplicar por remisión un expediente creado para la partición de la herencia a las particularidades propias de la extinción del condominio se une la de la insuficiente regulación de esta figura.

(1) Propongo que definamos el contador-partidor dativo notarial adaptado al condominio como *el comisario nombrado por un notario a petición de los comuneros que sean titulares de cuotas que representan al menos el cincuenta por ciento de la comunidad de bienes, para que proceda a la extinción de esta mediante la división de la cosa común, la cual aunque no fuera confirmada por todos ellos si notarialmente es aprobada pondrá fin al condominio adjudicando bienes y derechos singulares a los copropietarios.*

(2) Dice el art. 1057.2 Cc *“no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el secretario judicial o el notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 % del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del secretario judicial o del notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”*. Y el art. 66 LN declara en sus apartados 1º y 2º: *“1. El notario autorizará escritura pública: (...) b) Para el nombramiento de contador-partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil. El nombramiento se realizará de conformidad con lo previsto en el artículo 50. (...) d) Para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. (...) 2. Será competente el notario que tenga su residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el notario del lugar del domicilio del requirente”*.

II. ¿ES APLICABLE EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO NOTARIAL A LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO?

El punto de partida es el artículo 406 Cc a cuyo tenor "*serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia*". La duda es si entre las normas concernientes a la división de la herencia aplicable se encuentra la relativa al contador-partidor dativo.

Entre la doctrina, ÁLVAREZ-SALA (3) niega la posibilidad de aplicar el artículo 1057.2 Cc a cualquier comunidad que no tenga origen sucesorio, ya que de hacerlo se estaría sobredimensionando en exceso esta figura; y MIQUEL (4) añade que su aplicación conllevaría una cierta derogación de la regla contenida en el artículo 402 Cc, que, si bien permite acudir a la división a través de árbitros y amigables componedores, exige que esta decisión sea tomada por acuerdo de todos los comuneros, a diferencia de lo que supondría la aplicación del artículo 1057.2 Cc, en el que bastaría el consentimiento de los comuneros que representaran al menos el 50 % de los intereses en la comunidad de bienes; de manera que estaría en la línea de la STS de 2 de mayo de 1964, que considera que el artículo 406 Cc no supone la aplicación ilimitada de las normas contenidas en los artículos 1051 a 1081 Cc, sino que se aplicarán como supletorias o complementarias de las normas específicas de la comunidad de bienes, y en tanto *no se opongan o estén en contradicción con ellos*.

No obstante, la posición de la jurisprudencia es favorable a la aplicación de la figura del contador-partidor dativo a la liquidación de la comunidad de bienes, bien sea cuando con carácter general la STS de 25 de mayo de 1992 considera que la remisión del artículo 406 Cc abarca tanto a las normas relativas a las operaciones particionales como a los principios inspiradores de dichas normas, o cuando de una manera más concreta, la STS de 30 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1741) señala que "*debiendo procederse a la liquidación de la comunidad de bienes en la fase de ejecución, a cuyo objeto, si no hubiera acuerdo entre las partes, habrá de designarse un contador dativo*", concluye que respecto al artículo 406 Cc "*al remitirse el mismo a las reglas concernientes a la división de la he-*

(3) ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., "Artículo 1057, párrafo segundo", en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, dirigido por Albaladejo, p. 326, y en esta misma línea, PUIG I FERRIOL, L., *El contador-partidor dativo*, p. 671; RUANO BORELLA, J. P., RCDI, 1986, pp. 1241 y ss.

(4) MIQUEL en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, dirigido por Albaladejo.

rencia para el supuesto de cesación de una comunidad de bienes, es evidente que dicha remisión comprende por supuesto, la aplicación del artículo 1057 Cc” (5). Y la reciente STS de 12 de marzo de 2009 (RJ 2009/2797) lo presupone al analizar determinadas alegaciones acerca de una partición efectuada por un contador-partidor dativo de una comunidad de bienes, sin poner en duda la posibilidad de que la división no hereditaria de una cosa común pueda hacerse a través del contador-partidor dativo.

Es verdad que la SAP de Valencia, Sentencia núm. 338/2007, de 12 junio, no admite la aplicación del contador-partidor dativo a la división de la copropiedad cuando dice que “aunque el artículo 406 del Cc se remite a las reglas de la división de herencia ello no puede interpretarse, como lo efectúa el demandante, en el sentido de que serán aplicables todas ellas, pues no debe omitirse que las mismas comprenden operaciones particionales como la colación o las referentes a las deudas hereditarias que quedan fuera del régimen de la división de la cosa común. Y en este sentido, esa remisión no puede entenderse realizada a los artículos 1056 y 1057 del Cc, por cuanto: 1º) ambos preceptos vinculan la figura del contador-partidor al testador de manera que opera la designación del Juez cuando no hubiera testamento, figura que no existe en la división de la cosa común; y 2º) su aplicación supondría dejar fuera las reglas contenidas en el artículo 402 del Cc, que permite que la división de la cosa común se realice por los interesados o por árbitros o amigables componedores”.

No obstante, creo que las conclusiones de esta sentencia no son definitivas: no solo porque contradice la jurisprudencia del TS –órgano jurisdiccional de rango superior y del único de que emana la jurisprudencia que *complementa el ordenamiento jurídico* y a la que el Preámbulo de la ley que reformó el Título Preliminar del Cc reconoció *cierta trascendencia normativa*–, sino, sobre todo, porque sus argumentos no son convincentes por dos razones:

Primero, porque el que en la comunidad de bienes no exista contador-partidor testamentario no excluye que pueda existir el dativo, precisamente porque la aplicación supletoria de unas normas –en nuestro caso las de la partición de la herencia por mor del art. 406 Cc– no implica que se tengan que aplicar todas en bloque *sino que se apliquen aquellas que puedan aplicarse*, por eso, por ejemplo, no

(5) Y en la misma línea el Auto de 2 de febrero 1998 de la AP de Asturias (AC 1998, 315).

se aplicarán las de la colación, ya que no hay colación en la extinción de una copropiedad.

Segundo, y sobre todo, porque podría fácilmente interpretarse que la referencia a que no se haya designado contador-partidor testamentario puede entenderse como que no se haya atribuido por los comuneros a un tercero (arbitrador o amigable componedor)⁽⁶⁾ el encargo de hacer la división, puesto que en ambos casos se trata de que la división la haga una persona distinta de los copropietarios (sean estos los partícipes en la comunidad de bienes o de la comunidad hereditaria) y que haya sido designada por estos.

Respecto a la posible contradicción del artículo 402 Cc con el contador-partidor dativo notarial creo que es defendible que no se produce tal contradicción, puesto que:

a) De un lado, la división ejecutada por el arbitrador es una figura distinta, y ni siquiera puede decirse que sea más favorable para el conjunto de los comuneros; ya que si bien en el contador-partidor dativo notarial se está imponiendo la división por la mayoría de los condueños, la partición una vez hecha por el comisario dativo requiere la aprobación de todos los comuneros o la aprobación del notario o Letrado de la Administración de Justicia, mientras que en el caso del amigable componedor del artículo 402 Cc, si bien se precisa el consentimiento de todos para nombrarlo, luego todos deben pasar por el reparto que el mismo ejecute aunque no estuvieran de acuerdo.

b) Del otro, el artículo 406 Cc se remite en bloque, y sin distinguir, a las normas de la partición, y en ningún caso ordena una aplicación supletoria de las mismas.

c) Y finalmente, hay una razón de fondo, los mismos problemas que justifican la figura del contador-partidor dativo en el ámbito hereditario concurren en la comunidad de bienes.

Esta posición es la que recientemente ha asumido la DGRN en la Resolución Consulta de 7 de noviembre de 2019 (nº de expediente 380/19 N), que aunque reconoce que *“es cierto, que conforme al artículo 402 Cc, la división de la cosa común puede hacerse por árbitros –rectius arbitrades– o amigables componedores siempre que esta vía sea respaldada unánimemente por todos los condueños, lo que aparentemente excluiría la posibilidad de la liquidación por un tercero, el contador partidor dativo”*, añade *“pero lo cierto es que el*

(6) Es esta una figura muy interesante y muy poco estudiada que me comprometo a tratar en un futuro artículo.

artículo 1057 (2) in fine, exige también que la liquidación efectuada por el contador sea aprobada asimismo por todos los interesados o por el notario o el Letrado de la Administración de Justicia, lo cual permite descartar el artículo 402 como obstáculo a la remisión del artículo 406 al 1057", no siendo este a mi juicio un argumento aceptable, puesto que nada tiene que ver el que la división hecha por el contador-partidor dativo sea aprobada por los comuneros o en su defecto por el notario con la admisibilidad de la figura del contador-partidor dativo para poner fin al condominio.

Tal vez, lo que pretende decirnos la DGRN es que podría pensarse que no es aceptable la figura del contador-partidor dativo en la comunidad de bienes porque las normas que regulan esta figura ya admiten la posibilidad de partición por un tercero –un arbitrador– designado de común acuerdo por todos los comuneros, pero el argumento para descartar esta conclusión no podría ser la forma de la aprobación de la división efectuada por el comisario dativo, sino la circunstancia de que el artículo 406 Cc se remite a las normas de la partición, entre las que se encuentra el artículo 1057.2 Cc, y que la división efectuada por el comisario dativo es distinta a la recogida en el artículo 402, tanto en su origen, puesto que el arbitrador será designado de común acuerdo por todos los comuneros y el dativo será nombrado por notario a instancia de comuneros que representen el 50% de las cuotas, como en su procedimientos y efectos, pues mientras la división de la cosa común realizada por el arbitrador vinculará a todos los comuneros como si los mismos la hubieran realizado, la ejecutada por el contador-partidor dativo precisará la conformidad de todos ellos, o, en su defecto, la aprobación notarial, en cuyo caso tendrá carácter unilateral.

Sí es cierto que la Resolución Circular hace referencia al argumento de la aplicación del artículo 406 Cc, y a través de este, del artículo 1057.2 Cc a la extinción del condominio(7), pero además se fija el *ratio* de la norma, el espíritu y finalidad de las leyes que conforme al artículo 3.2 Cc debe inspirar su interpretación, cuando nos dice *"el artículo 1410 Cc, en sede de sociedad de gananciales, se inspira adicionalmente en la misma lógica –la identidad de razón divisoria de comunidades análogas, que es la que debe favorecer la posibilidad de que el recurso al contador dativo sea admisible*

(7) Así, en su conclusión nos dice la DGRN "la respuesta favorable a la cuestión planteada por la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha permite resolver asimismo de modo afirmativo la remisión del artículo 1669 al artículo 1057, a través de la remisión que el mismo artículo 406 hace en favor de las normas de la partición hereditaria".

en otras formas de comunidad, germánica y romana. Existen, en efecto, una razón común jurídica y un idéntico sentido económico en la partición hereditaria, en la liquidación de la sociedad conyugal y en la división societaria en el caso del artículo 1669.2 (...) el contador-partidor dativo, de hecho, en frecuentísimos supuestos liquida la sociedad de gananciales como operación preparticional de la comunidad hereditaria. No tendrá razón de ser el hacer de peor condición a un condominio romano que a una titularidad en mano común, cuando la ratio que legitima el recurso a un tercero –a saber, la exclusión del derecho de veto a las operaciones liquidatorias cuando aquel actúa con observancia de garantías para todas las partes– existe en ambas formas de comunidad, máxime cuando el antecedente inmediato de la comunidad romana es muchas veces la misma comunidad hereditaria, que, por la aceptación de los llamados, ha mutado solamente en el género de cotitular, de germánica romana, pero no en su sentido económico”.

Admitido que el expediente del contador-partidor dativo notarial puede emplearse para poner fin al condominio vamos someramente a analizar algunos de los muchos problemas que puede generar su aplicación en la práctica, recordando, primeramente, que aceptando su aplicación a la división de la cosa común deberá también aplicarse el artículo 782.1 LEC, por lo que iniciado el expediente ante el notario no se podrá admitir a trámite la acción judicial de división de la cosa común ejercitada por cualquier comunero.

III. ¿QUIÉNES PODRÁN PROMOVER EL NOMBRAMIENTO DEL COMISARIO QUE DEBERÁ DIVIDIR LA COSA COMÚN?

Por supuesto, serán los comuneros, los copropietarios titulares de cuotas que representen al menos el 50 % de la cosa común; pero el problema se plantea cuando la misma se haya gravada con un usufructo, *¿podría el usufructuario promover el nombramiento de contador-partidor dativo?*

Podría pensarse que puede por la aplicación por remisión vía artículo 406 Cc del artículo 1057.2 Cc, dado que la posición del usufructuario sería asimilable a la del legatario y de la misma forma que en el expediente de contador-partidor dativo, en base al artículo 1057.2 Cc, para algunos puede promoverse tanto por los herederos como por cualquier tipo de legatario (tanto los parciarios como los de cosa cierta y determinada); también en caso de extinción del condominio podría hacerse por el usufructuario.

No obstante, descarto esta posibilidad, porque el usufructuario no es comunero, otra cosa sería que lo que se pretendiera dividir fuera una comunidad o cotitularidad sobre el derecho de usufructo(8), además no puede instar la extinción del condominio, y sobre todo, porque la misma no le afectará porque su derecho de usufructo permanecerá idéntico se divida o no la cosa común; y es que es verdad que con imaginación podríamos plantearnos aproximar la posición del legatario a la del usufructuario, incluso desde el punto de vista sucesorio la posición del sucesor que recibe un usufructo es la de un legatario, pero la legitimación del legatario para promover el expediente de contador-partidor dativo, además del tenor literal del precepto, reside, de un lado, en que el legatario de parte alícuota es partícipe en la comunidad hereditaria, lo que no lo es el usufructuario en la comunidad de bienes, salvo que la cotitularidad lo sea del mismo derecho de usufructo; y del otro, que el legatario de cosa cierta tiene un legítimo interés en que se concluya la partición para que se le entregue la posesión de la cosa legada, y este interés no concurre en el caso del usufructuario cuyo derecho grava la cosa común, puesto que su derecho permanecerá se divida o no esta y su posición jurídica no se verá alterada(9). Por su parte la STS 28 de febrero de 1991 (RJ 1991\1612) niega que el usufructuario pueda pedir la división de la cosa común.

Respecto a los acreedores de cualquiera de los comuneros no podrán promover el nombramiento del contador-partidor dativo puesto que no son comuneros, y en esta línea la STS 28 de enero de 2011 (RJ 2011\301) declara que “*el papel que tienen los acreedores*

(8) Así se admite por las SSTS de 26 de enero de 1959 y de 6 de marzo de 1956, reconociéndose en esta última que es posible la existencia de una comunidad de derechos los cuales pueden ser susceptibles de división, como lo es el de propiedad, pudiendo serlo el de usufructo cuando recaiga sobre cosas susceptibles de materializar en ellas al propio derecho. Y en este sentido, DE BUEN (*Derecho civil español común*, Madrid. 1922, pp. 18 y ss.) distingue entre comunidad y condominio, entendiéndolo que este segundo está referido a la existencia de varios dueños sobre una cosa común, mientras que el término comunidad puede referirse tanto a los dueños como a cualquier otro derecho distinto del dominio. O de manera más descriptiva GARCÍA GRANERO (“Cotitularidad y comunidad, Gesamte Hand o comunidad en mano común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946. n.º 214, p. 154) concluye que el género sería la cotitularidad, la especie la comunidad, y dentro de esta limitado al derecho de propiedad, el condominio.

(9) Puesto que el artículo 405 Cc declara en su primer inciso “La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición”.

de los copropietarios es, ante todo, que carecen de legitimación activa para pedir la división y que no pueden llevarla a cabo ellos mismos”.

Se ha discutido *si el acreedor de alguno de los comuneros podría subrogarse en la posición de este para instar la división de la cosa común* y por ende, el nombramiento de contador-partidor dativo que la lleve a efecto a través de la aplicación del artículo 1111 Cc, cuando ordena que *“los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su personalidad”.*

Lo admite BELTRÁN DE HEREDIA(10), y parece admitirlo MIQUEL(11) cuando declara que en muchos casos obtendrán más por la parte material que por la cuota, con lo que no se les puede reducir su participación a la negociación de esta última; y lo rechazan otros como LACRUZ(12) y GULLÓN(13), basándose este último en que la acción subrogatoria tiene una finalidad ejecutiva y que en cualquier caso la cuota del copropietario deudor puede ser objeto de embargo con el que se puede satisfacer el crédito, y si no se logra en su totalidad con la concreción material del mismo tampoco añade ningún bien a la garantía patrimonial; o ABELLA RUBIO(14), apoyándose en el carácter subsidiario que en nuestro ordenamiento jurídico tiene la acción subrogatoria, por lo que es requisito indispensable la carencia de bienes del comunero deudor, situación que no existiría si este es copropietario de cualquier cosa. En este caso, el acreedor debe solicitar el embargo de su cuota y pedir la pública subasta de la misma, pero en ningún caso del total de la cosa, ya que los demás copropietarios no tienen por qué soportar esa situación ajena completamente a ellos. Cuestión distinta es que la persona que se adjudique dicha cuota pueda solicitar posteriormente la división de la cosa común como cualquier otro comunero.

(10) BELTRÁN DE HEREDIA, F., *La Comunidad de bienes en el Derecho Español*, Madrid, 1954, p. 339.

(11) MIQUEL, J., “Comentarios” en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, dirigido por Albaladejo, EDESA, pp. 452-453.

(12) Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción “subrogatoria”. *Anuario de Derecho Civil*. T. II. 1950, pp. 1101 y ss.

(13) GULLÓN BALLESTER, A., en *Derecho a pedir la división de la comunidad*, op. cit., p. 370.

(14) ABELLA RUBIO, J. M., *La división de la cosa común en el Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2012 (4ª ed.), p. 190.

Creo que estos últimos autores tienen razón, el acreedor tiene derecho a que se le pague y en caso contrario satisfacerse con cargo a la cuota (artículo 1911 Cc), que deberá ser subastada y adjudicada al rematante, pudiendo ser este el mismo acreedor, quien adquirirá la condición de comunero y por tanto la posibilidad de solicitar la división de la cosa común, pero no por ser acreedor, sino por haber adquirido vía adjudicación en una ejecución la cualidad de cotitular de la comunidad de bienes.

Respecto al *cesionario o adquirente de una cuota* considero, a pesar de lo expuesto en el artículo 403 Cc, cuando dice que el cesionario puede concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso, que el cesionario no es que *pueda concurrir*, sino que *debe concurrir*, puesto que se subroga en la posición del cedente, y desde el momento que concurre el título y el modo (si la comunidad recae sobre un derecho real) o el título (si la comunidad recae sobre un derecho personal) pasa a ser cotitular a todos los efectos, incluido el de poder promover el nombramiento de un contador-partidor dativo para que lleve a efecto la división de la cosa común (15), por ello, la doctrina interpreta que la expresión cesionario que emplea el artículo 403 Cc no puede equipararse al adquirente de la cuota, puesto que quienes han adquirido la cuota parte de alguno de los comuneros, son comuneros y no terceros, por lo que cuando el artículo 403 Cc emplea el término cesionarios habrá que entender que se refiere a los que hayan recibido algún derecho de un no comunero sin convertirse en tal (16).

(15) Como acertadamente apunta MIQUEL (*Comentarios al Código Civil y las legislaciones forales*, Albaladejo (dir.), editorial EDESA, p. 451) hay que distinguir dos tipos de cesionarios: los que adquieran una cuota parte que sí podrían pedir la división de la comunidad (y por ende, añadimos nosotros, promover el nombramiento del contador-partidor dativo) por ser un comunero más de la misma; y los que el art. 403 Cc califica de cesionarios son en realidad aquellas personas que realmente no han entrado a formar parte de la comunidad o porque la transmisión está condicionada a que se les adjudique la parte material de la cosa común que se les ha transmitido, o porque se ha constituido un derecho limitado (como la hipoteca o el usufructo) que no hace que el adquirente ingrese en la copropiedad, y los compara con los usufructuarios, en cuanto que derivan su derecho de un partícipe sin llegar a ingresar parte de la comunidad de propiedad, o que simplemente no tienen un derecho real, sino uno de crédito, a pesar de que sea un *ius ad rem*.

(16) LÓPEZ COLMENAREJO, F., *La comunidad de bienes*, Instituciones de Derecho Privado, Delgado de Miguel (coord.), editorial Civitas, Tomo II, volumen 1º, 1ª edición año 2002, p. 560.

Cambiando de enfoque, aunque en su momento fue discutido(17), parece que actualmente la posición aceptada por la doctrina y la jurisprudencia [RRDGRN 2 enero 2004 (RJ 2004\712) y 29 de enero de 2013 (RJ 2013/1803), y SSTs 3 febrero 1982 (RJ 1982\374), 17 de abril 1986 (RJ 1986\1857) y 21 de mayo de 1990 (RJ 1990\3827)(18)] es que la división de la cosa común tiene carácter especificativo y que bastará para consentir la división el tener

(17) Se ha defendido por algunos (MANRESA Y NAVARRO en *Comentarios al Código civil español*, t. III. 8.ª, ed. revisada y puesta al día por RICO PÉREZ. Madrid. 1976, p. 681) y algunas sentencias antiguas (SSTs 29 de enero de 1929, 10 de noviembre de 1954, de 12 de febrero de 1944 y de 25 de enero de 1943) que la división de la cosa común tiene carácter traslativo por lo que precisaría la capacidad para disponer del bien al que afecte tanto para solicitar el nombramiento del contador-partidor dativo como para la aprobación de la partición por él realizada.

En opinión de LÓPEZ COLMENAREJO (*La comunidad de bienes*, Instituciones de Derecho Privado, Delgado de Miguel (Coord.), tomo II, volumen 1º, editorial Civitas, 1ª edición año 2002, p. 559) “quien piense que cada comunero es dueño del todo, limitado su dominio por el de los demás, tendrá que ver en la división de la cosa común un efecto puramente declarativo, pues ya era dueño de la cosa que recibe; quien piense que ninguno de los comuneros era propietario de nada, tendrá que ver en la división un efecto traslativo, pues de ella nace su propiedad; y quien defienda que la propiedad sí existía, pero la participación en la misma de cada condueño se determinaba por su cuota, concluirá que la función de la división es meramente determinativa de la titularidad hasta ahora existente”.

(18) Así la STS 3 de febrero de 1982 afirmó que “la tesis que le asigna el carácter determinativo o especificativo de derechos es mayoritaria en la jurisprudencia moderna”, y la Resolución de 2 de enero de 2004 declaró que “en nuestro Derecho, dejando a salvo supuestos especiales, se permite, y aún se facilita, la extinción de la comunidad, que puede tener lugar mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola mano, lo que puede verificarse a través de cualquier negocio traslativo de dichas cuotas a favor del que queda como titular, y también, cuando se trate de bienes indivisibles, en virtud de la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico (o mediante otros bienes o servicios), sin que por ello pueda considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (cfr. artículos 404 y 1062 del Código Civil [LEG 1889, 27] y las Resoluciones de 6 de abril de 1962 [RJ 1962, 1712], 2 de enero de 2004 [RJ 2004, 712] y 4 de abril de 2005 [RJ 2005, 3603], entre otras). Es decir, como tiene declarado este Centro Directivo (Resolución de 11 de noviembre de 2011), la extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no), en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales”.

la capacidad para realizar actos de administración y, por tanto, los padres que actúen en representación de sus hijos no precisarán autorización judicial (art. 166 Cc), tampoco el tutor aunque una vez que consienta la partición precisará aprobación judicial posterior (art. 272 Cc), y tratándose de una sociedad de capital no será aplicable el art. 160.1. f) LSC, aunque la cosa que se divida sea un activo esencial de la sociedad. Por otro lado, si la participación en la copropiedad es ganancial bastará con el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre figure o en cuyo poder se encuentre (art. 1384 Cc).

Pues bien, en todos estos casos *se aplicará el régimen de los actos de administración para dividir la cosa común, el mismo régimen se aplicará para promover el nombramiento de contador-partidor dativo*, puesto que no hay razón para exigir mayor capacidad que para consentir la división de la cosa común; y por supuesto, será esta la capacidad exigida para que el comunero pueda aprobar la división de la cosa común presentada por el contador-partidor dativo.

Con relación a este último supuesto presenta dudas la aplicación del artículo 272 Cc, que en sede de tutela ordena que *“no necesitarán autorización judicial la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicada requerirá aprobación judicial”*, que debe ser interpretado en el sentido de que se precisará autorización judicial posterior a la división de la cosa común cuando la misma sea confirmada por el tutor actuando como representante legal del sujeto a tutela, pero no será necesaria la intervención judicial cuando la división de la cosa común realizada por el contador-partidor dativo sea aprobada por el notario, así se desprende de la Resolución de 26 de junio de 2019 (BOE 22 de julio de 2019), que declara que *“dado el carácter unilateral del negocio particional efectuado por el contador-partidor testamentario, ningún heredero, ni por sí ni en representación de otro, actúa como otorgante del negocio partitivo, de tal forma que siendo parte interesada en la sucesión personas con la capacidad de obrar judicialmente modificada, no se precisa autorización judicial previa ni aprobación posterior, al mantenerse las operaciones efectuadas por el contador-partidor dentro del ámbito puramente particional, gozando dicha partición de la misma eficacia que la efectuada por el testador”*, y si esta conclusión es aplicable a la partición otorgada por el contador-partidor testamentario, igualmente debe ser aplicada a la otorgada por el comisario dativo; y por ende, vía artículo 406 Cc, a la división de la cosa común realizada por el contador-partidor dativo (19).

(19) Si bien teniendo en cuenta, como nos dice la STS de 2 de mayo

Luego, como se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria habrá que aplicar las reglas generales de la LJV, y dado que es un expediente de jurisdicción voluntaria notarial habrá que aplicar la LN y el RN.

IV. LA CITACIÓN

El notario, una vez comprobado que los solicitantes representan al menos el 50 % de las cuotas en que se divide la copropiedad, deberá citar a los demás interesados. La citación plantea varios problemas, algunos de ellos comunes con la partición de la herencia realizada por el contador-partidor dativo, y otros derivados de su aplicación a la extinción del condominio. Vamos a analizarlos.

1. ¿Se debe formar una junta de comuneros?

Algunos (20) sostienen, respecto al expediente de contador-partidor dativo de partición de herencia, que se debe citar a los here-

de 1964, la remisión del artículo 406 *“no es tan absoluta e inexorable que deba entenderse en el sentido de que cuantos preceptos se transcriben en la sección 2.a del cap. VI del Título III del Libro III del Código civil hayan de ser aplicados sin limitación alguna a las hipótesis de proindivisión no hereditaria, sino que, por el contrario, únicamente regirán como supletorios o complementarios de las disposiciones específicas consignadas en los artículos 400 a 406, y en tanto no se opongan o estén en contradicción con ellos.*

Como aclara MIGUEL GONZÁLEZ [*Comentario al art. 406 Cc, Comentario al Código Civil y a las legislaciones forales*, Albaladejo (dir.), editorial Comares, consultarlo en www.vlex.com], “La aplicación de algunas reglas de la partición hereditaria puede necesitar correcciones cuando se trate de la división de una cosa singular. En otras ocasiones, no será fácil que se dé la situación necesaria para su aplicación; así, por ejemplo, las reglas sobre el saneamiento por evicción, tratándose de una cosa singular, serán difícilmente aplicables, ya que la evicción privará de la cosa por igual a todos los comuneros, en caso de división material. Pero nada obsta, evidentemente, a su aplicación, si la división tiene lugar por adjudicación a un comunero y pago a los demás de su parte.

(20) GARCÍA VILA es quien ha sostenido que “la comparecencia de los ‘demás interesados’ sería innecesaria si la única función del notario fuera comprobar que se dan los porcentajes establecidos en la ley y designar el perito conforme a lo dispuesto en el art. 50 LN”. Y admite, en consecuencia, que la función de la citación es que los interesados se pongan de acuerdo en la designación de perito; y si todos los interesados están de acuerdo “podría excluirse el sistema automático del art. 50”. En parecido sentido se ha expresado MAYORGA ALCÁZAR. Esta posición debe ser rechazada no solo porque

deros a una reunión en junta de herederos para que se pongan de acuerdo en hacer la partición o en nombrar un contador-partidor, y solo en caso de falta de acuerdo, el notario procederá al nombramiento del contador-partidor conforme a lo dispuesto en el art. 50 LN, y si sostienen esta conclusión respecto a la partición de la herencia idéntica debería ser respecto a la división de la cosa común realizada por el contador-partidor dativo.

Sin embargo, de la misma forma que no estoy de acuerdo en que se deba formar la junta de herederos tampoco lo estoy en que se deba formar una junta de comuneros. La razón para rechazar ambas juntas es que si los herederos, o en su caso los copropietarios, se ponen de acuerdo en nombrar un contador-partidor, extremo que podrán acordar en cualquier fase del expediente suspendiendo el mismo, sobra la intervención notarial, ya que estaremos ante *arbitradores o amigables componedores* como los previstos en el artículo 402 Cc para la división de la cosa común. Y, sobre todo, porque siendo cierto que el artículo 8 LJV ordena la aplicación supletoria de la LEC en lo “no regulado”, en este caso no hay laguna puesto que

confunden la figura del comisario dativo con el arbitrador del artículo 402 CC, sino porque no es cierto que la citación es innecesaria si no fuera para constituirse en junta de herederos, dado que les va a servir para tener noticia del inicio del expediente.

También es la posición de ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL (*El nombramiento y la partición realizada por el contador partidador dativo*. En *notariosyregistradores.com*, 31 agosto 2015, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-nombramiento-y-la-particion-realizada-por-el-contador-partidor-dativo/>) quien ha declarado que “la comunicación a los demás interesados a que se refiere el artículo 1057.2 CC debe tener por finalidad el que se pongan de acuerdo en el nombramiento de un contador-partidor dativo (artículo 784.2 LEC) y que el requerimiento incluirá un lugar, día y hora para la reunión de la “Junta de herederos” (artículo 783 LEC), en la cual deberán ponerse de acuerdo en hacer la partición o en nombrar un contador-partidor, ya que en caso de falta de acuerdo, el notario procederá al nombramiento del contador-partidor conforme a lo dispuesto en el artículo 50 de la ley del notariado”.

Es verdad que este autor se apoya en la aplicación de los artículos 782 y ss. LEC, y que la misma podría sustentarse en el artículo 8 LJV que ordena la aplicación supletoria de la LEC, pero esta remisión considero que es inadecuada: de un lado, porque ni siquiera con relación al anterior expediente judicial de nombramiento del contador-partidor dativo se defendía una aplicación indiscriminada de las normas de la división judicial de patrimonios de la LEC (arts. 782 y ss.), puesto que el nombramiento del contador-partidor dativo, aunque se sustanciara ante un Juez, era un expediente de jurisdicción voluntaria a diferencia de los contenidos en los arts. 782 y ss. LEC que se tratan de auténticos juicios contenciosos.

el art. 66 b) LJV ordena al notario que designe comisario dativo por el procedimiento del artículo 50 LN, que no dice que el perito pueda ser escogido por los interesados, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el art. 80.1 LN. Y esta postura ha sido acogida por JIMÉNEZ GALLEGO (21), si bien respecto al comisario dativo y la partición de la herencia, puesto que este autor como el resto de la doctrina no profundizan en la división de la cosa común por contador-partidor dativo.

2. ¿Cuál es la finalidad de la citación a los demás interesados?

El que los interesados sepan que hay un expediente de contador-partidor dativo en marcha y aleguen lo pertinente (fundamentalmente que los solicitantes no representan al menos el 50 % de las cuotas que componen el condominio) y puedan conocer el proyecto o la escritura de división de la cosa común otorgada por el contador-partidor dativo.

3. ¿A quiénes se debe citar?

No hay duda en que serán los demás condueños que no promovieron el expediente, pero puede dudarse si también lo deben ser *los acreedores de los partícipes, o los que ostenten algún derecho real sobre cualesquiera de las cuotas*, sean de goce, como usufructuarios, o de garantía como acreedores hipotecarios o pignoratícios según la cosa común fuese un inmueble o un mueble.

A favor de que se citen a todos ellos podría alegarse el tenor literal del artículo 403 Cc, que declara que "*los acreedores o cesionarios*

(21) JIMÉNEZ GALLEGO, C. (*Función notarial y jurisdicción voluntaria*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 383), quien acoge mis argumentos añadiendo el que "hay que tener en cuenta que la citación a los interesados sí tiene sentido para asegurarse el notario de si hay o no disputa acerca del 50 % o, en general, acerca de los requisitos para que se realice el nombramiento. No hace falta invocar la necesidad de alcanzar un acuerdo sobre el nombramiento para que la citación tenga sentido. Incluso aunque se les cite a una reunión el mismo día y hora. Por tanto, creemos que el nombramiento tiene que ser realizado por el notario, por los trámites del artículo 50 LN, sin promover ni tener en cuenta eventuales acuerdos de los interesados. Por supuesto, los interesados pueden ponerse de acuerdo en cualquier momento sobre la designación de perito. Y pedir que se ponga fin al expediente, si estuviera comenzado. Pero este acuerdo se obtendrá al margen del expediente"

de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso (22). Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla, y salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez (23)", y si se les concede el derecho de concurrir a la división de la cosa común (24), e incluso

(22) Como concluye ABELLA RUBIO [*La división de la cosa común en el Código Civil*. Dykinson, Madrid, 2012 (4 ed.), p. 204] "la oposición es la manifestación que pueden hacer los acreedores o cesionarios de que la división no se realice sin su concurso, como un trámite previo a la posible impugnación. La oposición no es a la división en sí misma, sino a que se practique sin su conocimiento".

(23) Como declara la STS 28 de enero 2011 (RJ 2011\301), "el derecho que les reconoce el artículo 403 del Código civil es triple. La concurrencia, la oposición y la impugnación, en relación con la división. Concretando la primera, conocida doctrinalmente como "facultad de inspección", no va más allá de la concurrencia a la misma, para comprobar que la división se hace de una manera correcta, sin que se produzca fraude; es una intervención potestativa, sin que participen en la división propiamente dicha, pudiendo manifestar sus opiniones pero sin llegar a la partición directa como si se tratara de un comunero más. Distinto es el tema de la oposición, para salvaguardar los derechos de los acreedores, que se da en un momento anterior a la división, para garantizar los derechos de los acreedores (y cesionarios), como dijo la sentencia de 31 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6627). Y en un momento posterior puede darse la impugnación de la división de la cosa común, por razón de fraude de los acreedores, como acción personal en la que el acreedor actúa *iure proprio*, como advirtió la sentencia de 26 de abril de 1962, y por razón de haberse realizado una oposición de manera formal para impedirla; impugnación, en todo caso, que deja a salvo los derechos del copropietario para mantener la validez de la misma".

(24) Derecho que según matiza ABELLA RUBIO [*La división de la cosa común en el Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2012 (4 ed.), p. 203] en cualquier caso se trata de una mera asistencia por parte de los acreedores y cesionarios para poder ver cómo se realizan las operaciones particionales, pudiendo incluso manifestar sus opiniones, pero en ningún caso tienen una participación o intervención directa en las mismas como si se tratara de un comunero más. Como indica Díez PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II. Madrid. 1983, p. 780) su participación se reduce a la mera presencia física o asistencial al acto, sin que de ninguna manera sean vinculantes sus opiniones allí expresadas. No son parte en las operaciones particionales, con lo que por medio de su intervención no pueden impedir la división; y a mi juicio lo explica muy bien MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil*, t. VII. 4.^a ed. Madrid. 1944, p. 467) cuando escribe que "los acreedores tienen la facultad de concurrir a la división, pero esta es de la competencia exclusiva de los condóminos. La Ley concede solo a los acreedores de los partícipes una facultad de inspección: vigilar, presenciar los actos de los copropietarios sobre la división, manifestar su opinión respecto de ella.

oponerse a la que se verifique sin su concurso, es necesario que se les notifique la intención de practicar la división a través de contador-partidor dativo, sin que pueda alegarse en contra que no está previsto para los acreedores particulares de los herederos, puesto que la aplicación de las normas de la partición a la extinción de la comunidad de bienes es supletoria a falta de normas expresas como la recogida en el artículo 403 Cc.

Sin embargo, creo que *no es necesario que el notario cite a los acreedores*, puesto que la intervención de estos en ningún caso es imprescindible para partir, es decir, no tienen que consentir por la partición puesto que no son comuneros, como agudamente apunta MUCIUS SCAEVOLA (25) "*la cosa se divide entre los partícipes no entre estos y los acreedores*", y por ello la falta de conformidad de algún acreedor a la división practicada por el contador-partidor dativo no obligará al notario a entrar a aprobar la extinción del condominio practicada si esta fue consentida por todos los condueños (entendiendo por tales tanto los originales como los cesionarios). Esta conclusión se refuerza por dos circunstancias: la primera, que en la práctica en las divisiones de la cosa común practicadas por mutuo acuerdo entre los condóminos no se cita a los acreedores; y segunda, en las consecuencias que la doctrina atribuye a la falta de notificación que se limita a que se produzca una inversión de la carga de la prueba del fraude, siendo el deudor o el cedente los que tienen que demostrar que no hubo fraude en la división (26).

Respecto a si se debe citar al *titular de algún derecho real* como el usufructuario, el acreedor hipotecario o el acreedor pignoraticio, podría entenderse que es necesario porque son *interesados*. No obstante, creo que no es así, puesto que cuando el artículo 1057.2 Cc se refiere a los interesados se está refiriendo a los partícipes o aquellos en que el ejercicio de su derecho depende de la partición de

La facultad de decidir arranca del derecho de propiedad sobre la cosa; el acreedor tiene solo el de asistir para evitar que se perjudique o lesione su derecho. La cosa se divide entre los partícipes no entre estos y los acreedores. Estos podrán convenir con los condóminos en el modo y condiciones, pero si no existe acuerdo, los condueños son los que tienen facultad para verificar la división".

(25) En obra citada en la nota anterior.

(26) ALBALADEJO en las anotaciones hechas a CÍCU en "*Derecho de sucesiones*". Parte General. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Barcelona. 1964, p. 765. En el mismo sentido MIQUEL en *Comentarios al Cc del Ministerio de Justicia*. Ministerio de Justicia. 1994, p. 1112, y más recientemente ABELLA RUBIO [*La división de la cosa común en el Código Civil*. Dykinson, Madrid, 2012 (4 ed.), p. 205].

la herencia, como al legatario respecto a la entrega de la cosa legada (art. 885 Cc), y lo cierto es que ni el usufructuario ni el acreedor, sea o no hipotecario, es condueño ni su derecho se ve alterado por la extinción del condominio.

4. Plazo

Ni el Código Civil ni la Ley del Notariado recogen un plazo para que se citen a los demás interesados, ni un plazo para que se hagan las alegaciones oportunas, y ni siquiera un plazo para que se apruebe la división de la cosa común (27). Por lo que no hay ni un máximo ni un mínimo. Aunque sería aconsejable que al citarlos el notario les dé un plazo razonable para contestar.

Para JIMÉNEZ GALLEGO (28) el notario deberá fijar un plazo que no podrá ser inferior al plazo más corto fijado para otros expedientes notariales y recomendamos que ese plazo sea de un mes. Sin embargo, yo creo que es mejor el plazo de quince días hábiles por ser más breve y además tener un apoyo en el expediente de contador-partidor dativo que se sustancia ante Letrado de la Administración de Justicia en el que el artículo 91 LJV remite a las normas comunes de la LJV, y en estas encontramos el artículo 17 LJV, que en su párrafo tercero, relativo a citaciones de los interesados a la comparecencia, fija un plazo de "*al menos quince días de antelación*", que hay que entender "*días hábiles*"; de manera que al encontrarnos ante una laguna legal podemos acudir a completarla al expediente gemelo tramitado ante el Letrado de la Administración de Justicia.

De todas formas, creo que es importante partir de dos premisas: la primera, que no es necesario que el notario fije plazo en la citación, de manera que si no lo hiciera no sería por ello el expediente

(27) La Resolución DGRN del sistema notarial de 29 de enero de 2020 relativa a la partición de la herencia pero aplicable a la extinción del condominio sostiene que "conviene tener en cuenta que la Ley no establece plazo alguno al efecto sin perjuicio de que el notario señale el que tenga por conveniente. Pero dado que la recurrente conocía directamente y a través del contador (directamente y por su abogado) las vicisitudes del procedimiento notarial y que había comparecido (el día 15 de noviembre de 2017) para oponerse expresamente a su tramitación, carece de sentido que hubiera requerido de plazo alguno para su decisión. Por otra parte, la ley atribuye al notario la autoridad para aprobar por sí solo la partición realizada por el contador-partidor, y únicamente para el caso de que todos los interesados la aprobaran antes, queda el notario liberado de tomar esa decisión".

(28) JIMÉNEZ GALLEGO, C., *Función notarial y jurisdicción voluntaria*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2017 (p. 383).

susceptible de ser impugnado; y la segunda, que si lo hace –lo que es recomendable– este plazo será un plazo que desplegará sus efectos *respecto del notario, nunca respecto del citado*; porque no hay que olvidar que ninguna norma impone al citado contestar en determinado plazo, por lo que si el notario le estuviera imponiendo uno y se negara a recibir cualquier alegación del interesado fuera de este plazo creo que el expediente podría ser atacado, puesto que el interesado podría alegar indefensión ya que se ha limitado su derecho a contestar y realizar alegaciones sin que ninguna norma imponga esa limitación. Por todo ello recomiendo que en la citación se haga constar una fórmula similar a la siguiente: *“Que el requerido, en cualquier momento, mientras no haya concluido el expediente, podrá comparecer ante mí o ante cualquier otro notario para examinar el expediente y hacer las alegaciones que estime pertinentes, sin perjuicio de que transcurridos al menos quince días hábiles a contar desde la recepción de la notificación deberé proceder a resolver si procede solicitar al Colegio Notarial de * la designación de perito para que sea nombrado como único contador partidador dativo con el encargo de extinguir el condominio”*.

5. Forma de la citación a los demás interesados

Por la aplicación del artículo 202 RN el notario debe realizarla personalmente o por medio de correo certificado con acuse de recibo, aunque por su mayor seguridad creo que es aconsejable dar preferencia a la personal, sin perjuicio que si se hace por correo certificado con acuse de recibo se debe reputar como bien realizada.

La RGRN de 30 de noviembre de 2016, relativa al expediente del contador-partidor dativo, puntualiza que *“la concreta y específica forma de realizar dicha notificación debe quedar bajo la fe pública notarial de exclusiva responsabilidad del notario autorizante (cfr. Art. 17 bis LN), pues no hay citación ni emplazamiento a titular alguno de derechos inscritos (cfr. Arts. 18 y 20 LH)”* por lo que no puede entrar el Registrador en valorar si es correcta o no la forma de la citación realizada.

No evita que siga adelante el procedimiento el hecho de que la citación no la reciba el citado porque no se encuentra en el domicilio proporcionado por los promotores del expediente, o bien cuando encontrándose se negare a recibirla él o cualquier otra persona, tal y como sostiene la Resolución DGRN del Sistema Notarial de 29 de enero de 2020, referida específicamente al caso de un contador-partidor dativo en el que se intenta notificar personalmente por el nota-

rio al heredero díscolo cuatro veces, siendo rechazada la citación por las personas que se hallaban en la vivienda, ante lo que el notario la envía por correo certificado con acuse de recibo al domicilio profesional, recordándonos la Resolución que conforme al artículo 1057.2 Cc *"no es necesaria la presencia del heredero disidente, basta su notificación 'si su domicilio fuere conocido' o lo que es su equivalente 'si fuere hallado'; y no habiéndosele hallado, cualesquiera que hayan sido las causas, no se detiene el procedimiento. En efecto, dado que la presencia de la recurrente no era indispensable en los mencionados tramites: ni en la solicitud de contador-partidor dativo, ni tampoco la designación, ni la aceptación del cargo por este, ni la elaboración del Cuaderno, ni siquiera en la aprobación final por el notario; actuaciones estas que pueden lícitamente (y muy frecuentemente) hacerse sin la presencia del heredero disidente; porque si se exigiera su presencia se le estaría proporcionando herramientas para boicotear la partición, en contra de la voluntad del legislador que pretende proporcionar un medio ágil y no jurisdiccional de poner fin a tales situaciones de indivisión"*.

A la vista de esta Resolución –que recordemos se refiere específicamente a un caso de contador-partidor dativo– parece que es suficiente para que la citación se tenga por hecha que sea *rehusada*, sea quien sea quien la rehúse; si bien, aunque el artículo 203 RN vigente ordena que *"cuando el interesado, o su representante se negare a recoger la cédula o prestase resistencia activa o pasiva a su recepción, se hará constar así, y se tendrá por realizada la notificación"*, lo cierto es que este precepto fue anulado parcialmente por STS de 20 de mayo de 2008 (29), que dejó sin efecto el inciso que aplicaba

(29) Por entender "que la regulación de la efectividad de la notificación, llevada cabo en persona distinta del interesado o su representante que se niegue a recoger la cédula o prestare resistencia a su recepción, se aparta del régimen general establecido en la Ley 30/92, en materia sujeta a reserva de ley –de irregularidad procedimental se califica por el Tribunal Constitucional el defecto de notificación o falta de la misma [ATC 261/2002, de 9 de diciembre (JUR 2003, 16706) y STC 186/1998, de 28 de septiembre (RTC 1998, 186)]–, estableciendo un supuesto de eficacia de la notificación no previsto en dicha ley e incompatible con la misma y con el principio de reserva de ley, ello sin perder de vista que la regulación de la Ley 30/92 trata de cumplir la finalidad propia de la notificación, que como señala el Tribunal Constitucional en Sentencia 64/1996 (RTC 1996, 64), es llevar al conocimiento de los afectados las decisiones con objeto de que los mismos puedan adoptar la postura que estimen pertinente, lo que puede justificarse cuando son los mismos o sus representantes quienes hacen inviable la notificación de cuya existencia, no obstante, toman conocimiento, pero resulta

la consecuencia jurídica de tener por hecha la notificación cuando quien se negare a recibirla fuera *"la persona con quien se haya entendido la diligencia"*, por lo que se podría dudar si se puede dar por realizada la citación cuando quien la rechaza es persona distinta al citado, o incluso no se sabe si es el citado, por ejemplo, porque el mismo se niega a identificarse. Para estos casos, la DGRN ha declarado en la Resolución de 19 de febrero de 2020 (7077/2020) que resuelve un recurso que se interpone contra una calificación de un Registrador Mercantil (30), que *"a la vista (de los artículos 202 y 203 RN), debe tenerse por efectuada la notificación (vid. el último párrafo del artículo 202, según el cual "la notificación o el requerimiento quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos en cualquiera de las formas expresadas en este artículo") siempre que se cumplan los procedimientos establecidos en el primer precepto, ya se haga la entrega de la documentación objeto de notificación personalmente o a través del servicio de Correos, ya se constate la negativa a la recepción por la persona –que sea el interesado o su representante– con quien se haya entendido la diligencia, o en su caso (si en el domicilio que corresponda no hay persona idónea que la recibiera) se lleven a cabo los dos intentos infructuosos de entrega de la cédula de notificación (uno de ellos por el notario de forma personal). Y es que, con carácter general, basta con asegurar la posibilidad razonable de que el notificado pueda informarse y conocer el contenido de lo que haya de comunicársele, sin que se exija o se imponga el resultado de que tenga un conocimiento efectivo"*.

Teniendo en cuenta ambas Resoluciones, parece que la DGRN mantiene un criterio divergente, puesto que en una considera que la negativa a recibir la citación no impedirá que se tenga por hecha, mientras que en la otra, solo otorga este valor cuando la negativa procede del citado o su representante.

Sin embargo, también podría defenderse que en realidad no existe tal discrepancia: la regla general es la que sostiene la Resolución de 19 de febrero de 2020, *de forma que si quien rehúsa la cédula no es quien debe ser notificado o su representante deberá repetirse la citación notarial por correo certificado con acuse de recibo*, pero

altamente cuestionable que ello se produzca cuando quien se niega a recibir la notificación es un tercero".

(30) Se trata de un cese y nombramiento de administrador, que conforme al 111 RRM se notifica al anterior administrador. Se hace la notificación por notificación personal notarial en el domicilio indicado en el Registro Mercantil. Pero se hace no con el interesado o sus representantes, sino con otras personas que se niegan a recoger la cédula.

tratándose de la citación del expediente del contador-partidor dativo notarial, esta regla general no se aplicará, sino que, como resulta de la RDGRN 29 de enero de 2020, si no se halla el citado, cualquiera que fuera la causa de que no se encuentre, incluido como resulta del caso de la Resolución, que quien se encuentre en el lugar designado para la citación se niegue a recibirla, se entenderá hecha, puesto que a tenor del artículo 1057.2 Cc la citación al heredero disidente solo es necesaria "*si su domicilio fuere conocido*" o lo que es su equivalente "*si fuere hallado*".

De todas formas y sin perjuicio de lo anterior, parece que la posición más prudente es que si la citación no puede ser entregada a alguno de los comuneros se proceda por el notario a su envío por correo certificado con acuse de recibo e incluso además se publique en el Boletín Oficial del Estado.

Por otro lado, es cierto que del artículo 1057.2 Cc resulta que no habrá que hacer la citación si el domicilio del interesado no fuera conocido pero *¿qué ocurrirá si fuera conocido?* Considero que si se conoce una vez iniciado el expediente no habrá problema en que se realice la citación, puesto que no establece el precepto el momento en que esta debe realizarse. Situación distinta será aquella en que la citación no se hace porque se dice por los promotores del expediente *que se ignora el domicilio cuando realmente lo conocen*.

A estos efectos, puede ser interesante traer a colación la STS 1 de junio de 2020 (1400/2020), que declara que "esta sala ha afirmado en múltiples resoluciones que una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta que permite la revisión de la sentencia es aquella en que incurre quien ejercita una acción judicial cuando oculta el domicilio de la persona contra la que va dirigida, a fin de que se le emplace o cite por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía (SSTS 129/2016, de 3 de marzo; 442/2016, de 30 de junio; 639/2016, de 26 de octubre; 34/2017, de 13 de enero; 346/2017, de 1 de junio, y 451/2017, de 13 de julio). Esta causa de revisión ha sido relacionada por la jurisprudencia con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el carácter subsidiario que, según la jurisprudencia constitucional, debe tener el emplazamiento o citación por edictos, de tal manera que solo cabe acudir a él como última solución cuando no se conoce el domicilio de la persona que deba ser notificada o se ignora su paradero por haber cambiado de domicilio". Es verdad que esta sentencia se refiere a la falta de suministro de datos que impiden notificar al demandado y que en nuestro caso no se trata de un procedimiento judicial, sino de un expediente de jurisdicción voluntaria, ni de notificar a un demandado, sino de ci-

tar a un interesado. Sin embargo, creo que si se demostrara que el interesado no fue citado aludiéndose la ignorancia de su domicilio cuando realmente era conocido por alguno de los promotores del expediente el mismo será inválido, y debería repetirse. Estaríamos ante uno de los contados defectos en que puede incurrir la tramitación del expediente.

Asimismo, considero que la apreciación de esta causa de invalidación corresponde a la vía judicial cuando se recurra judicialmente el expediente, sin perjuicio de que durante la tramitación notarial del expediente podría alegarse, lo que debería llevar al notario a superar el vicio mediante la realización de la citación omitida.

Finalmente, propongo que la citación esté formada por una copia simple de la escritura de solicitud de nombramiento de contador-partidor dativo en la que se haga constar que el notario fue requerido para que tramitara un expediente de nombramiento de contador-partidor dativo destinado a extinguir el condominio, haciendo constar los datos de la notaría y el derecho que tiene a comparecer ante el mismo notario para hacer las alegaciones que estime pertinentes, advirtiéndole que si no lo hace en un determinado plazo el notario deberá entrar a valorar la regularidad de la solicitud y proceder a pedir al Colegio Notarial que le suministre los datos de un perito (artículo 50 LN) para proceder a su nombramiento como comisario dativo.

6. ¿Se debe citar por edictos o BOE a aquellos cuyo domicilio resulte desconocido?, y ¿por correo electrónico?

El artículo 1057.2 Cc dice que no se les citará, a diferencia de lo que sucede en otros expedientes como en el de la apertura del testamento cerrado o el beneficio de inventario, pero si lo ve conveniente el notario podría hacerlo, como indirectamente lo reconoce la RGRN 30 de noviembre de 2016, y considero que será aconsejable; sin que su omisión pueda viciar el expediente, puesto que la LN a diferencia de otros expedientes no impone el uso de esta figura.

Por último, se plantea el problema de las *comunicaciones por correo electrónico*. Considero que la citación debe ser al domicilio suministrado y esta comunicación no se puede suplir por el simple envío de un email, ya que ni el Cc ni la legislación notarial prevén este medio como medio idóneo para hacer citaciones ni el notario puede dar fe de quién ha recibido la citación. Ello no obstante, como en esta materia cualquier prudencia es poca, considero que si se

ignora el domicilio de algún citado o no se le localiza y se conoce su dirección de correo electrónico el notario podría enviar el correspondiente correo, de lo cual dará fe en la pertinente diligencia, y además realizará las correspondientes publicaciones en el BOE o en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, o enviará la citación por correo electrónico con acuse de recibo.

V. LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN POR EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO: EXAMEN DEL ARTÍCULO 404 CC

Una vez realizadas las citaciones, y nombrado el comisario dativo, corresponde al mismo realizar la división de la cosa común. Las opciones que tiene en realidad son limitadas: si la cosa es *divisible* procederá a su división en partes proporcionales a las cuotas de los comuneros, si es *indivisible* podrá adjudicarla a uno de los comuneros que deberá indemnizar a los demás, o de ser posible –lo que es dudoso– venderla en subasta y el importe obtenido repartirlo entre los comuneros.

1. La división de la cosa común cuando esta es divisible

Si la cosa fuera física, jurídica y económicamente divisible el contador-partidor dativo deberá proceder a su división, por ejemplo, cuando recaiga sobre acciones admitidas a cotización o participaciones en fondos de inversión. Más dudoso será cuando recaiga sobre participaciones sociales, puesto que aunque las mismas en principio son divisibles, lo cierto es que la STS de 28 de julio de 2019 (RJ 2020\2477) concluye que *“no resultará razonable acordar la subasta, aunque lo pida uno de los partícipes cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado”*, y esta es una afirmación muy importante para el problema que estamos debatiendo porque permite sustentar que a la luz de esta sentencia el notario que conoce de un expediente de contador-partidor dativo podría negarse a suspender el mismo cuando se solicitara por un comunero la venta judicial *cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado*.

Viene a considerarlas económicamente indivisibles porque en el caso concreto implicaban que uno de los partícipes quedaba en minoría en una sociedad familiar con la dificultad adicional de que al-

guien distinto a los socios esté interesado en comprar las participaciones sociales adjudicadas, por lo que su valor económico quedaba muy devaluado.

Si la comunidad recae sobre dinero la solución es más sencilla porque este es esencialmente divisible. En cambio, si lo poseído en común es un inmueble la situación se complica tal y como vemos en el epígrafe siguiente.

1.1. División de inmuebles que pertenecían a varios en común. En especial el problema de si el contador-partidor dativo puede constituir la propiedad horizontal

El contador-partidor dativo únicamente podrá dividir los inmuebles si son divisibles o si siendo varios tienen un valor equivalente a las cuotas, así, por ejemplo, no podría dividirlo cuando lo que pertenece en común son una vivienda y un local y el valor de los mismos no encaja con el valor de las cuotas abstractas.

Respecto a la división cuando sea posible, tratándose de una finca rústica, las fincas en que se pretenda dividir deberán tener una superficie superior a la unidad mínima de cultivo y obtenerse por el comisario dativo la pertinente licencia o declaración de innecesariadad.

Tratándose de fincas urbanas hay que distinguir dos posibilidades: que se trate de un solar o de un piso o local en régimen de propiedad horizontal. Tratándose de un solar deberá obtenerse la correspondiente licencia y que las porciones resultantes sean superiores a la unidad mínima edificable.

En cuanto a los pisos y locales en propiedad horizontal serán divisibles siempre que su resultado tenga una superficie suficiente con arreglo al planeamiento urbanístico y cumplir cumulativamente dos requisitos que vamos a analizar: que se autorice por el Ayuntamiento correspondiente y que se apruebe la división por un acuerdo de la comunidad de propietarios adoptada por las 3/5 partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 partes de las cuotas de participación⁽³¹⁾.

(31) Así resulta del artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal cuando señala que "requerirán autorización administrativa, en todo caso: (...) b) Cuando así se haya solicitado, previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes (...) cuando concurran los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido

De manera que son dos los requisitos: autorización administrativa y de la comunidad de propietarios.

En cuanto al primero, ha sido objeto de una interpretación por la DGRN que la misma califica de "consolidada", en las Resoluciones de 23 de marzo 2015 (BOE 17 de abril 2015), 28 de mayo de 2014 y de 17 de octubre del mismo año, en cuya virtud *"los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación"*.

En cuanto al segundo, el mismo se recoge en el art. 10.3 LPH, que fue modificado por Ley 8/2013, de 26 de junio. Con anterioridad nada decía al respecto, aunque existía una doctrina consolidada en la DGRN por la que se exigía la mayoría necesaria para modificar el título constitutivo, esto es, unanimidad salvo que la división estuviera prevista en los estatutos de la comunidad de propietarios.

Tras la reforma la DGRN se preguntó si podía mantenerse la misma doctrina, y en la Resolución de 7 de mayo de 2014 (BOE 3-7-2014)(32), tras recordarnos cuál había sido tradicionalmente la

de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio".

Que a su vez declara: "La constitución y modificación del complejo inmobiliario deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma. No será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes: a) Cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel. b) Cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos. A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos".

(32) En la que se nos dice "en este expediente se cuestiona si pueden o no acceder al Registro de la Propiedad las cláusulas estatutarias del régimen de propiedad horizontal de un edificio transcritas en la nota de calificación que permiten a los titulares de las fincas realizar, sin necesidad de consentimiento o autorización de la junta de propietarios, la subdivisión y segregación de las mismas e incluso la desvinculación de los anejos, sin alteración de las cuotas de los restantes, así como agregar y agrupar las

postura del Centro Directivo al respecto, y decirnos que “*esta Dirección General ha admitido la validez de las cláusulas como las ahora debatidas por las que se permite la división, segregación, agrupación o agregación de elementos privativos sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios*”, citando varias Resoluciones que expresamente admitieron este tipo de cláusulas(33), e incluso la SSTS de 15 de noviembre de 2010 y 25 de febrero de 2013, finalmente concluía que “la modificación legal no limita la autonomía de la voluntad respecto de la posibilidad de configurar el derecho real adquirido en régimen de propiedad horizontal con autorizacio-

expresadas fincas con otras colindantes, aunque pertenezcan a un inmueble distinto, tanto horizontal como verticalmente, abriendo al efecto las puertas y accesos necesarios”.

(33) Ya la Resolución de 31 de agosto de 1981 se inclinó por la validez de este tipo de cláusulas que, respetando el mandato legal de no alteración de las cuotas de los restantes pisos o locales, tienen apoyo en la autonomía de la voluntad, fundándose para ello en que, más que prescindir del acuerdo de la junta de propietarios, se anticipa el consentimiento exigido al hacerlo en el momento de redactarse la norma estatutaria. En Resolución de 26 de febrero de 1988 se consideró que, en la concepción del legislador, el derecho sobre cada piso o local es un derecho de propiedad, por lo que el propietario puede, en principio, disponer del piso o local sin más limitaciones que las establecidas por las leyes (cfr. artículos 348 y 396 del Código Civil y 3 de la Ley sobre Propiedad Horizontal); y se añade que el párrafo último del artículo 395 del Código Civil debe, en consecuencia, ser entendido de acuerdo con las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1968 y 5 de mayo de 1986, en el sentido de que esta forma de propiedad se rige por la voluntad de los interesados, salvo cuando las disposiciones legales especiales impongan con carácter imperativo otro régimen. Por ello se concluía que, teniendo en cuenta los intereses en juego, no cabía dar carácter imperativo a las prescripciones del –actualmente derogado– artículo 8 de la Ley sobre Propiedad Horizontal, por no existir para ello razones de orden público que lo justificaran. Se afirmaba que imponer en todo caso para la modificación de las entidades hipotecarias la aprobación de la junta de propietarios, exigiendo su unanimidad, implicaría otorgar imperativamente a cada uno de ellos un exagerado derecho de veto que, además de prestarse a abusos de imposible o complicado remedio, podría constituir sin justificación suficiente un grave obstáculo para que los edificios sean jurídicamente estructurados del modo más adecuado a su aprovechamiento económico, con el consiguiente detrimento de la economía nacional. Se consideraba que si se procede por uno solo de los propietarios a las divisiones o agrupaciones permitidas en el título constitutivo no se trata de modificar las reglas de dicho título (modificación que según la Ley especial exigía el acuerdo por unanimidad de la junta) sino de simple aplicación de las mismas mediante el ejercicio de las facultades en ellas conferidas. Y añade dos Resoluciones más en las que se admiten, la de 19 de junio de 2012 y la de 21 de junio de 2013.

nes estatutarias como la ahora debatidas. El hecho de que para el caso de inexistencia de tales cláusulas estatutarias se flexibilice el régimen legal de mayorías en la adopción de los acuerdos relativos a las modificaciones del título constitutivo consistentes en división, segregación o agregación de elementos privativos, exceptuando la regla de la unanimidad en casos en que no se considera justificada, *no impide que se configure voluntariamente de forma expresa un régimen aún más flexible*, habida cuenta de la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad en supuestos como el presente, en el que no existen razones de orden público para afirmar el carácter imperativo de la normativa recientemente modificada en relación con los extremos ahora debatidos –exoneración de la obligatoriedad de acuerdo de la junta de propietarios–, todo ello al margen de que en este régimen legal se requiera expresamente para determinados casos –con carácter imperativo– la obtención de la oportuna autorización administrativa (...). Finalmente, en relación con la determinación de las cuotas que correspondan a cada uno de los nuevos elementos resultantes de las referidas operaciones de modificación de los elementos privativos, baste decir que el acuerdo será inevitable en aquellos casos en los que no se establezca en la cláusula estatutaria el método de cálculo para la fijación de dichas cuotas, circunstancia que por sí sola constituiría un obstáculo para el acceso al Registro de la Propiedad de la cláusula exoneradora, dado que sería necesario en todo caso al acuerdo de junta para su fijación, perdiendo su sentido dicha cláusula”.

Un problema interesante es qué ocurrirá cuando el contador-partidor dativo pretenda extinguir el condominio mediante la constitución de una propiedad horizontal sobre la cosa común y su división, adjudicando a cada condueño pisos o locales de valor proporcional a sus cuotas. En suma, *¿puede el contador-partidor dativo otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal?*

La Resolución de 26 noviembre 2004 (RJ 2005\217) reconoce que *“en principio, ningún obstáculo habría para admitir que el contador-partidor está facultado para formalizar el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal cuando este régimen ya exista y aunque deba ser completado para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 401, párrafo segundo, y 1061 del Código Civil”*.

De manera que admite que el contador-partidor podrá dividir la cosa común horizontalmente siempre que *“el régimen de propiedad horizontal ya exista”*, y ¿cuándo este existe? Pues bien, según la Resolución DGRN de 5 octubre 2002 (RJ 2002\10175) *“el régimen de propiedad horizontal existe desde el momento en que uno de los*

pisos o locales de un edificio susceptible de aprovechamiento independiente pase a ser propiedad de un tercero distinto del que lo sea de los restantes (SSTS de 19 de febrero de 1971, 25 de mayo de 1984; resoluciones de 18 de julio de 1995 y 6 de junio de 1998) (34) y así ha venido a sancionarlo de forma expresa el artículo 2 b) tras la reforma de que fue objeto por la Ley 8/1999, de 6 de abril” (35).

Por consiguiente, dos son los requisitos para que podamos entender que existe propiedad horizontal de hecho: que existan elementos comunes, y además más de un piso o local susceptible de aprovechamiento independientes y que uno de estos pase a ser propiedad de un tercero distinto del que lo sea de los restantes, por lo que no existiría propiedad horizontal de hecho cuando los distintos pisos o locales pertenecen a los mismos copropietarios.

No obstante, no estoy de acuerdo con la posición que adopta la DGRN. Por supuesto es más sencillo defender que el contador-partidor dativo puede otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal cuando esta ya existía de hecho –porque en el fondo su actuación consistirá en un mero acto debido que no tenía más remedio que hacer–, pero creo que el enfoque del Centro Directivo es incorrecto, lo realmente importante no es que existiera la propiedad horizontal, sino que la cosa común sea susceptible de dividirse horizontalmente, para lo que se precisará conforme al artículo 396 Cc

(34) Y en la misma línea la RDGRN 26 noviembre 2004 (RJ 2005\217) “en el presente caso, el régimen de propiedad horizontal comenzó desde el momento mismo en que una de las partes del inmueble susceptible de aprovechamiento independiente pasó a propiedad de personas distintas –una de las ahora herederas y su esposo– de la que lo era del resto de dicho inmueble [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1971 (RJ 1971, 1343), 25 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2549), 24 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6278) y 24 de julio de 1995 (RJ 1995, 5600); las Resoluciones de 18 de junio de 1991 (RJ 1991, 4656), 18 de julio de 1995 (RJ 1995, 5578), 5 junio 1998 (RJ 1998, 5225), y 26 de septiembre (RJ 2002, 9535) y 5 de octubre de 2002 (RJ 2002, 10175); y artículo 2, letra b, de la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960, 1042), redactado por la Ley 8/1999, de 6 de abril (RCL 1999, 879)]”.

(35) Conforme a dicho precepto se precisa que se reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 Cc, y por tanto que existan elementos comunes (lo cual es muy sencillo, puesto que conforme al artículo 396 Cc lo serán el solar y la fachada) y más de un elemento susceptibles de aprovechamiento independientes (elementos privativos, esto es, pisos o locales), y que además no pertenezcan todos ellos a una misma persona, sino que tengan varios propietarios tal y como resulta del art. 2 b) LPH que habla de comunidades, lo que presupone más de un propietario y del propio artículo 396 Cc y en general de toda la LPH.

y la LPH que esté constituida por un edificio que tenga elementos comunes, para lo que bastará con que tenga solar o fachada, y sobre todo tenga distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente.

En fin, la clave, como parece olvidar la DGRN, es que el contador-partidor no solo tiene la facultad de constituir de la propiedad horizontal porque *es una forma de dividir la cosa común como se desprende del párrafo 2º del artículo 396 Cc*, sino que además tiene la *obligación de hacerlo* cuando cualquier comunero lo solicite, tal y como ordena el párrafo 2º del artículo 401 Cc cuando declara que *"si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo trescientos noventa y seis"*; e incluso yendo más lejos se puede concluir que el contador-partidor no tiene otro remedio que constituir la propiedad horizontal, aunque no se le solicite, cuando esta sea la única forma de dividir el edificio que era poseído en común.

En definitiva, cuando la copropiedad recae sobre un edificio que sea susceptible de dividirse horizontalmente(36), o parte del mis-

(36) Porque se encuentra formado por varios pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente con acceso a la vía pública o a un elemento común directamente o a través de una servidumbre de paso, puesto que respecto a esta última nos dice la Resolución de 12 noviembre 1997 (RJ 1998\5219), en su Fundamento de Derecho 2º "La constitución del régimen de Propiedad Horizontal, en cuanto modo de división de una cosa común (cfr. artículo 400 del Código Civil), exige que las distintas partes del mismo, que pasen a ser objeto de propiedad separada, sean susceptibles de aprovechamiento independiente (cfr. artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal), esto es, que para el adecuado goce de cada una de las partes privativas no se precise el uso de los otros elementos privativos. El legislador materializa esta exigencia en la salida directa a la vía pública o indirecta, a través de los elementos comunes del edificio, y aunque es cierto que no son estas las únicas posibilidades que garantizan el aprovechamiento independiente de cada elemento privativo (cfr. Resolución de 27 mayo 1983), no lo es menos, que en el caso debatido no puede entenderse satisfecha esa exigencia legal, toda vez que el aprovechamiento de la vivienda en cuestión no queda asegurado de un modo jurídicamente estable y definitivo, sino que se supedita a una circunstancia meramente coyuntural, la común titularidad dominical de ambas viviendas, cuya desaparición podría dar lugar a una amortización de la vivienda cuestionada, o al planteamiento de litigios sobre si procedería y, en su caso, quién habría de soportar la correspondiente servidumbre de paso (cfr. artículos 564 y 567 del Código Civil)".

mo que lo sea de constituir una subcomunidad (37), solo tiene el contador-partidor dativo dos opciones: o dividirlo constituyendo una propiedad horizontal y adjudicando pisos y locales concretos a cada comunero proporcionalmente a su cuota, o reputarlo como económicamente indivisible –puesto que jurídicamente lo es– y adjudicarlo a uno de los condueños que deberá indemnizar a los demás.

Sin embargo, es muy importante tener en cuenta que el contador-partidor dativo está legitimado, incluso en ocasiones obligado, a dividir la cosa común creando una propiedad horizontal, pero no lo está para dar a esta el régimen jurídico que quiera, tal y como resulta de la Resolución de la DGRN de 26 noviembre 2004 (RJ 2005\217), cuando nos recuerda que *“habida cuenta del contenido concreto del título constitutivo con las disposiciones estatutarias antes reseñadas, que comportan actos de riguroso dominio, ha de entenderse que quedan fuera del ámbito de actuación del contador-partidor y competen a quien tiene el poder de disposición sobre los bienes (cfr. artículos 397, 399 y 1051 y siguientes del Código Civil) o, en su caso, a quien ostente la representación legal de la herencia, representación que en modo alguno es inherente al cargo de contador designado solo para efectuar la partición de los bienes”*.

De nuevo el problema es determinar qué concretas disposiciones estatutarias puede reputarse que comportan actos de riguroso dominio. En principio, parece sensato sostener que no implicarán actos de riguroso dominio, y por tanto podrá incluir el contador-partidor dativo en los estatutos de la comunidad de propietarios todas aquellas *cláusulas que se limiten a reproducir disposiciones legales, o que estén consuetudinariamente aceptadas*, y sobre todo, aunque en abstracto pudieran ser consideradas como actos de riguroso dominio en el caso concreto no lo sean por ser actos debidos ya que *se limitan a reconocer una situación de hecho consolidada*, por ejemplo, el que los propietarios de los locales no contribuían a los gastos de mantenimiento de elementos comunes que no usaban, o que determinado elemento común solo es usado por los ocupantes de ciertos elementos privativos. De todas formas, en estos últimos dos casos creo que aunque es defendible que el contador-partidor dativo pueda incluir este tipo de cláusulas en la escritura de constitución de la propiedad horizontal su inclusión en la misma debe estar suficientemente justificada; justificación además que deberá convencer al notario cuando el mismo –de ser necesario por no consentirla todos

(37) Por ejemplo, un edificio con varias plantas destinadas a un local comercial y otras superiores destinadas a vivienda.

los condueños– deba proceder a aprobar la división realizada por el contador-partidor dativo.

1.2. *La división de la cosa común cuando esta es indivisible*

El precepto clave es el artículo 404 Cc, que dispone que “*cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio*”.

Lo primero que llama la atención es que según su tenor literal deben ser los condueños los que convengan que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, ¿podrá hacerlo en su lugar el contador-partidor dativo? Yo creo que sí, porque si la cosa es indivisible es la única forma de poner fin al condominio y, sobre todo, porque el comisario dativo sustituye a los condueños a la hora de practicar la división, y el notario a estos a la hora de consentirla.

Lo segundo es cómo interpretar la categoría de *esencialmente indivisible*, es decir, *¿cuándo la cosa será esencialmente indivisible?* El artículo 1062 Cc que complementa el artículo 404 vía remisión general del artículo 406 Cc nos da una pista y nos habla de “*cosa indivisible o que desmerezca mucho por la división*”, y el artículo 401 Cc cuando ordena que no podrá pedirse la división de la cosa común cuando de hacerla *resulte inservible para el uso al que se la destina*, por lo que a tenor de ambos preceptos una cosa será indivisible cuando jurídica y físicamente no se puede dividir, y cuando aun pudiendo dividirse de hacerlo resultará la cosa inservible para el uso al que se destina, o cuando aun manteniéndose servible desmerezca mucho por la división.

Por consiguiente, una cosa es indivisible *cuando físicamente no pueda serlo, y aun cuando pueda serlo si jurídicamente es indivisible*, o de serlo cuando sea económicamente indivisible, entendiendo por tal cuando su división hace la cosa inviable para el uso al que se destina o provoca un desmerecimiento en la misma, o bien la división provocaría que los comuneros incurrieran en gastos considerables.

Vamos a analizarlas:

A. Indivisibilidad física

Una cosa es físicamente indivisible cuando no se puede dividir sin destruirla, por ejemplo una estatua, una mascota que pertenecía a

una pareja que se separa, o el caso de un vehículo (Dirección General de Tributos Consulta V0615-09, de 26 de marzo de 2009).

En el caso de los inmuebles es difícil pensar que no sean físicamente divisibles, pues aunque su fraccionamiento diera lugar a porciones minúsculas siempre, en pura teoría, podría hacerse.

B. Indivisibilidad jurídica

La *jurídica* tiene lugar cuando la cosa físicamente es divisible pero no es posible hacerlo porque el ordenamiento jurídico no lo autoriza.

Tratándose de *bienes muebles* son jurídicamente indivisibles, por ejemplo, los títulos valores, o las acciones y las participaciones sociales, cuando el artículo 90 LSC declara que "*las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y las acciones en la sociedad anónima son partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social*", o una colección de cuadros u obras de arte en la que la normativa protectora del patrimonio artístico o histórico prohibiera su división.

En los *inmuebles* diferenciaremos entre fincas rústicas y fincas urbanas.

Respecto a las *rústicas*, serán indivisibles cuando su división dé lugar a porciones que no respeten la unidad mínima cultivo conforme a los artículos 24 y 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, y la determinación de la Unidad Mínima de Cultivo por la respectiva legislación autonómica.

En cuanto a las *urbanas*, debemos diferenciar entre parcelas o solares y viviendas, las parcelas o solares serán jurídicamente indivisibles cuando su fragmentación dé lugar a porciones inferiores a la parcela mínima edificable determinada por el planeamiento urbanístico. Respecto a las viviendas, la indivisibilidad jurídica viene marcada por la necesidad de que la división, como hemos visto, sea autorizada por licencia municipal, y además tratándose de una vivienda sujeta a propiedad horizontal a la autorización de la comunidad de propietarios. De manera que la imposibilidad de obtener cualquiera de estas justificaría la consideración de la vivienda como indivisible.

C. Indivisibilidad económica

Recordemos que es la que se produce cuando en el inmueble, a pesar de que sea física y jurídicamente divisible, su fraccionamiento haría que fuese inservible para el uso a que se destina, o bien provocaría un anormal desmerecimiento en el mismo, u originaría gastos considerables a los partícipes (38). El problema en este caso, mucho más acusado que en los vistos de indivisibilidad física y jurídica, es que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, cuya apreciación tiene mucho de subjetivo, y de ahí se explica que la jurisprudencia –sobre todo fiscal– en casos similares haya considerado, en ocasiones, que hay indivisibilidad económica y otras la haya rechazado.

De todas formas, hay que partir de la premisa que cuando la copropiedad recaía sobre un único inmueble es sencillo sostener su indivisibilidad, ya que como declara la Dirección General de Tributos, en Consulta V2311-08 de 4 de diciembre de 2008, en un principio los inmuebles tienen la consideración de indivisibles, puesto que es frecuente que se les considere como *“un bien que si no es esencialmente indivisible, sí desmerecería mucho por su división”* (TEAR de Madrid, Resoluciones de 15 de junio de 1992 y de 8 de junio de 1995), por lo que los problemas a la hora de apreciar la indivisibilidad proceden, sobre todo, de los casos en que el condominio recaía sobre varias fincas.

De nuevo, vamos a distinguir entre fincas rústicas y urbanas.

Comenzando con las *rústicas*, el punto de partida es valorar si a pesar de que la copropiedad recaía sobre varias fincas estas tienen el carácter de divisibles porque constituyen una unidad, o una explotación única cuyo fraccionamiento daría lugar a porciones de inferior valor que a la de la suma de todas ellas. En fin, la clave parece ser que hay que fijarla en la idea de unidad orgánica, y así, tanto se

(38) Como declara la STS de 3 de febrero de 2005 (Recurso 3544/1998) “la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de indivisibilidad jurídica es pacífica, habiendo declarado numerosas sentencias (entre las que cabe citar las de 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996 y 12 de marzo de 2004) que la misma puede obedecer, bien a resultar (caso de división) inservible la cosa para el uso a que se destina, bien a un anormal desmerecimiento, ora a la originación de gastos considerables a los partícipes”.

trate de una explotación ganadera (39), agrícola (40), o un coto de caza, aunque tratándose de estas dos últimas, la prueba de su indivisibilidad es más sencilla cuando se trate de una explotación agraria prioritaria y su división daría lugar a alguna finca cuya superficie haría perder la categoría de explotación agrícola prioritaria (41), o de un coto de caza cuando las fincas resultantes no permitirían continuar destinándolas a coto de caza porque su superficie no cumpliría la determinada para estos usos por la normativa autonómica correspondiente (42).

Tratándose de fincas urbanas, siguiendo a DÍAZ CADÓRNIGA (43) varias son las posibilidades que pueden darse:

En el caso de que el condominio recaiga sobre una *vivienda y una plaza de garaje*, para considerar al garaje como indivisible es necesario que o bien sea anejo al piso o bien constituya junto a la vivienda una *unidad funcional*, de forma que su separación provocará que el conjunto desmereciera mucho en su valor o no pudiera destinarse plenamente al uso que le es propio, esto es el de vivienda con una o varias plazas de garaje a su servicio; en tal sentido la

(39) Una STSJ de Extremadura de 25 de julio 2005 considera que la menor rentabilidad resultante de su división en parcelas superiores a la unidad mínima de cultivo no es suficiente para no considerarla económicamente indivisible, pero al final parece que cuestión de prueba, de manera que como apunta DÍAZ CADÓRNIGA, J. (*Extinción de la copropiedad o condominio: aspectos fiscales*, Editorial Bosch, Barcelona 2012, p. 73) será necesario valorar cada supuesto particular para apreciar la concurrencia o no del posible desmerecimiento.

(40) Una STJ de Andalucía de 14 de marzo de 2011, Recurso 31417/2003 considera que no es bastante que la división obligue a realizar obras que impliquen gastos, e incluso que sea antieconómico, puesto que lo importante es que ese desmerecimiento alcance un rango suficiente. Es decir, no basta con que sea antieconómico, es menester que esta circunstancia alcance un determinado rango, o dicho de otra forma, no es suficiente con cualquier desmerecimiento.

(41) Como resulta de la Consulta V2749-11 de 21 noviembre de 2011, de la Dirección General de Tributos, si se trata de una explotación agraria prioritaria cuyo fraccionamiento determinaría la pérdida de tal carácter, resulta indudable la concurrencia del desmerecimiento en caso de producirse la división de esta.

(42) La STSJ de Andalucía de 25 de septiembre de 2001 consideró que la adjudicación de dicho coto de caza con compensación en metálico estaba sujeta a TPO (y por tanto la consideraba indivisible) porque en aplicación de la legislación sobre caza se requería que la finca tuviese una superficie mínima.

(43) DÍAZ CADÓRNIGA, J., *Extinción de la copropiedad o condominio: aspectos fiscales*, Editorial Bosch, Barcelona 2012, pp. 71 y ss.

Consulta de la Dirección General de Tributos, de 15 de septiembre de 2003 e incluso una Consulta V1873-06, de 20 de septiembre de 2009, considera que pueden incluirse como indivisibles hasta dos garajes con la vivienda.

Si se trata de una *explotación hotelera* hay que tener en cuenta la normativa autonómica que regula este tipo de establecimientos, la cual se refiere en todo momento a la denominada "*unidad de explotación*". Por lo que aunque es posible dividirlos horizontalmente, la unidad funcional que preside la finca destinada a hotel debe llevarnos a considerarlo económicamente indivisible. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 17 de mayo de 2007, STSJ Canaria en Sentencia de 19 de febrero de 2002, y también por el STSJ Galicia en Sentencia de 31 de octubre de 2001.

En cuanto a los locales comerciales habrá que estar a cada caso concreto, si bien en el caso de *oficina de farmacia* este es indivisible, tal y como reconoce la jurisprudencia⁽⁴⁴⁾ y la Dirección General de Tributos cuando en Consulta 0643-99, de 28 de abril de 1999, declara que "*parece que la indivisión viene establecida por imperativo legal*".

2. El problema de la copropiedad que recae sobre varias cosas

El supuesto a debatir es el de una comunidad que recae sobre varias cosas y se pretenda adjudicar todas ellas a uno solo de los comuneros.

Lo primero que habrá de resolver es si estamos ante un única copropiedad o varias, es decir ¿basta con que los comuneros sean los mismos y en la misma proporción para que exista una sola copropiedad integrada por varios bienes o estaremos ante tantas comunidades como bienes pertenecidos en común?

Considero que la clave es la unidad causal, es decir, que los distintos bienes estén relacionados entre sí, con un vínculo mayor que el de simplemente coincidir en los cotitulares, sin perjuicio de que ese sustrato de unidad causal en muchas ocasiones encubre una sociedad interna, o directamente una sociedad civil o mercantil⁽⁴⁵⁾,

(44) En SSTSJ de Castilla y León, sede Burgos, de 10 de octubre de 2005 y sede Valladolid, de 25 de octubre de 2007, así como las del TSJ de Navarra, de 27 de septiembre de 2007 y 9 de octubre de 2007, y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2011.

(45) Nos estamos refiriendo a aquellas comunidades de bienes que actúan en el tráfico incluso ostentan un NIF. Para la doctrina tradicional son

es decir, me refiero a aquellos supuestos en que se realiza una actividad económica a través de una comunidad de bienes, en las llamadas comunidades societarias o empresariales (46), en las que

verdaderas comunidades de bienes que se regirán por los arts. 392 y ss. Cc y que, por tanto, no tienen personalidad jurídica, por lo que no pueden ser sujetos activos o pasivos de relaciones jurídicas, ya que lo serán los comuneros. Y esta tesis se apoya en la idea de que la sociedad mercantil es la que conforme al art. 116 Cdc se haya constituido con arreglo a las formalidades exigidas por el art. 119 Cdc (es decir, escritura pública más inscripción en el Registro Mercantil). Lo que es criticado por PAZ-ARES ya que si el art. 119 Cdc ordena que se inscriban las sociedades mercantiles, es porque ya existen, es decir se inscriben en el Registro mercantil porque previamente son sociedades mercantiles.

Sin embargo para la doctrina moderna, encabezada por PAZ-ARES, estamos ante verdaderas sociedades que por su actividad podrán ser mercantiles, en cuyo caso se sujetarán a las normas de la sociedad colectiva –tipo general de las sociedades mercantiles, o civil, en cuyo caso se aplicarán las normas de la sociedad civil. La idea clave es que para estar ante una sociedad no es imprescindible que se haya expresamente pactado como tal e inscrito en el Registro Mercantil, por lo que lo verdaderamente importante como dice GIRÓN TENA es que concurren tres requisitos: origen negocial, fin común, y promoción en común del fin social.

De manera que aunque el ente creado revista la forma de una comunidad de bienes si actúa en el tráfico con ánimo de lucro y promocionando por los comuneros el fin social estaremos ante una verdadera sociedad.

Y, en consecuencia, si bajo la forma de comunidad de bienes realiza con habitualidad una actividad mercantil (lo que es relativamente frecuente) quedará sujeta como persona jurídica al estatuto del comerciante y como contrato a las normas del tipo general mercantil que es el de sociedad colectiva. Y ello resulta de que el art. 122 Cdc no contenga una enumeración *numerus clausus* de sociedades mercantiles y, sobre todo, de que el art. 1 Cdc nos diga que son comerciantes “los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente”.

(46) O como las denomina la STS 16 de septiembre de 2020 (Roj: STS 2933/2020) “comunidades funcionales que trascienden la mera copropiedad, actuando unificadamente en el tráfico, con estructura, organización, pactos sociales, representación y fines propios. Se trata de una comunidad de bienes –de las también denominadas doctrinalmente como “dinámicas” o “empresariales”– que presenta una serie de notas recogidas por la sentencia para el caso concreto y que abstraídas del mismo serían las siguientes:

- (i) origen convencional. Añadiendo la sentencia que debe estar formalizada en escritura pública;
- (ii) vinculada funcionalmente a una determinada actividad empresarial (en el caso de la sentencia de explotación de huertos solares);
- (iii) que presenta características propias de las sociedades irregulares (de tipo colectivo);
- (iv) dotada de una organización estable, a través de un órgano de administración regulado en sus estatutos (con atribución de amplias facultades

parece que se aplicarían, al menos internamente, entre los socios las normas de la sociedad civil o de la sociedad colectiva según el objeto fuera civil o mercantil, por lo que no podríamos hablar propiamente de división de la cosa común, sino de disolución y liquidación con el correspondiente reparto del haber social entre los socios-comuneros.

De todas formas, cuando hablamos de *unidad causal*, me refiero a la misma en el sentido de *función económico social única*, aunque las cosas comunes se hubieran adquirido en virtud de distintos negocios jurídicos.

Una vez aclarado que estamos ante una única copropiedad aunque integrada por distintos bienes, el siguiente paso es dilucidar si los distintos objetos forman orgánica, económica o funcionalmente una *unidad*, por ejemplo, en el supuesto de una colección de arte que aunque esté integrada por distintos cuadros tiene mayor valor si se mantiene la unidad, o el caso habitual de una vivienda con una plaza de garaje (ambas distintas fincas registrales) en el mismo edificio que se compran conjuntamente.

En todos estos casos la tensión se produce entre dos posibles alternativas: o entender que se aplica el artículo 1061 Cc vía remisión del artículo 406 Cc, y por tanto se debe extinguir el condominio entregando a cada comunero bienes de la misma clase, especie y calidad; o por el contrario, entender que estamos ante un caso de indivisibilidad económica o funcional, por lo que todos los bienes se deberán entregar a uno de los condueños. Creo que esta última es la mejor solución y la que mejor se adapta con el tenor literal y el espíritu de los artículos 402, 404 y 1062 del Cc, y es que como concluye la STS 8 julio de 2020 (RJ 2020\2477) "*la posible igualdad de lotes (art. 1061Cc), como muestra el art. 1062 Cc, solo juega cuando los bienes sean divisibles o no desmerezcan mucho en su división*".

Ya hemos visto cuando la cosa común será indivisible y por tanto deberá dividirse adjudicándose a alguno de los comuneros, ahora examinaremos los problemas que se presentarán al contador-partidor dativo a la hora de ejecutar esta forma de dividir.

de gestión y representación) y financiero-contable (igualmente regulada en sus estatutos);

(v) que actúa en el tráfico como centro de imputación de determinados derechos y obligaciones, entre ellos los de naturaleza tributaria, como sujeto autónomo u obligado tributario (art. 35.2 de la Ley General Tributaria);

(vi) además, ostenta legalmente la condición de empresario a efectos laborales (art. 1 del Estatuto de los Trabajadores).

VI. LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO MEDIANTE LA ADJUDICACIÓN DE LA COSA COMÚN A UN COMUNERO INDEMNIZANDO A LOS DEMÁS

Al menos dos cuestiones polémicas hay que analizar: la primera, si el contador-partidor dativo puede imponer la adjudicación de la cosa común so excusa de su indivisibilidad a uno de los comuneros *sin contar con su voluntad*; y la segunda, si se acude a la subasta si esta puede ser *notarial*.

En cuanto a la primera, la duda es si el contador-partidor dativo puede sin el consentimiento del adjudicatario imponerle, de un lado, el que adquiera la totalidad de la cosa común, y del otro, el que contraiga la obligación de indemnizar en metálico a los demás comuneros.

Hay argumentos para defender que el contador-partidor dativo no puede por sí solo, sin consentimiento del comunero afectado realizar dicha adjudicación, puesto que ello implica el vulnerar dos principios: primero, el principio de que nadie puede adquirir un bien o derecho sin contar con su voluntad; y segundo, en cuanto le está imponiendo indemnizar a los demás comuneros en metálico, el que no se le puede obligar a contraer una obligación sin su consentimiento. En esta línea, aunque relativo al caso de la división del patrimonio ganancial, se encuentra el Voto Particular del magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo don J. L. Seone Spiegelberg, al fallo de la STS 28 de julio 2020 (458/2020) cuya ponente ha sido Mª. A. Parra Lucán. En dicho Voto se declara en su punto 13º que *"la adjudicación particional cuestionada es incompatible con las funciones propias de un contador, que se circunscriben a dividir los bienes del activo inventariado, sin que dentro de sus atribuciones se encuentren la posibilidad de sustituir el consentimiento de los titulares del haber ganancial mediante la imposición de la adquisición de un bien común, además el del mayor valor del activo, en contra de la voluntad expresamente exteriorizada del forzado adquirente"*. Por tanto, parece que imponer a uno de los comuneros la adquisición de la cosa común supondría, para dicho Magistrado, llevar *"a efecto un auténtico acto de disposición para el que carece de facultades legales, obligando al recurrente a ejecutar un acto contrario a su voluntad, sin haber cometido acto ilícito alguno que permita imponer como condena una conducta debida"*. Es decir, se le impone el que adquiera la cosa común, y el que deba indemnizar a los demás copropietarios, lo que implica como dice el Voto

Particular "que se condicione *su libertad de actuación y de gestión patrimonial*" (47).

En mi opinión, son ciertos los argumentos expuestos pero no lo son las conclusiones que de ellos se extraen, ya que propongo otros aspectos para su refutación.

1º. El artículo 406 Cc para la comunidad de bienes y el artículo 1410 Cc para la liquidación de gananciales (que es el caso de la sentencia que provocó el Voto Particular) se remiten a las normas de la partición sin excluir las normas del contador-partidor dativo y testamentario, de forma, que si son aplicables por remisión las normas de la partición también la posibilidad de que la división se efectúe por un contador-partidor dativo, y por tanto de forma unilateral. De esta manera el Cc está implícitamente admitiendo que no siempre la división de la cosa común o la liquidación del patrimonio ganancial tiene que ser consentido por todos sus partícipes.

2º. Entre las normas de la partición, y en concreto como una de las normas que regula cómo llevarla a cabo, se encuentra el artículo 1062 Cc, que es trasunto para la partición de la herencia de lo que el artículo 404 Cc es para la división de la cosa común, y unánimemente la doctrina y la jurisprudencia (48) defienden no solo que

(47) En idéntico sentido se encuentra la STS 27 enero de 2017 (172/2017) cuando declara que "consecuencia de tales previsiones legales es que, como recoge las SSTs de 22 de diciembre de 1992 y 14 de julio de 1994, la efectiva partición requiere la formación de lotes que permitan la adjudicación independiente a cada cónyuge, y si ello no fuere posible por ser los bienes indivisibles, y no compensables con otros, su adjudicación a uno de ellos con abono del precio o su mitad, al otro, si así *lo conviniere*, y en último término su venta y reparto del dinero obtenido (...). Con tales antecedentes esta sala no alcanza a entender que se imponga por la contadora partidora la adjudicación de la vivienda, con compensación en metálico, a quien dice no disponer de él, con infracción de las disposiciones legales a que hemos hecho mención, dando por supuesto, además, que los acreedores van a consentir la novación subjetiva que propone en cuanto a los préstamos que integran el pasivo".

(48) También la DGRN, en su Resolución de 28 de febrero de 2018, declara que "si bien, la regla del artículo 1061 del Código que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, referida principalmente a la partición hecha por contador-partidor, ha de tener como una de sus excepciones el supuesto que contempla el artículo siguiente, el 1062, para el caso de cosas indivisibles, y esta excepción entendida como simple acto particional, encajable por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores, ha sido interpretada con gran amplitud por la doctrina de este Centro Directivo –*vid.* Resoluciones de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925, 6 de abril de 1962, 2 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 2003 y

el contador-partidor testamentario –y por ende el dativo– tienen la facultad de hacer uso de ese precepto, pudiendo adjudicar la cosa indivisible a uno de los herederos imponiéndole la obligación de indemnizar a los demás, sino que tienen el deber de hacerlo.

3º. Es cierto que tanto la DGRN(49) como el TS han admitido, tratándose de herencias, que el contador-partidor pueda hacer uso del artículo 1062 Cc, pero siempre que la cantidad en metálico con la que se indemnice a los demás herederos forme parte de la herencia(50), lo que trasladado a la comunidad de bienes sería que formara parte de la misma. Ello no obstante, tanto en un caso como en el otro me parece criticable por al menos tres razones:

a) Si se exige que la indemnización a los demás condueños proceda de la masa común no estaríamos en el ámbito del artículo 1062 Cc, sino en el del artículo 1061 Cc, y así, por ejemplo, si la comunidad de bienes formada por dos comuneros estaba integrada por un inmueble y un dinero depositado en una cuenta corriente y ambos tienen un valor similar, si el contador adjudica el dinero a un copropietario y el inmueble al otro no se puede decir que ha hecho uso del artículo 1062 Cc, sino del artículo 1061 Cc, aunque los bienes adjudicados a cada comunero sean cosas de distinta naturaleza, puesto que el mismo se interpreta en el sentido de que lo importante es que, como dice el precepto en la división, *se guarde la posible igualdad*, y esa igualdad es más cuantitativa que cualitativa(51),

16 de septiembre de 2008– al punto de considerar que es la solución más lógica cuando en la herencia existe tan solo un bien jurídico o económicamente indivisible”.

(49) Entre ellas la Resolución de la DGRN de 13 de mayo de 2003, que nos dice que en caso contrario nos encontraríamos con una venta de una cuota hereditaria.

(50) También RUBIO GARRIDO (*La partición de la herencia*. Aranzadi, 1ª ed, 2017, pp. 365-374) cuando escribe que “no habiendo dinero relicto suficiente en la herencia, para que a uno le toque el bien indivisible y a los demás otros bienes, y debiendo el que se habría de quedar con el bien indivisible aportar metálico de su bolsillo, tenemos una operación que el contador, en principio, no puede hacer (a no ser que estuviera expresamente autorizado por el testador en el testamento), y sí solo cabe en una partición consensual u ordenada por el propio testador”.

(51) La jurisprudencia ha concluido [SSTS 30 de enero de 1951 (RJ 1951, 89), 13 de junio de 1970 (RJ 1970, 3112), 8 de febrero de 1974 (RJ 1974, 484), 30 de noviembre de 1974 (RJ 1974, 4554), 25 de junio de 1977 (RJ 1977, 3015), 17 de junio de 1980 (RJ 1980, 3077), 21 de junio de 1986 (RJ 1986, 3787), 15 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2654), 25 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7252) –y las numerosas que cita–, 7 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9165), 9 de junio de 1949 (RJ 1951, 89), 14 de julio de

más aun cuando lo relevante, según el precepto, es que se preserve la igualdad pudiendo conseguir la misma, como dice literalmente el artículo, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, por lo que la igualdad que debe inspirar la división de la cosa común se podrá lograr: o bien adjudicando a cada comunero cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, o bien haciendo lotes de valor de bienes distintos (en el ejemplo puesto el dinero y el inmueble)(52), con tal de que estos lotes tengan el mismo o prácticamente idéntico valor.

b) La interpretación del artículo 1061 Cc como inspirador de la búsqueda de la igualdad cuantitativa y de que la misma puede lograrse tanto adjudicando bienes similares como formando lotes, cada uno de distinto tipo de bienes pero de valor equivalente, se encuentra confirmada por la línea jurisprudencial(53) que defiende que todo contador a la hora de formar los lotes tiene que evitar proindivisos en los bienes o la excesiva fragmentación de las fincas, resultando esta imposición de la aplicación del antiguo artículo 1078 LEC de 1881 y el actual y vigente artículo 786.1 *in fine* LEC; y es que si este último ordena que al hacerse la división se *"procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas"* en ocasiones la única manera de lograrlo será mediante la adjudicación a un partícipe de bienes de una naturaleza y al otro

1990 (RJ 1990, 5860), 7 de enero de 1991 (RJ 1991, 110), 28 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4391), 23 de junio de 1998 (RJ 1998, 4745), 6 de octubre de 2000 (RJ 2000, 7543), 1 de junio de 2006 (RJ 2006, 3060), 16 de enero de 2008 (RJ 2008, 5), 14 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2572) y 6 de junio de 2014 (RJ 2014, 3127)], que el precepto tiene solo carácter facultativo y no imperativo, pues la formación concreta de los lotes depende de las circunstancias de cada caso, sin que sea precisa una igualdad matemática y absoluta, por lo que este principio no puede ser sustento de nulidades por cualquier divergencia que se apreciara respecto del principio enunciado por la norma; si bien hay que matizar que cuando la jurisprudencia dice que es una norma dispositiva no quiere decir que el contador pueda prescindir sin más de ella, sino que como puntualiza ALBALADEJO (Derecho civil, V-1, cit., p. 374, nota 3) "pueda tener o no efectividad el mandato imperativo de igualdad para cuando sea posible".

(52) Como dice RUBIO GARRIDO (*La partición de la herencia*. Aranzadi, 1ª ed, 2017, pp. 365-374) "solo podría llegar a tener el art. 1061 CC relevancia anulatoria de una partición cuando se pruebe que la desigualdad entre los lotes tiene suficiente entidad para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y carece de toda explicación razonable (y, además, según enunciación jurisprudencial extendida, siempre que no pudiera ser restañable el problema con un previo ejercicio de acción de adición o de rescisión)".

(53) Como la STS 13 de julio de 1981 (RJ 1981, 3076).

comunero de la otra, como en el ejemplo expuesto de la comunidad de bienes formada por un inmueble y dinero de valor equivalente, adjudicando a un comunero el inmueble y al otro el dinero.

c) Finalmente, es la postura sostenida por la STS de 28 de julio de 2020 (RJ 2020\2477), que expresamente declara que *"el art. 1062 Cc no exige que el metálico con el que deba compensar el partícipe al que se adjudica el bien deba existir en el haber partible, lo que resulta lógico dada la naturaleza fungible del dinero"*, con lo que añade al menos dos nuevos argumentos a favor de nuestra tesis: primero el que el artículo 1062 Cc –ni el art. 402 Cc añadimos nosotros– exige que el metálico forme parte del haber partible, lo que es cierto y entronca con la idea que expuse de que si el dinero está en el haber partible estaríamos en el ámbito no del artículo 1062 Cc, sino en el del artículo 1061; y como segundo argumento, el que el dinero no es necesario que se halle en la masa partible –en nuestro caso de la comunidad de bienes– puesto que tiene naturaleza fungible(54).

4º. Además nadie duda de que el contador-partidor dativo, incluso el que divida la cosa común, debe aplicar el artículo 1061 Cc, y si la copropiedad que se va a dividir recae sobre varios bienes deberá adjudicar a cada uno de los comuneros *cosas de la misma naturaleza, calidad o especie*, y si esta norma es aplicable a la comunidad de bienes ¿por qué no el artículo 1062 Cc que es precepto que complementa al anterior?

5º. El voto particular comentado asevera que excede de las funciones del contador, *"la imposición (a un comunero) de la adquisición de un bien común"*, pero lo cierto es que dicha imposición no solo se da cuando el contador adjudica a un comunero (o en el caso de la STS a un cónyuge) un bien imponiéndole la obligación de indemnizar, sino que además, también se da cuando siendo varios los bienes que integran la comunidad de bienes se adjudica uno a un comunero y otro al otro sin contar con su consentimiento, o cuando siendo el único bien se adjudica a un copropietario sin contar con el consentimiento del otro, el que debe ser indemnizado en metálico, que a lo mejor hubiera preferido ser él quien definitivamente se quedará con el bien que fue común.

(54) Argumento que reconozco que puede ser contrarrestado alegando que puede ser que el comunero al que se obligue a indemnizar no tenga ese dinero y se le obligue a financiarse, como dice la STS 27 enero de 2017 (172/2017) *"esta sala no alcanza a entender que se imponga por la contadora partidora la adjudicación de la vivienda, con compensación en metálico, a quien dice no disponer de él"*.

6º. En definitiva, si como dice el voto particular las funciones del contador "*se circunscriben a dividir los bienes del activo inventariado*", difícilmente podrá desarrollarlas si se considera que excede de ellas el adjudicar los bienes comunes a los partícipes sin contar con su consentimiento, precisamente porque si contara con su consentimiento lo que no estaríamos es ante una división unilateral, ejecutada por el contador, sino ante una división convencional realizada por todos los comuneros de común acuerdo. En fin, si siguiendo el Voto Particular comentado consideramos que el contador necesita para adjudicar a un comunero el bien indivisible que integraba la comunidad de bienes, el consentimiento de este, no nos queda más remedio que concluir, que lo necesitará en los demás casos en que adjudique bienes, lo que supone admitir que lo precisa en todos los supuestos que divida la cosa común, con lo que su función queda devaluada a la de un mero proponente y pierde utilidad ya que ¿si siempre se necesita el consentimiento de los adjudicatarios-comuneros, para qué sirve el contador?

Es verdad, se me dirá, que el caso de los artículos 404 y 1062 Cc es distinto a los demás, porque en los mismos no solo se impone al adjudicatario recibir la cosa que fue común y no el equivalente económico a su participación en la comunidad, sino que además se le está imponiendo la obligación de indemnizar a los demás comuneros "*en definitiva, condicionando de tal forma –como dice el Voto Particular– su libertad de actuación y de gestión patrimonial*". Pero lo cierto es que el condicionamiento de esa libertad de actuación y de gestión patrimonial fue aceptado voluntariamente por el comunero desde que aceptó formar parte de la comunidad de bienes, ya que al consentir su integración en esta está consintiendo el someterse íntegramente a su régimen jurídico(55), entre el que se encuentra que el comunero adjudicatario de la cosa común indivisible debe indemnizar a los demás, y el que el contador-partidor dativo nombrado para dividir la cosa común cuando esta es indivisible debe adjudicarla a uno de los comuneros.

En conclusión, creo que hay motivos razonables e incluso un apoyo jurisprudencial en la STS de 28 de julio de 2020 (RJ 2020\2477), para defender que no es necesario que el contador-partidor dativo

(55) Sin perjuicio de que a la luz del art. 392 Cc sería defendible que los comuneros hubieran pactado por ejemplo que su copropiedad no podía extinguirse por un contador-partidor dativo o que no podía extinguirse adjudicando la cosa común indivisible a un comunero salvo que este expresamente lo consintiera.

obtenga el consentimiento del adjudicatario, por lo que podrá en la escritura de división de la cosa común adjudicar la misma a uno de los comuneros imponiéndole la obligación de indemnizar a los demás. No obstante, considero que desde un punto de vista práctico, siempre será aconsejable, en cuanto que puede evitar problemas, que el contador-partidor dativo ofrezca a los comuneros la posibilidad de quedarse con la cosa común, de manera que al final se la acabe adjudicando a quien quería quedarse con ella, y si hubiera varios interesados que ante el notario proceda a sortear quién será el adjudicatario.

También puede generar dudas la cuestión de la indemnización, ya que aunque podría defenderse que basta con que se adjudique por el contador-partidor al resto de los comuneros un derecho de crédito contra el adjudicatario, una interpretación equitativa del caso me lleva a defender que no puede adjudicar el comisario dativo la cosa común a uno de los comuneros sin que se ponga a disposición de los demás su indemnización, bien sea porque estos acuden a recibirla, de lo que deberá dar fe el notario, o bien porque en caso contrario se realiza notarialmente un depósito de dicho importe a su favor. Debiendo, claro está, notificarse por el notario la existencia de dicho depósito, incluso a través de edictos o anuncio en el BOE si los comuneros son desconocidos.

VII. EL PROBLEMA PRÁCTICO DE LA ADJUDICACIÓN POR EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO A UNO DE LOS COMUNEROS DE LA COSA COMÚN INDIVISIBLE IMPONIÉNDOLE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR A LOS DEMÁS Y LA INTERESANTE SOLUCIÓN PROPUESTA POR LA STS DE 28 DE JULIO DE 2020 (RJ 2020\2477)

El gran problema práctico que plantea el expediente del contador-partidor dativo en el que se adjudique la cosa común a uno de los comuneros es que, otorgada la escritura de división por el contador-partidor dativo y aprobada por el notario, uno de los comuneros exija la aplicación del artículo 1062 *in fine* del Cc y por tanto se deba vender la cosa común en pública subasta; de tal forma que el expediente no habrá servido para nada, puesto que se quiso evitar la vía judicial y al final se acabará desembocando en la misma.

Más aún de imponerse la opinión de algunos, como MARIÑO PARDO(56), para quienes la división de la cosa común a través del artículo 1062 Cc será terriblemente débil e insegura salvo que se hubiera consentido por todos los partícipes de la comunidad (sea esta de bienes, hereditaria o posganancial) puesto que según este autor (refiriéndose al caso de la partición de la herencia otorgada por el contador-partidor testamentario) *"parece que siempre deberá respetarse el derecho de los herederos a pedir la venta en pública subasta del bien que reconoce este artículo 1062 del Código Civil, derecho que no caducaría con la formalización de la partición por el contador partidor, siendo difícil su articulación en el ámbito registral, pues la partición formalizada por el contador partidor en estos términos tendría un carácter resoluble, lo que parece que debería hacerse constar en la inscripción"*.

Pues bien, creo que hay argumentos sólidos para descartar la posibilidad de que se pueda imponer por un comunero la pública subasta –y mucho menos como puntualizaré una vez aprobada notarialmente la división de la cosa común–, de manera que la división de la cosa común realizada por el contador-partidor dativo no está tan herida, ni es tan débil como en principio aparenta.

En concreto, las razones para excluir la pública subasta se pueden agrupar en la no aplicabilidad del artículo 1062 Cc a la división de la cosa común y en la aplicación de dicho precepto, si bien re-interpretado a la luz de la realidad social y fundamentalmente su espíritu y finalidad.

Comenzando con el primer argumento, que se basa en la premisa de que aunque el artículo 406 Cc contiene una remisión a las normas de la partición de la herencia dicha remisión no puede entenderse hecha en bloque y sin ningún tipo de filtro, sino solo respecto a los aspectos no regulados. Así, es muy interesante la STS 2 de mayo de 1964 que declara que "la aplicación de los preceptos de la comunidad hereditaria no es tan absoluta e inexorable que deba entenderse en el sentido de que cuantos preceptos se transcriben en la sección 2ª, capítulo VI, título III, libro III del Cc hayan de ser aplicados sin limitación alguna a las hipótesis de proindivisión no hereditaria, sino que por el contrario únicamente regirán como su-

(56) MARIÑO PARDO, F. M., "La partición realizada por contador-partidor testamentario". Entrada de 19 de mayo de 2017 en su blog "iurisprudente", <http://www.iurisprudente.com/2017/05/la-particion-realizada-por-contador.html>, consultada el 12 de diciembre de 2020.

pletorias o complementarias de las de los arts. 400 a 406, en tanto no se opongan o estén en contradicción con ellas”.

De esta forma justifica la aplicación del artículo 404 en vez del artículo 1062 Cc. Es verdad que las sentencias citadas de STS 27 enero de 2017 (172/2017) y 28 de julio 2020 (458/2020) aplican el artículo 1062 Cc a la liquidación de la sociedad de gananciales, pero en este punto hay un matiz importante que diferencia uno y otro caso: en el supuesto de la división de los gananciales no hay ninguna norma que específicamente regule el caso de que en el patrimonio ganancial se hallen bienes esencialmente indivisibles, por lo que la aplicación del artículo 1062 Cc está plenamente justificada desde el momento en que el artículo 1410 Cc dice que se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia *en lo no previsto* sobre división del caudal en capítulo del Cc dedicado precisamente a la regulación de este régimen económico matrimonial.

Sin embargo, como apunta MIQUEL (57) lo cierto es que el artículo 1062 Cc se aplica por la jurisprudencia (58) repetidamente a la comunidad de bienes; pero sin perjuicio de lo anterior, creo que el argumento de excluir la aplicación del artículo 1062 Cc en la comunidad de bienes no es un argumento carente de sentido, como lo demuestra el que se acogiera nada menos que por una sentencia del Tribunal Supremo.

No obstante, aunque defendamos que el artículo 1062 Cc es aplicable a la extinción del condominio, incluso a pesar de existir un precepto que regula el mismo supuesto de hecho –indivisibilidad de la cosa común– con distinta consecuencia jurídica, también hay argumentos para sostener que la solicitud de un comunero no condena a dividir la cosa común mediante la enajenación de la misma en pública subasta.

Así, RUBIO GARRIDO destaca que, en la doctrina, se defiende una lectura restrictiva de la posibilidad de que un comunero pueda exigir la venta de la cosa común en pública subasta (59), que se ve como

(57) Al comentar el artículo 406, en *Comentarios*, pp. 1117 y 1118.

(58) Entre otras, por las SSTs 9 diciembre 1985, 30 noviembre 1979 y 9 de febrero de 1983 y 6 junio 1983; siendo también defendido por un sector relevante de la doctrina, como MANRESA (*Comentarios al Código Civil*, tomo VII, p. 680, Madrid, 1907) que al comentar el artículo 1062 Cc concluye que es aplicable a la división de la cosa común por la aplicación del artículo 406 Cc.

(59) Considera Díez Soto, J. M. (“Comentario al art. 1062 Cc” en *Comentarios al Código Civil*, consultado en la biblioteca digital de Aranzadi) que en el contexto del Proyecto de 1851 (cuyo art. 909 es el precedente directo del precepto comentado), donde se admitía la posibilidad de que los coherede-

una opción legislativa discutible, en la medida en que deja al arbitrio de cualquiera de los comuneros una solución que puede llegar a ser perjudicial para los demás.

Por mi parte creo que debe replantearse la interpretación de este precepto de manera que se supere el tenor literal de su último inciso, puesto que, aunque es verdad que dice lo que dice, lo cierto es que el artículo 3.2 Cc impone interpretar las normas *"atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas"*.

Es decir, lo que propongo es averiguar cuál es la finalidad de este último inciso del artículo 1062 Cc y si esa finalidad se puede lograr de igual manera o incluso mejor a través del expediente del contador-partidor dativo notarial.

Para descubrirlo puede ser interesante acudir a los primeros comentaristas del Código Civil, y entre ellos sin duda al más relevante que es MANRESA, que en el tomo VII de sus Comentarios al Código Civil, en su edición de 1907(60), que es la que yo manejo por haberla de mi abuelo, aclara que la razón de ser de la venta en pública subasta es que *"la ley busca la mayor utilidad posible para los herederos (en nuestro caso comuneros), y supone que haciéndose público el hecho de la enajenación se obtendrá alguna ventaja"*, además aclara que el que la norma imponga el que se deban admitir licitadores extraños tiene su razón de ser en que *"por otra parte, no quiere que los herederos más ricos, abusando de la precaria o modesta posición de los demás, adquieran indirectamente y con poco coste lo que de un modo directo no se les quiso conceder, y de aquí la admisión de licitadores extraños que, para los herederos pobres o que no pueden comprar lo que tal vez tiene para ellos un valor de afección muy grande, representa una garantía de que al menos se conseguirá mayor precio o equivalente"*(61).

ros convinieran la partición por mayoría (art. 902), la posibilidad de exigir la venta en pública subasta se planteaba, según el propio GARCÍA GOYENA, como un modo de evitar que el coheredero cuya cuota fuera mayoritaria pudiese imponer una partición perjudicial para los demás. Dado que en el sistema del CC la partición convencional exige inexcusablemente la unanimidad, el mantenimiento de tal facultad no deja de ser una opción legislativa discutible, en la medida en que viene a dejar al arbitrio de cualquiera de los coherederos una solución (la venta en pública subasta) que puede llegar a ser perjudicial para todos.

(60) Se trata de la 3ª edición, a cargo de la Imprenta de la Revista de Legislación, p. 678.

(61) En esta línea DE LA CÁMARA ("Comentario al art. 1062 Cc" en *Comentarios al Código Civil*) y entre otras la STS de 28 de julio de 2020 (RJ 2020\2477) cuando constata que la venta en pública subasta es un "medio

Pues bien, ¿qué quiere el legislador conseguir cuando exige que si los comuneros no se ponen de acuerdo en que uno se quede la cosa común indivisible e indemnice a los demás se venda la cosa en pública subasta abierta tanto a comuneros como a extraños?

Para responder a esta pregunta propongo no perder de vista que el artículo 1062 Cc aplicado a la comunidad de bienes se encuentra dentro del proceso de la división de la cosa común, ¿y qué se pretende al dividir la cosa común? Pues simplemente que cese el proindiviso y cada comunero obtenga bienes o dinero equivalentes al valor real de la cosa que fue común, siendo para el legislador indiferente que esta finalidad se logre porque un copropietario se queda con toda la cosa común e indemniza a los demás, o porque esta se convierta en dinero líquido por su enajenación por lo que lo que se reparta entre los condueños no sea la cosa que fue común, sino su equivalente en dinero.

¿Y cuál es este valor real? El que un comunero esté dispuesto a pagar a los demás para quedarse con la cosa común, o si ninguno quiere quedarse con ella o no hay acuerdo al respecto, el que se determine por el mercado, por el juego de la oferta y la demanda; en fin, el valor real es el que el mercado esté dispuesto a pagar por la cosa común.

Y para determinar este último, el legislador de 1889 propone acudir a una pública subasta abierta a todos, porque al abrirla a todos aumentan potencialmente los posibles licitadores y con ellos el precio a obtener se acerca más al del mercado, por ende al valor real de la cosa. Pero es que, además, al exigir pública subasta el legislador va a conseguir no solo en teoría un valor más elevado por la cosa, sino que, sobre todo, que el proceso de determinación de ese valor real esté controlado por una autoridad para así evitar manipulaciones torticeras.

Por tanto, la finalidad del último inciso del artículo 1062 Cc es que se obtenga el valor real de la cosa común, y que esa determinación esté controlada por una autoridad. Sin embargo, esta finalidad está lejos de lograrse a través del sistema de la pública subasta, porque es verdad que la misma garantiza que se controle el proceso de enajenación de la cosa común, pero en absoluto logra que se obtenga el mayor valor posible, esto es el valor de mercado, que coincide con el valor real, más bien al contrario, no solo se judicializa la conver-

para lograr la igualdad entre los partícipes mediante el reparto del dinero obtenido persigue, en definitiva, que pueda obtenerse el mejor precio, lo que queda garantizado mediante la concurrencia de licitadores extraños”.

sión en líquido repartible de la cosa común, sino que la práctica demuestra que las subastas son un auténtico fracaso cuando lo que se pretende es obtener el valor real de una cosa, puesto que lo habitual es que se obtenga un valor muy inferior al valor que se obtendría si libremente se vendiera la cosa, y por tanto un valor muy inferior al valor real. Y es que incluso el propio legislador lo está reconociendo cuando paulatinamente va sustituyendo la figura de la pública subasta judicial por otras alternativas, como cuando en la ley de Sociedades de Capital (art. 353), en la sociedad limitada, por ejemplo, en caso de exclusión de socio se pretende obtener el valor real, o en terminología de la ley "*valor razonable*" de las participaciones sociales, el legislador en lugar de imponer que se obtenga mediante su venta en pública subasta ordena que se determine su valor por un experto independiente.

Teniendo en cuenta estas reflexiones debemos plantearnos si lo que pretendía conseguir el artículo 1062 *in fine* Cc, y que como hemos visto raramente consigue, se puede lograr a través del contador-partidor dativo notarial.

Para ello, lo primero a tener en cuenta es que para el legislador es indiferente que al final uno de los comuneros se quede con la cosa e indemnice a los demás con su valor, o que al final nadie se quede la cosa sino que esta se venda y lo que se reparta sea el precio; al legislador lo que realmente le preocupa es conseguir que al final del proceso de división los comuneros obtengan un valor real equivalente a su participación en la comunidad de bienes.

Lo segundo a destacar, es que quien va a determinar el valor real o razonable de la cosa común es el contador-partidor dativo designado por notario, un tercero ajeno a los comuneros, un tercero independiente, que además puede que apoye su valoración en una tasación de otro tercero distinto, o en un informe de un experto independiente. Lo que nos aproxima al sistema ideado por el legislador para sustituir la subasta judicial como en el caso mencionado de la fijación del valor razonable de las participaciones sociales determinado por un experto independiente designado por el registrador mercantil.

Lo tercero, es que quien finalmente va a controlar la pureza del proceso, la objetividad en la determinación del valor, es un notario, esto es, un funcionario público.

En definitiva, a través del contador-partidor dativo notarial no se puede asegurar que se va a determinar el valor real exacto de la cosa común, puesto que este valor solo se puede obtener por su venta libre en el mercado, pero sí se asegura que se logrará su valor ra-

zonable y que ese valor se habrá obtenido a través de un proceso objetivo y transparente.

Por tanto, no hay razón para aplicar el último inciso del artículo 1062 Cc al expediente de la división de la cosa común efectuada por contador-partidor dativo aprobado notarialmente, puesto que a través del mismo se asegura que se cumplirá el fin último del precepto citado: el conseguir que cada comunero como consecuencia de la extinción del condominio obtenga en dinero su participación en el valor razonable u objetivo de la cosa común. Finalidad que en absoluto se logra mediante la aplicación literal del precepto que únicamente provocará o que la subasta quede desierta o que se presenten posturas muy bajas. Ante lo que se podría aducir que si eso es así no hay por qué rechazar la interpretación literal del precepto, puesto que ningún comunero querrá arriesgarse a solicitar la venta en pública subasta de la cosa común ya que esta venta también le va a perjudicar a él, pero siendo cierta la anterior reflexión no podemos olvidar que al solicitar la pública subasta lo que se puede estar buscando es judicializar la división de la cosa común –precisamente lo que se ha tratado de evitar al desjudicializar el contador-partidor dativo– y, sobre todo, dilatar la extinción del condominio, obstruyendo la misma para forzar maliciosamente una posterior negociación que evite la pública subasta, o incluso motivar que accedan testaferros a la subasta para lograr rebajar el valor de la cosa común en beneficio del comunero obstruccionista.

No obstante, aunque creo que esta postura se sustenta en argumentos sólidos, lo cierto es que la jurisprudencia(62) e indirecta-

(62) Nos dice la STS 19 octubre de 2012 (RJ 2012\10112) relativa a la partición de la herencia “si existe en la herencia un bien divisible pero hay dificultades prácticas para su divisibilidad y existe dinero hereditario, el contador-partidor puede adjudicar el bien en cuestión a uno de los herederos y satisfacer a los demás en dinero de la herencia, siempre que cuente con el consentimiento de todos los herederos; pues bastaría la existencia de un disidente, para que entrara en funcionamiento el párrafo segundo del Art. 1062 , concediéndole el derecho de solicitar la pública subasta”. Y la STS 21 de abril de 2010 (RJ 2010\3543) declara que “basta examinar el texto del citado artículo 1062 del Código Civil para comprobar que basta que uno de los comuneros no convenga en ello para que la adjudicación no pueda hacerse a aquel de los partícipes que la pretenda, cualquiera que sea la oferta económica realizada que, en su caso, habrá de reproducir en el momento de celebración de la subasta. Es por ello que si el propio demandante así lo solicitó al formular la demanda y los bienes se han declarado jurídicamente indivisibles, lo que procede, sin más, es acordar que la venta se efectúe en pública subasta con admisión de licitadores extraños que puedan mejorar la oferta realizada. Así lo ha considerado esta Sala, entre otras, en Sentencia

tamente la DGRN en su Resolución-Consulta de 7 noviembre de 2019 (63), está reconociendo la vigencia del último inciso del artículo 1062 Cc, por lo que cualquier comunero podrá solicitar la venta en pública subasta del bien común, si bien con un matiz, puesto que la reciente STS de 28 de julio de 2019 (RJ 2020\2477) concluye que *"no resultará razonable acordar la subasta, aunque lo pida uno de los partícipes cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado"*, y esta es una afirmación muy importante para el problema que estamos debatiendo, porque permite sustentar que a la luz de esta sentencia el notario que conoce de un expediente de contador-partidor dativo podría negarse a suspender el mismo cuando se solicitara por un comunero la venta judicial *cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado*.

¿Cuándo puede solicitarse por cualquiera de los comuneros la subasta?

Como vimos, MARIÑO PARDO (64) defiende que el derecho de los herederos (en nuestro caso de los comuneros) a pedir la venta en pública subasta del bien que reconoce el artículo 1062 del Código Civil,

de 14 Dic. 2007 (RJ 2007, 8930) (Rec. 4648/2000) al establecer que "basta que uno solo de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse, pues en tal caso resulta claro que falta el acuerdo de adjudicación a uno de ellos a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Dicha solución es además la más beneficiosa para los propios intereses de la comunidad en orden a obtener un precio superior por el bien de propiedad común, permitiendo que en la subasta a celebrar participen, junto con los propios comuneros, licitadores extraños; sin que pueda obligarse a ningún partícipe a aceptar la adjudicación a uno del bien por una cantidad determinada, percibiendo su parte, cuando su voluntad es la de que se subaste para obtener el mayor precio posible".

(63) En la misma, como hemos visto, se consulta por el Colegio Notarial de Castilla La-Mancha si es posible dividir la cosa común a través del contador-partidor dativo y si se puede hacer la subasta notarialmente, analizando la DGRN ambas cuestiones, lo que implica que está aceptando que en la división de la cosa común puede haber subasta pública ya que debate sobre su posible conocimiento por el notario, en lugar de directamente excluir esta posibilidad.

(64) MARIÑO PARDO, F. M., "La partición realizada por contador-partidor testamentario". Entrada de 19 de mayo de 2017 en su blog "iurisprudente", <http://www.iurisprudente.com/2017/05/la-particion-realizada-por-contador.html>, consultada el 12 de diciembre de 2020.

derecho que no caducaría con la formalización de la partición por el contador-partidor, siendo –para este autor– difícil su articulación en el ámbito registral, pues la partición (o la división de la cosa común) formalizada por el contador-partidor en estos términos tendría un carácter resoluble, lo que parece que debería hacerse constar en la inscripción.

De triunfar esta opinión, es el expediente del contador-partidor dativo, siempre que se tratara de una extinción del condominio, una liquidación de gananciales o una partición de la herencia en que se hubiera hecho uso del artículo 1062 Cc, el que quedaría gravemente herido, puesto que devendría en completamente inútil ya que quien se va a arriesgar a iniciar un expediente en que puede que se le acabe adjudicando un bien y tiempo después se le pueda privar del dominio de ese mismo bien...

No obstante, esta posición podemos considerar que es minoritaria, puesto que como nos recuerda RUBIO GARRIDO, sobre la posibilidad de pedir la salida a pública subasta, con participación de licitadores extraños, la STS 25 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1075) subrayó que era necesario tener *la condición de comunero o miembro de la comunidad hereditaria para poder ejercitarla*, lo que en el caso no concurría, pues la partición ya había asignado la vivienda en proindiviso a dos herederas, con la obligación de vender la misma y, respecto del precio obtenido, dar parte a otros dos hermanos (que, por tanto, ya no tenían la posibilidad de recurrir al art. 1062.2 CC), y en la misma línea DÍAZ DE ENTRESOTOS concluye que la facultad que tiene todo comunero de promover la venta en pública subasta de la cosa común tendrá como límite *el momento en que se dé por concluida la partición*, es decir, la idea es que corresponde a los partícipes de la comunidad hereditaria y efectuada la partición ya no existen tales, lo que trasladado a la comunidad de bienes implica que podrá hacer uso de esta facultad cualquier comunero mientras lo sea, por lo que adjudicada la cosa común a uno de los comuneros los demás dejan de ser tales y pasan a ser titulares de un derecho de crédito: el derecho a ser indemnizados.

Trasladado al expediente del contador-partidor dativo supone que una vez aprobada la división de la cosa común por el notario *ya no será posible que alguno de los comuneros promoviera su venta en pública subasta* precisamente porque desde que el notario aprobó la división surte esta plenos efectos, entre los que se encuentra el hacer cesar la comunidad. De manera que únicamente se podrá solicitar por alguno de los comuneros la enajenación en pública subasta mientras no sea aprobada notarialmente la división, y si en

este momento se solicita el notario deberá suspender el expediente, aunque de defenderse que esta debe ser notarial debería conocerse por el mismo notario al que estuviera tramitando el expediente del contador-partidor dativo notarial, puesto que hay motivos para la acumulación de expedientes del artículo 17 LJV.

Asimismo se plantea una cuestión interesante *¿Deberá el notario al que se presente la propuesta de división elaborada por el contador-partidor dativo notificar la misma a todos los comuneros advirtiéndoles del derecho a solicitar la pública subasta?* Creo que no es necesario realizar esta advertencia expresa respecto a la que no podría alegarse ignorancia, puesto que está contemplada legalmente (art. 6.1 Cc), e incluso es muy discutible que sea necesario notificar a los comuneros el proyecto de división realizado por el contador-partidor dativo, puesto que aunque es conveniente que se haga para que de esta forma se pueda conocer por el notario que alguno no quiere confirmarla y por tanto debe ser aprobada por el notario, lo cierto es que en ningún momento se exige por el artículo 1057.2 Cc, que solo impone una primera citación: la que informa de que se ha solicitado el nombramiento de un contador-partidor dativo notarial.

¿La subasta puede ser notarial?

Nos estamos planteando si una vez que constatamos que cualquier comunero puede pedir que se venda en pública subasta la cosa común si esta debe tramitarse notarialmente, es decir, sujeta a los artículos 71 a 77 de la Ley del Notariado introducidos por la Ley de Jurisdicción Voluntaria que ha desjudicializado esta materia.

Tal y como recuerda el Voto Particular de la STS de 28 de julio de 2020 (RJ 2020\2477) es esta una cuestión polémica *"en relación con la cual existen evidentes discrepancias en la doctrina y en la denominada jurisprudencia menor"*.

La Resolución de la DGRN de 7 noviembre de 2019 niega que la subasta se deba tramitar notarialmente ya que "según el artículo 72.1 LN, para poder instar la subasta notarial es preciso que el notario sea funcionalmente competente para ello, esto es, que esta vía se prevea por disposición legal, por resolución judicial o administrativa, por virtud de cláusula testamentaria, laudo arbitral, o acuerdo de mediación, o por pacto especial en instrumento público, amén de por libre voluntad del propietario, si se trata de subasta voluntaria. Nada parece obstar en este sentido a que por estos cauces pueda señalarse la vía notarial para subastar un bien. Considérese

un pacto en el acto constitutivo del condominio si este cauce se encuentra abierto en el supuesto de que no se haya convenido con carácter previo por los comuneros en el momento constitutivo del condominio –pensemos en una comunidad incidental–. El Código Civil guarda silencio”.

Y se pregunta si la subasta del artículo 400 del Código Civil es voluntaria u obligatoria. El problema es que se está planteando el problema vinculando la subasta a la *actio comuni dividundi* y no tanto al artículo 1062 Cc, pero lo cierto es que la respuesta que dé a esta pregunta necesariamente debe condicionar la que demos al problema planteado, puesto que difícilmente se puede defender que la subasta será de una forma cuando se solicite directamente por un comunero como un medio de extinguir la comunidad de bienes, y otra forma, cuando se solicite a la vista de una división realizada por el contador-partidor dativo adjudicando la cosa común indivisible a uno de los comuneros a quien impone la obligación de indemnizar a los demás.

Pues bien, la DGRN considera que la subasta en estos casos es obligatoria y por tanto al no ser voluntaria no se le aplicarán las normas de los artículos 71 y ss. LN relativos a la subasta notarial. Nos dice la Resolución referida que “esta subasta no puede considerarse como aquella que insta el propietario sin que nada le obligue a celebrarla, sin ser ello necesario. No se trata de una subasta voluntaria (...). Así, la *actio cummuni dividendo* debe ejercitarse por vía judicial, salvo que por pacto en el acto constitutivo u otro acuerdo de los dueños en instrumento público o bien por resolución judicial o administrativa, laudo arbitral, o acuerdo de mediación atribuya competencia funcional al notario. Y siendo competente el notario de este modo, sí podrían los comuneros que ostenten la mayoría instar la subasta notarial ateniéndose a los artículos 72 y ss. LN”. De lo que resulta que es aconsejable que en todas las escrituras de constitución del condominio se prevea que cualquier comunero podrá instar la subasta notarial como medio para poner fin al condominio.

Para el Magistrado del TS Seone en su Voto Particular al fallo de la STS 28 de julio de 2020 (RJ 2020\2477) “considero cuestionable que la venta de las participaciones sociales en subasta se deba de ejecutar necesariamente mediante la regulación de la vía de apremio de la LEC, descartando la subasta notarial [arts. 635.2 I ILEC y 72 a 77 de la Ley del Notariado (RCL 1938, 201)] y la prevista en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 108 y siguientes)”, aunque lo cierto es que no dice si con carácter general se debe acudir en toda

extinción del condominio a la subasta notarial o únicamente cuando la copropiedad recayera sobre participaciones sociales.

Por su parte, Díez Soto declara que la venta habrá de someterse, en su caso, a las reglas de las subastas voluntarias, recogidas en los arts. 108 a 111 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria.

En mi opinión, el artículo 71 LN es claro cuando dice que “las subastas que se hicieren ante notario en cumplimiento de una disposición legal se regirán por las normas que respectivamente las establezcan y, en su defecto, por las del presente capítulo”, lo que presupone que para que el notario pueda realizar la subasta es necesario que una norma legal así lo prevea; es decir, cuando el Código Civil habla de pública subasta no puede entenderse esta como notarial salvo que en el mismo se prevea. No obstante, se podría defender que cuando la copropiedad recaiga sobre acciones o participaciones sociales la subasta será notarial, puesto que es la prevista en el artículo 635.2 LEC cuando declara que “si lo embargado fueren acciones o participaciones societarias de cualquier clase, que no coticen en Bolsa, la realización se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de las acciones o participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente. A falta de disposiciones especiales, la realización se hará a través de notario o corredor de comercio colegiado”. Es decir, no tiene sentido que el comunero en el ámbito de un expediente notarial de jurisdicción voluntaria tenga que acudir a un juez para solicitar la pública subasta para que este a su vez se remita a un notario, por consiguiente, creo que hay motivos para en este caso defender la acumulación de expedientes.

Por supuesto, así será si se defiende que en todo caso hay subasta pública, ya que hemos visto como la STS 28 de julio de 2020 (RJ 2020\2477) considera que no procede siempre la misma.

VIII. ¿DEBE EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO ACOMPAÑAR UNA TASACIÓN OFICIAL?

El punto de partida es que ni entre las normas que regulan la comunidad de bienes ni en las normas que regulan el contador-partidor dativo sea o no notarial se exige la necesidad de que esté dividida la cosa común basándose en una tasación oficial, ello, no obstante, creo que será con carácter general muy recomendable, incluso más que en el caso del contador-partidor dativo de la herencia, porque en ocasiones esta no aportará gran cosa como por ejemplo cuando

el comisario dativo en la partición se limita a adjudicar todos los bienes en proporción a la cuota a la que son llamados cada heredero.

Sin embargo, no creo que sea necesario que se trate de una tasación oficial, lo importante es que se trate de una valoración expedida por un técnico con conocimiento en la materia que sea una persona distinta al contador-partidor dativo, incluso en ocasiones será más interesante evitar la tasación oficial, así, por ejemplo, puede que sea más ilustrativo del valor real que el mercado atribuya a la cosa el que es determinado por un agente de la propiedad inmobiliaria o un intermediario que profesionalmente se dedique a gestionar ventas de inmuebles en el mercado.

IX. ¿ELABORADO EL PROYECTO DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN DEBE NOTIFICARSE A TODOS LOS COMUNEROS?

Aquí desde una visión práctica creo que son posibles dos caminos:

En el primero, el contador-partidor dativo presenta al notario un proyecto de división de la cosa común que es notificado a los comuneros, quienes o bien lo confirman, en cuyo caso el contador-partidor dativo otorgará la escritura de división de la cosa común y comparecerán los condueños ante el notario para confirmarla, o bien alguno manifiesta al mismo que no la va a confirmar o bien simplemente nada dice, en cuyo caso el notario deberá entrar en aprobarla. Respecto al silencio creo que sería interesante que el notario cuando notifique el proyecto de división haga constar en la cédula que si cualquier comunero no contesta en un plazo determinado (por ejemplo, quince días) el notario entrará en valorar si debe o no confirmar la división de la cosa común elaborada por el contador-partidor dativo.

En el segundo, que es el que yo empleo, el contador-partidor dativo otorgará la escritura de división de la cosa común, que notificaré a los comuneros mediante la entrega personal o el envío por correo certificado con acuse de recibo de una copia simple, en la que se hará constar que si algún comunero comunica que no quiere confirmar la división de la cosa común o si transcurridos quince días alguno no contesta deberé entrar a valorar si debo proceder a confirmar o no la división. De esta forma se evita crear una situación de inseguridad jurídica porque no se sabe cuándo la división ha sido rechazada por los comuneros, dando al silencio el valor del rechazo, puesto que el artículo 1057.2 Cc habilita al notario para aprobar la

división "en defecto de conformidad de los comuneros", y esa falta de conformidad entiendo que incluye tanto la negativa a aprobarla como sin más el silencio.

Es importante que en la advertencia el notario no diga que transcurrido el plazo por él determinado sin más aprobará la división, puesto que esto no será así, sino que transcurrido ese plazo el notario deberá valorar si debe o no aprobar. Otra cosa distinta es que desde el punto de vista práctico sea aconsejable que el contador-partidor dativo consulte al notario sobre las cuestiones polémicas que suscite la división, de tal forma que la escritura de división, en la medida que se ha ajustado a los criterios del notario, se acabará aprobando por el mismo, salvo que se le presente alguna oposición por algún comunero que le haga cambiar el criterio que previamente comunicó al comisario dativo.

Finalmente, creo recomendable por *prudencia notarial* realizar esta notificación, aunque hay argumentos sólidos para defender que no es necesaria, y creo que su falta no debería viciar el expediente, dado que el artículo 1057.2 Cc únicamente exige que se practique una citación inicial, de manera que en virtud de esta los comuneros ya conocen o pueden diligentemente conocer que se ha iniciado el expediente y ya depende de ellos conocer sus posteriores vicisitudes.

X. ¿QUÉ DEBE EL NOTARIO COMPROBAR?

La jurisprudencia⁽⁶⁵⁾ con relación a la partición de la herencia y al contador-partidor dativo judicial había sostenido que el notario

(65) El Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 12 de noviembre de 2001 (Tol 134485) argumenta que el Juez se debe limitar a apreciar, por un lado, si concurren los presupuestos procesales necesarios para la aprobación judicial de la partición: no constar que el testador haya efectuado un nombramiento de partidor, y estar legitimados los solicitantes para instar el nombramiento. Y, por otro lado, comprobar si las operaciones particionales efectuadas se mantienen dentro de las reglas de la partición hereditaria, a tenor del caudal relicto, así como si los lotes de cada coheredero respetan las disposiciones testamentarias.

El Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña de 30 de marzo de 2000 (AC 2000, 1084) recalca que "se puede discutir sobre la mayor o menor amplitud de control judicial para la aprobación. En el Auto de la Sección 1ª de 24 de mayo de 1996 se dice que "el Juez, con libertad de criterio, podrá o no autorizar (sic) la misma" pero se desprende de otros lugares que han de apreciarse motivos suficientes para la no aprobación. En su auto de 31 de enero de 1994 (AC 1994, 46) la Audiencia Provincial de Ciudad Real lle-

realizaría una comprobación limitada a la constatación que concu-

ga a la conclusión razonable de extenderse al examen de los presupuestos procesales, la legitimación, que la partición se mantenga dentro de la idea general de una partición hereditaria, y se realice en el plazo señalado o, en su defecto, en el de 1 año del artículo 904, y más bien se trataría de un control negativo o de veto. En el Auto apelado del Juzgado se considera solo el control de la "legalidad y la voluntad del testador", pero no las cuestiones sobre inclusión de bienes, su valoración, calificación y medición. Y concluye "en principio, hay que estar de acuerdo con el cuaderno salvo irregularidades groseras o manifestas que incidan en aquello, sin poder entrar en complejidades ni en oposiciones de resultado oscuro o poco claro o que no impiden la aprobación o 'Visto Bueno' judicial. Y es que tampoco parece admisible suscitar un incidente de oposición o, a lo sumo, tan solo algo muy sumario. En definitiva, se trataría de verificar 'que se hubiesen observado las reglas esenciales que rigen toda partición' (SAP-4ª de 8-7-1989, citada) o, más exactamente, que el Juez no advierta irregularidades esenciales que imposibiliten la aprobación, todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la partición realizada y aprobada, por las causas de nulidad, anulabilidad y rescisión o de las demás acciones que legalmente pudieran corresponder a los interesados".

En la misma línea el Auto de la Audiencia Provincial de León de 17 de febrero de 2005 nos dice que "el Juez, al dar o no su aprobación, debe controlar únicamente que el contador-partidor dativo no se haya extralimitado en el ejercicio de sus facultades al hacer la partición".

Y es interesante el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 100/2011, de 17 de febrero (JUR 2011, 304435), porque además se trataba de resolver la oposición de uno de los herederos al cuaderno particional, elaborado por el contador-partidor dativo, alegando la deficiente valoración de alguno de los bienes, y en lugar de admitirlo ordena que el Juez oiga a los herederos y al comisario dativo y proceda en su caso a aprobar la partición y recuerda lo que dice la "Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 9 de octubre de 2008: En consecuencia, se entiende que la aprobación de las operaciones particionales tan solo deberá tener en cuenta la concurrencia de los presupuestos que dan validez al nombramiento del contador, el cumplimiento de los requisitos del procedimiento y que en el ejercicio de sus funciones la persona que ha decidido la partición no ha incurrido en extralimitación de clase alguna. Este criterio fue seguido por distintas Audiencias Provinciales, como la de Ciudad Real en Auto de 31 de enero de 1994, o La Coruña de 30 de marzo de 2000, entre otros anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, y entre los dictados con posterioridad, el de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de enero de 2003 que cita la parte apelada, Audiencia Provincial de Valladolid de 17 de noviembre de 2003, Audiencia Provincial de León de 17 de febrero de 2005".

Y finalmente, como resumen de todas ellas, nos encontramos con la SAP de Pontevedra de 1 de abril de 2014 (AC 2014, 1259), que concluye que "el Auto del Juez que decide sobre la aprobación de las operaciones particionales solo puede enjuiciar la concurrencia de los presupuestos habilitantes del nombramiento, la regularidad del procedimiento y el mantenimiento del

rrieron en los solicitantes la legitimación mínima, esto es, que los promotores del expediente representaban al menos el 50 % de las cuotas de la comunidad, y que se realizaron las correspondientes citaciones, y el comisario dativo no haya excedido de las funciones que legalmente tiene encomendadas. Por su parte, la doctrina mantiene posiciones distantes (66).

Creo que la clave es que tanto el art. 1057.2 CC como el art. 66 LN nos dicen que el notario debe aprobar la partición, en nuestro caso la extinción del condominio mediante la división de la cosa común, y si el notario al autorizar la escritura de división otorgada por

contador dentro del ámbito de sus facultades, esto es, la no extralimitación en el ejercicio de su función”.

(66) Tras la publicación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria las opiniones han sido diversas, desde GARCÍA VILA que sostiene, citando a PUIG FERRIOL, que el notario debe comprobar “si se ajusta a la normativa que la regula”, lo que parece dar por supuesto que el notario no puede revisar las valoraciones de los bienes que ha realizado el contador-partidor dativo, a MAYORGA ALCÁZAR (*La jurisdicción voluntaria. Una apuesta por su eficacia*. Colegio Notarial de Castilla La-Mancha y editorial Dykinson, 2015 p. 150), que ha señalado que el notario “debe limitarse a denegar o aprobar el cumplimiento de los requisitos de la válida designación del cargo, de los requisitos de fondo y forma exigidos en el 1057 Cc o la extralimitación de sus facultades legales”, o MARTÍNEZ SANCHIZ (*Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, dirigida por Lledó-Ferrer-Torres-Achón, Dykinson, 2016, p. 1347), que ha defendido que debe controlarse si ha habido alguna extralimitación del contador en sus facultades “o si la valoración de los bienes, por ejemplo, es claramente incorrecta”, salvo que en tales casos se considere prudente conceder una prórroga para reajustar o rectificar la partición en el sentido adecuado. Si se aprecian diferencias de valoración en la partición que impliquen una lesión inferior a una cuarta parte (art. 1074 CC *a sensu contrario*), como la partición es válida, deberá aprobarse, y en caso contrario denegarse.

Finalmente, JIMÉNEZ GALLEGU (*Función notarial y jurisdicción voluntaria*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 397 y 398) considera que “el notario deberá examinar la partición realizada por el contador-partidor dativo en sus aspectos jurídicos y en los cálculos matemáticos. Pero cualquier notario que autorice una escritura de herencia (en nuestro caso de división de la cosa común) ya está haciendo esto. Si la ley dice que el notario debe aprobar la partición tiene que estar diciendo algo más. Este control añadido no puede referirse al inventario, pues la falta de inclusión de bienes es incontrolable por el notario, salvo que alguien le aporte información (...). El control notarial tiene que referirse en alguna medida a la valoración de los bienes inventariados. En los casos en que actúa un contador-partidor testamentario no hay que hacer esto, pero es que la ley no exige en ese supuesto aprobación notarial o judicial de la partición porque el contador-partidor ha sido elegido por el causante. Es lógico que en caso del contador-partidor dativo se tomen más precauciones.

todos los condueños ya está realizando un control de legalidad hay razones para suponer que cuando la Ley dice que el notario aprobará la división de la cosa común, va más allá.

Sin embargo, esta reflexión choca con el tenor literal del precepto que en ningún caso exige que el notario compruebe los valores, lo que hasta ahora había sido práctica habitual en los Tribunales. Por todo ello propongo una posición intermedia: creo que el notario deberá negarse a aprobar la división de la cosa común realizada por el contador-partidor dativo en tres circunstancias:

1º) Cuando, aplicando por analogía el artículo 68.2 LN, no se acompañen de los documentos acreditativos de aquellos bienes cuyo valor pueda vislumbrarse a través de criterios objetivos, como acciones o valores admitidos a cotización.

2º) Cuando los valores dados a algunos de los bienes a simple vista sean irrisorios o desproporcionados.

3º) Cuando cualquiera de los comuneros se persone ante el notario o le comunique mediante instrumento otorgado ante otro notario, su oposición a la valoración de alguno de los bienes; es decir solicite una especie de tasación pericial contradictoria. Ante lo que el notario que conozca del expediente de Jurisdicción Voluntaria deberá valorar si las razones esgrimidas por el condueño son lo suficientemente sólidas para sembrar la duda y exigir al comisario dativo una valoración de un perito y en su caso la respectiva modificación de la partición.

Me apoyo en que los art. 787 LEC y ss. que por el art. 8 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se aplican al expediente de contador-partidor dativo ante el secretario judicial, contemplan el traslado de las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor a las partes para que puedan realizar las alegaciones oportunas, y tras oír las alegaciones de las partes, se admitirán por el juez las pruebas propuestas siempre que no sean inútiles o impertinentes, y a la vista de las alegaciones y las pruebas aportadas por las partes, dictará el juez sentencia, que pone fin a la oposición y al procedimiento de aprobación de la partición. Y si la citación, el examen de las operaciones particionales, la posibilidad de oponerse a la valoración de alguno de los bienes y de poder solicitar tasación pericial contradictoria es posible en el expediente ante el secretario judicial no hay motivo para dar menos garantías al expediente tramitado en vía notarial.

4º Sin embargo, como hemos visto, cuando se trate de un bien física, jurídica o económicamente indivisible, y el contador-parti-

dor dativo lo adjudique a uno de los condueños indemnizando a los demás, creo que es imprescindible que se exija por el notario para aprobar la división que se haya valorado por un experto independiente la cosa común, puesto que de esa valoración depende el importe que se debe abonar a los demás condueños como indemnización.

Por último, ¿cuál es el alcance del control que ejerce el notario al aprobar el expediente del contador-partidor dativo? Como hemos visto, el notario al aprobar la partición despliega una actividad más intensa que la que desarrolla al autorizar la escritura de división de la cosa común, es lo que algunos llaman *control de equidad*, que se sumaría al genérico control de legalidad que despliega el notario al autorizar cualquier escritura de división (67). Y esta idea ha sido reconocida por la RDGRN 30 de noviembre 2016, que expresamente declara que “*habiendo manifestado esta Dirección General (cfr. Resolución de 18-7-2016) que esta aprobación notarial de la partición (en nuestro caso división de la cosa común) practicada por el contador-partidor supone un expediente específico de jurisdicción voluntaria (...) siendo esta aprobación diferente a la autorización de la escritura de partición*”.

El que el control desplegado por el notario sea distinto al control de legalidad que desarrolla el notario al autorizar cualquier escritura de extinción del condominio, en mi opinión supone que la diferencia práctica entre uno y otro es que en el genérico control de legalidad el límite es la ley, por lo que dentro de esta el notario deberá autorizar la escritura aunque no esté de acuerdo con la aplicación de una concreta norma que realicen los otorgantes siempre que sea legal y jurídicamente razonable. En cambio, cuando aprueba la división de la cosa común el notario hace algo más y debe imponer su criterio en cuanto qué considera la interpretación o de la norma aplicable más correcta; por ejemplo, ante un caso posible pero dudoso de indivisibilidad el notario debe autorizar la escritura de división otorgada por todos los comuneros aunque no esté de acuerdo con que la cosa sea indivisible, en cambio no deberá aprobar la división instrumentalizada por el contador-partidor dativo si este parte de dar a la cosa común el carácter de indivisible y el notario no está conforme en que así lo sea.

(67) En esta línea, GOMÁ LANZÓN, I., en “¿Cambia la Ley de Jurisdicción Voluntaria la función notarial?”, Blog, *Transparencia Notarial*, 7 septiembre 2015, y en *Jurisdicción Voluntaria notarial*, Barrio del Olmo (coord.), Aranzadi, 2015.

Aprobada la división se producirán los efectos propios de esta, como son la extinción del condominio y la especificación de la cuota de cada condueño.

Respecto a su impugnación(68), opino que es posible a través de dos caminos: de un lado, el recurso previsto en la propia LJV, en concreto en su artículo 20, que en mi opinión será el *recurso de revisión ante el juez de primera instancia*, puesto que es el previsto en dicho precepto cuando lo que se recurra proceda del Letrado de la Administración de Justicia y sea definitivo, esto es ,como dice BANACLOCHE (69), que no permite continuar con el procedimiento, siendo la norma que regula este recurso el artículo 454 bis LEC(70).

El artículo 20 LJV no se refiere específicamente al expediente notarial pero es una norma que se encuentra en el Título I de la LJV "*De las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria*". Es cierto que el artículo 20 LJV se encuentra en el Capítulo II (*Normas de tramitación*), y entre ellas hay preceptos que expresamente se refieren a los expedientes notariales como el artículo 19.3, que en su párrafo 2º expresamente declara que "*esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales*", lo que podría llevar a entender que no se aplicará a este tipo de expedientes, como el que estamos estudiando, el resto de los preceptos del Capítulo II, entre los que se encuentran el artículo 20 LJV relativo a los recursos; no obstante, creo que debemos rechazar esta opinión porque el hecho de que en una norma expresamente

(68) Como concluye BANACLOCHE PALAO (*Los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, 2ª edición, La Ley, Madrid, 2020) al comentar los expedientes sucesorios de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante notario "estamos ante expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria que siempre dejan a salvo el derecho a acudir a un proceso contencioso a cualquier interesado que considere que se le ha vulnerado algún derecho o interés legítimo en relación con lo decidido en aquellos".

(69) BANACLOCHE PALAO (*Los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, 2ª edición, La Ley, Madrid, 2020, p. 113).

(70) Conforme a la misma el recuso se presenta en cinco días, y previo traslado para alegaciones al resto de los sujetos personados, ha de ser resuelto por el Juez por medio de auto en otros cinco días. Para BANACLOCHE (obra citada p. 115) la cuestión más polémica es la de si dicho auto puede o no ser recurrido en apelación, respondiendo este autor afirmativamente, en virtud de art. 454 bis LEC cuando declara que "contra el auto dictado resolviendo el recurso de revisión solo cabrá recurso de apelación cuando ponga fin al procedimiento o impida su continuación", que es precisamente lo que aquí sucede.

se diga que también se aplica a los expedientes notariales no significa que en las que no contengan expresamente esta mención se está excluyendo esta posibilidad; más aún cuando además siempre cabe la posibilidad de acudir a la figura genérica de la analogía, ya que existe una evidente *identidad de razón*, en nuestro caso fuera de toda duda, puesto que no tiene sentido que fuera recurrible la división de la cosa común elaborada por el contador-partidor dativo aprobada por el Letrado de la Administración de Justicia y no lo fuera cuando fuese aprobada por notario.

Pero del otro, el resultado del expediente no deja de ser una extinción del condominio que como tal también será recurrible por los motivos previstos en el Código Civil, que por la remisión del artículo 406 Cc a las normas sobre la partición de la herencia serán los siguientes:

- Que alguno de los comuneros haya sufrido lesión por la división de la cosa común elaborada por el comisario dativo y aprobada por el notario en más de una cuarta parte (art. 1074 Cc). Por lo que el legislador admite que el comunero sufra una lesión siempre que esta sea inferior a un 25 % de su participación en el condominio atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

- Podrá reclamar que se complete la división en caso de omisión de algún bien o derecho (art. 1079 Cc), sin perjuicio de que esta misma solicitud podría dirigirse al comisario dativo, que entiendo podrá completar la extinción del condominio que debe ser de nuevo aprobada por el notario.

- Y podrá pretender su nulidad a través del art. 1081 CC, cuando la división se hizo con uno a quien se creyó comunero sin serlo; y en general, aplicando las normas generales sobre la invalidez de los negocios jurídicos cuando se alegue haber infringido alguna disposición legal, pudiendo aquí reclamarse la infracción de cualquiera de los requisitos necesarios para hacer la división, o en particular para su elaboración por el contador-partidor dativo.

Finalmente, es interesante la SAP de León de 27 septiembre 2018, relativa al contador-partidor testamentario, pero cuyas conclusiones podemos extender al contador-partidor dativo, que nos dice que *"el contador partidor realiza la partición (en nuestro caso la división) con libertad de apreciación y posibilidad de equivocarse de buena fe, mientras no perjudique en más de un cuarto del valor de su cuota a alguno de los coherederos (para nosotros comuneros), como así se deduce del art. 1074 del Código Civil. Y puede asignar los bienes*

a su prudente arbitrio mientras no se demuestre que su criterio distributivo es disparatado o parcial, o que era sencillo o económico guardar la norma del citado art. 1061 del Código Civil".

XI. CONCLUSIONES

Considero que el expediente del contador-partidor dativo puede ser muy útil para dividir la cosa común, con similares garantías a la acción judicial de división, y de forma mucho más rápida. Además, puede ser muy útil para desatascar aquellas copropiedades que recaen sobre inmuebles en las que se ignora el paradero de algún comunero o algunos quieren vender y otros no, así, el contador-partidor dativo podría adjudicar la cosa común a uno de los comuneros y este depositar notarialmente la indemnización del condueño obstruccionista mientras que la de los demás quedará aplazada con su consentimiento, y se satisfecerá cuando el adjudicatario venda la cosa.

Sin embargo, la viabilidad práctica de este expediente depende de cómo se resuelvan una serie de problemas que se plantean, entre ellos:

1º ¿El expediente notarial de contador-partidor dativo es aplicable a la extinción del condominio? Como hemos visto, así se ha admitido por la Resolución-Consulta DGRN 7 de noviembre de 2019, fundamentalmente por la remisión que el artículo 406 Cc hace a las normas de la partición de la herencia y que justifica que a la división de la cosa común se aplique, entre otros, el artículo 1057.2 Cc que contempla el contador-partidor dativo notarial.

2º Si se trata de una cosa indivisible, sea esta indivisibilidad física, jurídica o económica, ¿necesita el contador-partidor dativo el consentimiento del comunero al que va adjudicar la cosa común? Aunque sea aconsejable, jurídicamente hay argumentos para defender que no es necesario, tal y como ha sostenido la STS 28 de julio de 2020 (RJ 2020\2477).

3º Y siendo indivisible, ¿para que el contador-partidor dativo pueda adjudicarla a uno de los condueños es necesario que en la comunidad de bienes exista el dinero con el que se va a indemnizar a los demás? La jurisprudencia venía exigiendo el cumplimiento de este requisito pero la reciente STS de 28 de julio de 2020 (RJ 2020\2477) concluye que *"el art. 1062 Cc no exige que el metálico con el que deba compensar el partícipe al que se adjudica el bien*

deba existir en el haber partible, lo que resulta lógico dada la naturaleza fungible del dinero".

4º Finalmente, siendo la cosa indivisible, ¿puede cualquiera de los condueños vía artículo 1062 Cc exigir su venta en pública subasta? Tal y como hemos visto hay argumentos para defender que este precepto no se aplica a la extinción del condominio puesto que esta se rige por el artículo 402 Cc, pero lo cierto es que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia sostienen que el mismo se aplica a la división de la cosa común, por lo que cualquier comunero podría evitar la división que pretendiera realizar el contador-partidor dativo adjudicando la cosa común a un condueño solicitando su venta en pública subasta, si bien, siempre que la solicitud sea anterior a la aprobación notarial de la división, puesto que una vez aprobada ya no hay comunidad de bienes y el derecho a pedir la venta en pública subasta se concede a quien es condueño, y si no hay ya comunidad tampoco hay condueños.

Por otro lado, es muy interesante desde el punto de vista práctico el criterio que nos ofrece la STS de 28 de julio de 2020 (RJ 2020\2477) cuando declara que *"no resultará razonable acordar la subasta, aunque lo pida uno de los partícipes cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado"*. Y a la luz del mismo se puede defender que el notario que conoce de un expediente de contador-partidor dativo podría negarse a suspenderlo cuando se solicitara por un comunero la venta judicial *cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado*.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA RUBIO, J. M., *La división de la cosa común en el Código Civil*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2012.
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., "Artículo 1057.2 Cc", en *Comentarios al Código Civil y las legislaciones forales*, Albaladejo (dir.), tomo XXXII, volumen 2º, Edersa, Madrid, 1989.
- BANACLOCHE PALAO, J., *Los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2020.
- BELTRÁN DE HEREDIA, F., *La Comunidad de bienes en el Derecho Español*, Madrid, 1954.
- BOLÁS ALFONSO, J., "La participación hecha por contador-partidor. Cuestiones prácticas", *Revista jurídica del notariado*, núm. 28, 1998.

- CARBALLO FIDALGO, M., *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Código Civil Comentado*, volumen II, Aranzadi, S.A., septiembre 2011.
- “Comentario al artículo 1057 Cc” en *Código Civil Comentado*, volumen II, 2ª ed., mayo 2016, Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), Editorial Civitas, consultado en Thomson Reuters ProView.
- DÍAZ CADÓRNIGA, J., *Extinción de la copropiedad o condominio: aspectos fiscales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2012.
- DÍEZ SOTO, C. M., “Comentario a los arts. 1061, 1062 y 1064 Cc”, en *Código Civil Comentado*, volumen II, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (dirs.), 2ª ed., Thomson Reuters, 2016.
- ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., “El contador-partidor dativo. Nota sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Domínguez Luelmo y García Rubio (dirs.), La Ley, 2014.
- “El contador-partidor dativo, procedimiento contencioso y jurisdicción voluntaria”, www.notariosyregistradores.com, 27/02/2015.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Comentario al artículo 1057 Cc”, *Comentario al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GOMÁ LANZÓN, I., “¿Cambia la Ley de Jurisdicción Voluntaria la función notarial?”, Blog, *Transparencia Notarial*, 7 septiembre 2015.
- GONZÁLEZ ACEBES, B., *El contador-partidor dativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- JIMÉNEZ GALLEGO, C., *Función notarial y jurisdicción voluntaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MANRESA Y NAVARRO, J. Mª., *Código civil español*, tomo VII, Revista de Legislación, Madrid, 1909.
- MARIÑO PARDO, F. M., “La partición realizada por contador partidor testamentario”, Entrada de 19 de mayo de 2017 en su blog “iurisprudente”, <http://www.iurisprudente.com/2017/05/la-particion-realizada-por-contador.html>, consultada el 12 de diciembre de 2020.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Lledó-Ferrer-Torres-Achón (dir.), Dykinson, 2016.
- MAYORGA ALCÁZAR, L. E., *La jurisdicción voluntaria. Una apuesta por su eficacia*, Colegio Notarial de Castilla La-Mancha y editorial Dykinson, 2015.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª., “Artículo 400 del Código Civil”, *Comentarios al Cc y a las Legislaciones forales*, Albaladejo (dir.), tomo V, volumen 2º, Edersa, Madrid, 1985.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “Comentario al artículo 1708 Cc”, en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II.
- RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, 1ª ed., Aranzadi, 2017.

INEFICACIA DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA: EN ESPECIAL DE LA PARTICIÓN CONVENCIONAL

Lorena González Losantos

Jurista

Resumen: Este trabajo analiza las causas de ineficacia de los tres tipos esenciales de partición hereditaria extrajudicial: de la realizada por el testador, de la efectuada por el contador-partidor y, en especial, de la ejecutada por los coherederos, que recibe el nombre de convencional o contractual. Se muestran los problemas de interpretación que ocasiona la redacción efectuada por el Código Civil acerca de la ineficacia de la partición hereditaria, y cómo doctrina y jurisprudencia los han solventado en la medida de lo posible. Se aborda la aplicación de las normas de ineficacia de los negocios jurídicos *inter vivos* a la partición de la herencia y las causas de ineficacia de la partición más comunes no mencionadas por el Código Civil, pero habituales en la práctica de la abogacía. Finalmente, se hace hincapié en el modo de aplicación de las normas sobre nulidad de los contratos a la partición convencional. Asimismo, las propuestas de reforma de la Asociación de Profesores de Derecho Civil son analizadas y contrastadas. Todo ello en un contexto impregnado por el principio de conservación de la partición hereditaria y a su vez, lleno de normas dispositivas fácilmente desplazables por acuerdo unánime de los coherederos.

Palabras clave: Partición, herencia, convencional, contractual, coherederos, rescisión, complemento, preterición, anulabilidad, nulidad, testador, contador-partidor, ineficacia, invalidez, buena fe, mala fe.

Abstract: This work analyses the causes of ineffectiveness of the three essential types of extrajudicial hereditary partitions: the one carried out by testator, the one carried out by the accountant-splitter and, in particular, the one executed by the heirs who are called conventional or contractual. It describes the interpretation problems caused by the wording made in the Civil Code about hereditary partition's inefficiency are described, and how jurisprudence have solved them. It contemplates the rules' application of inefficiency of inter-legal businesses to the

partition of the inheritance and the most common causes of partition's inefficiency not mentioned by the Civil Code, but usually in the practice law are addressed. Finally, it emphasizes the way in which the contracts nullity rules are applied to the conventional partition. Specifically, the civil law association's proposals to reform are taken into consideration. All this in a context impregnated by the principle of conservation of the hereditary partition and at the same time, full of operative rules easily displaceable by unanimous agreement of the heirs.

Keywords: Partition, inheritance, conventional, contractual, joint heirs, termination, complement, preterition, annulment, nullity, testator, executor, counter-splitter, ineffectiveness, invalidity, good faith, bad faith.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. REGULACIÓN SOBRE LA INEFICACIA DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA Y PRINCIPIO *FAVOR PARTITIONIS* O DE CONSERVACIÓN DE LA PARTICIÓN
- III. CLASES DE PARTICIÓN Y SUPUESTOS MÁS COMUNES DE INEFICACIA
 1. En la partición realizada por el testador
 2. En la partición efectuada por el contador-partidor
- IV. EN ESPECIAL, LA PARTICIÓN CONTRACTUAL, CONVENCIONAL O POR LOS COHEREDEROS Y LAS CAUSAS MÁS COMUNES DE SU INEFICACIA
 1. Vicios en el objeto de la partición (los bienes)
 - 1.1. Problema de calidad o valor: aplicabilidad de la rescisión por lesión (arts. 1074 a 1078 CC)
 - 1.2. Omisión de bienes (problema de cantidad, art. 1079 CC)
 2. Vicios que afectan a los sujetos de la partición
 - 2.1. Preterición de un heredero en la partición (art. 1080 CC)
 - 2.2. Heredero aparente (art. 1081 CC)
 3. Vulneración de límites
 - 3.1. Legales
 - 3.2. Impuestos por el testador
 4. Ir en contra de los propios actos: rescisión por lesión y discordancia entre acuerdo privado y escritura pública de partición
 5. Vicios de la voluntad
 - 5.1. El error en la partición hereditaria
 - 5.2. El dolo, la violencia y la intimidación en la partición hereditaria

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANEXO. TABLA COMPARATIVA: CÓDIGO CIVIL Y PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL)

TABLA DE ABREVIATURAS

Art.	= artículo
APDC	= Asociación de Profesores de Derecho Civil
CC	= Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
cit.	= citado anteriormente
Ed.	= edición
<i>et al.</i>	= y otros
<i>Ibidem</i>	= citado inmediatamente antes
LEC	= Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
<i>op. cit.</i>	= citado anteriormente
Pág.	= página
PCC	= Propuesta de Código Civil
Pp.	= páginas
SAP	= Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	= siguientes
SSTS	= Sentencias del Tribunal Supremo
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo
TS	= Tribunal Supremo
<i>Vid.</i>	= véase
Vol.	= volumen

I. INTRODUCCIÓN

Cuando una persona fallece, el patrimonio que tenía en vida pasa a integrar su herencia, se produce la apertura de la sucesión, posteriormente, la vocación –llamamiento en abstracto a los instituidos herederos–, seguidamente, la delación –llamamiento concreto u ofrecimiento de la herencia–, y, finalmente, la adquisición de la misma siempre y cuando haya sido aceptada. Para llegar a esto último es preciso efectuar la partición de la herencia, entendida como el conjunto de operaciones (inventario, avalúo, liquidación, división

y adjudicación de bienes) que ponen término a la comunidad hereditaria, transformando la cuota abstracta de cada heredero en bienes o derechos concretos (o partes indivisas de ellos) de los que se convierte en titular.

La partición hereditaria puede adolecer de distintos vicios que llevan aparejados diferentes remedios (nulidad, anulabilidad, rescisión, indemnización, adición...) y que tendrán mayor o menor relevancia dependiendo del tipo de partición.

En este contexto se parte de un análisis sobre la regulación prevista por el CC en materia de ineficacia de la partición hereditaria; se continúa con una enumeración de las causas de impugnación de las particiones efectuadas por el testador y por el contador-partidor. Para finalmente, examinar en profundidad los vicios que puede presentar la partición convencional, tanto regulados expresamente por el CC (rescisión por lesión, omisión de bienes, preterición particional e inclusión de un heredero aparente), por aplicación extensiva de las normas de los negocios jurídicos *inter vivos* (vulneración de límites y doctrina de los propios actos) como los derivados del carácter contractual de la partición (vicios de la voluntad y defectos de capacidad).

El CC contiene una regulación incompleta, parca, incorrecta y superficial sobre las causas de ineficacia de la partición hereditaria. La doctrina y la jurisprudencia han colmado esas lagunas y han resuelto los conflictos mediante una labor interpretativa. Sin embargo, nos adentramos, todavía, en una materia fragmentaria con líneas de pensamiento muy dispersas y contradictorias.

II. REGULACIÓN SOBRE LA INEFICACIA DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA Y PRINCIPIO *FAVOR PARTITIONIS* O DE CONSERVACIÓN DE LA PARTICIÓN

El CC solo dedica a la ineficacia particional la Sección 4ª del Capítulo VI del Título III del Libro III bajo la rúbrica "*De la rescisión de la partición*". Sin embargo, hay unanimidad doctrinal y jurisprudencial en considerar que el legislador utiliza la palabra "rescisión" como sinónimo de ineficacia, pues dentro de esos artículos no solo se regulan supuestos de rescisión (1). Con objeto de colmar esa laguna y los conflictos que iban surgiendo, el TS declaró que procede la apli-

(1) *Vid.* arts. 1079, 1080 y 1081 CC. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. (*Elementos de derecho civil, Sucesiones*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, pp.129-138) hablan de "*inexactitud terminológica*".

cación a la partición de las normas sobre ineficacia de los negocios jurídicos *inter vivos*, nulidad y anulabilidad; incluso cuando se trata de una partición convencional serán aplicables las reglas de invalidez de los contratos (defectos de capacidad y consentimiento)(2).

La única remisión que se hace fuera de esta rúbrica es la contemplada en el art. 1073 CC: "*Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones*". Entre los supuestos de rescisión que los arts. 1290 y 1291 CC prevén para los contratos (obligaciones) los puntos 1º y 2º del art. 1291 quedan subsumidos en el art. 1074 CC (son especificaciones referidas a personas tuteladas o ausentes); el punto 3º se refiere a la existencia de fraude de acreedores, aunque es difícil de imaginar sería coherente su aplicación en la partición(3); el punto 4º hace referencia a la existencia de cosas litigiosas cuya aplicación sí cabe a la partición, y el punto 5º no requiere tratamiento, pues se refiere a otros casos de rescisión indicados por la ley, uno de los cuales es precisamente la rescisión por lesión en más de un cuarto de la partición hereditaria(4).

Esa complejidad normativa se ve impregnada por la tendencia jurisprudencial a mantener la partición realizada, evitando la rescisión, nulidad o anulabilidad de la misma, en tanto sea posible(5). En este sentido, el TS ha consagrado el principio de *favor partitionis* o de conservación de la partición(6), pues a él no se refiere

(2) SSTs 6 noviembre 1934, 29 marzo 1958, 13 octubre 1960, 31 mayo 1980, 14 mayo 2003, 7 noviembre 2006, 12 marzo 2009, 20 julio 2009 y 20 julio 2012, SAP Pontevedra 19 febrero 2015 y SAP Cádiz 30 mayo 2018.

(3) ROBLES LATORRE, P. (*La partición convencional y su impugnación*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 174-183) afirma, citando a SCAVEOLA, que las facultades que confiere el art. 1082 CC hacen difícil el ejercicio de la acción rescisoria por parte de los acreedores del causante o hereditarios, aunque lo califica como legalmente posible. GARCÍA PÉREZ, C. L. (*La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 40-42) añade que para que proceda la rescisión por fraude de acreedores es necesario que el heredero sea el que provoque el perjuicio en su cuota, pues si lo ocasionan otros sujetos, los acreedores pueden ejercitar la acción subrogatoria en relación con el art. 1074 CC.

(4) La APDC propone una nueva redacción del art. 1073 CC con el objetivo de introducir claridad sobre los supuestos de ineficacia de la partición hereditaria, incluyendo lo declarado por el TS: *Vid.* art. 468-74 PCC.

(5) PÉREZ RAMOS, C. (*Cuestiones prácticas sobre herencias para especialistas en sucesiones*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2019, p. 595) menciona que no es un principio absoluto.

(6) SSTs 2 julio 1904, 5 mayo de 1933, 17 abril de 1943, 19 mayo 1945, 15 junio 1982, 14 febrero 1985, 7 noviembre 2006, 12 junio 2008, 12 marzo 2009, 30 octubre 2012, 10 diciembre 2014, 3 noviembre 2014, 16 junio 2015 y otras.

expresamente el CC, aunque su existencia puede extraerse de una lectura sistemática (7). El fundamento de este principio es evitar, cuando sea factible, las perturbaciones (gastos) que una nueva partición ocasionaría a los herederos y terceros que con estos hubieran contratado, así como impedir que los bienes vuelvan al estado de indivisión, pero realizando las adiciones o rectificaciones que sean necesarias (8).

III. CLASES DE PARTICIÓN Y SUPUESTOS MÁS COMUNES DE INEFICACIA

Siguiendo la distinción tradicional realizada por la doctrina puede hablarse de partición judicial (art. 1059 CC y arts. 782-789 LEC) o extrajudicial. Dentro de esta última se encuentran tres tipos: la realizada por el testador (art. 1056 CC), por el contador-partidor (art. 1057 CC, bien nombrado por el testador, párrafo primero, o bien dativo por no ponerse de acuerdo los coherederos, párrafo segundo) y convencional o contractual, realizada por los propios herederos (art. 1058 CC) (9).

(7) El art. 1074 exige lesión en más de un cuarto para que pueda ser rescindida la partición; el art. 1075 indica que en caso de procederse a una nueva partición solo afectará a perjudicados y beneficiados; el art. 1079 establece que cuando tiene lugar una omisión de bienes el remedio no es la rescisión sino una partición adicional; el art. 1080 contiene que será válida la partición con heredero preterido salvo que haya dolo o mala fe aunque este tendrá derecho a percibir lo que proporcionalmente le corresponda y el art. 1078 sostiene que no podrá ejercitar la acción rescisoria quien hubiera enajenado todo o parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieran sido adjudicados.

(8) RIVAS MARTÍNEZ, J. (*Derecho de sucesiones común y foral*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, pp. 2105-2124) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A. ["La ineficacia de la partición hereditaria" en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (Dir.) *La partición de la Herencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 385].

(9) Hay otro tipo de partición, la arbitral, siguiendo las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Para, PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, p. 509) y Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (*Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 550-551) los herederos pueden encomendar la partición a un tercero distinto del árbitro. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. ["La comunidad hereditaria y la partición; sus especies" en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (Dir.) *La partición de la Herencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 16] añade que puede ser acordada por los interesados en contrato de compromiso o impuesta por el testador: la primera no tiene límites y la segunda sí, las legítimas y los legitimarios.

Centrándonos en la segunda categoría hay una serie de supuestos comunes de nulidad: inexistencia de muerte del causante, partición realizada con base en testamento nulo, revocable o anterior existiendo otro posterior, partición efectuada con arreglo a normativa improcedente al no haber sido realizada con arreglo a la ley nacional del causante(10), partición basada en previa liquidación de sociedad de gananciales sin intervención del cónyuge superviviente o de los herederos del premuerto(11), objeto ilícito, contrario al orden público, que resulte imposible en el aspecto físico o repudiable en el moral y causa ilícita o totalmente falsa(12).

1. En la partición realizada por el testador

El art. 1056.1 CC establece que *“Cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos”*. Por su parte, el art. 1075 CC recoge que *“La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador”*.

De la lectura de estos preceptos parece dilucidarse que el ejercicio de la acción rescisoria por lesión en más de un cuarto solo se permitirá cuando el heredero vea lesionada su legítima(13). Para VALLET DE GOYTISOLO si el testador no indica que su partición será impugnabile, debe entenderse que su voluntad era la contraria, aunque el heredero sea lesionado económicamente por la partición(14). Por el contrario, ALBALADEJO afirma que para que no pueda impugnarse por otras causas la partición, el testador deberá de expresar su voluntad

(10) FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. (*La partición*, Comares, Granada, 2009, pp. 268 y ss.).

(11) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (*“La ineficacia...”*, cit., pp. 385 y ss.).

(12) LLEDÓ YAGÜE, F. (*La comunidad hereditaria y la partición de herencia*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993, pp. 214-215).

(13) SÁNCHEZ ROMÁN, F. (*Derecho de sucesiones. VI. Vol. III. Estudios de Derecho civil*, Establecimiento Tipográfico de Rivadeneyra, Madrid, 1910 (Analecta, Pamplona, reimpresión 2004, p. 1986) defiende que la partición solo tiene como límite el testamento porque el art. 1056 CC habla de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos, ello limita al testamento y no a la partición.

(14) VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (*Panorama del derecho de sucesiones*, Vols. I y II, Civitas, Madrid, 1984, pp. 885-887) matiza que la regla general es la no impugnación.

de que sea mantenida independientemente de la lesión o resulte esa interpretación del testamento(15). La doctrina y la jurisprudencia han asumido la primera tesis, permitiendo que la partición hecha por el testador sea rescindible en caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos, lo exprese el testador en el testamento o pueda deducirse de él que el testador incurrió en error, no siendo su voluntad la de provocar esa lesión(16).

Aunque el precepto hable de partición *inter vivos*, se refiere a que el testador puede realizarla en documento separado, pero requiere de testamento anterior o posterior para su validez(17); por ello, la partición basada en un testamento nulo, revocado o anterior estará viciada de nulidad(18).

(15) ALBALADEJO GARCÍA, M. ("Dos aspectos de la partición hecha por el testador", *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 1948, pp. 952-955): el art. 1075 CC permite directamente impugnar.

(16) Redacción que es acogida por la PCC, *vid.* art. 468-75.2. Para la mayoría de la doctrina basta con que se cause un perjuicio para rescindir: GARCÍA PÉREZ (*La rescisión...*, cit., pp. 47-57), FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., pp. 422-423) y MARTÍNEZ ESPÍN, P. ["Comentario a los arts. 1073 a 1081 CC" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 1453]; Sin embargo, para PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 601-602) y Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, p. 562) si se produce lesión en la legítima, independientemente de la cuantía, proceden las normas protectoras de la intangibilidad cuantitativa, siendo necesaria lesión en más de un cuarto para el ejercicio de la acción rescisoria. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A. ["La partición adicional" en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Dirs.) *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 1736] y LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA (*op. cit.*, pp. 130-135) recuerdan que se vulnera la intangibilidad de la legítima, lo que puede conllevar la nulidad de la partición.

(17) ALBALADEJO, M. (*Derecho civil*, José María Bosch, Barcelona 1997, pp. 135-136). En igual sentido LETE ACHIRICA, J. ["Comunidad hereditaria y partición", en GETE-ALONSO Y CALERA Mª. C. (Dir.), SOLÉ RESINA, J. (Coord.) *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo II*, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2563-2567], LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 64-67) y FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 22) señalan que es doctrina asentada a partir de la STS 6 marzo 1945 y dice este último que discrepa de DE BUEN Y ROCA SASTRE que entienden que cabe la partición dispuesta por el causante sin testamento en la sucesión intestada. En Francia se permite partir los bienes de la futura herencia mediante donaciones en vida; en España, la mayoría de la doctrina afirma que no cabe la partición-donación. Para Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, pp. 542-543) y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (*La partición convencional*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, pp. 70 y ss.) es posible hacer partición *inter vivos*, en sentido literal, con consentimiento de los herederos.

(18) SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, pp. 1986-1987) afirma: "No puede haber

Si la partición no se ajusta a las disposiciones testamentarias surge la duda de si prevalece el testamento o la partición y si esta puede ser impugnada por deber ajustarse a dichas disposiciones. La postura asentada es que si guardó la forma de una disposición *mortis causa* (salvando la legítima) prevalece la partición a menos que se desprenda otra interpretación del testamento. Si no guardó la forma *mortis causa*, prevalece la institución y podrá impugnarse la partición por estar viciada (19). Por ello, no basta con que haya divergencia entre testamento y partición para que pueda impugnarse esta última, es necesario que pueda interpretarse que fue otra la voluntad del testador (rescisión por lesión) o que las diferencias sean tan esenciales que la partición no esté amparada por el testamento (nulidad) (20).

Si bien es cierto que el testador goza de una amplia libertad a la hora de hacer la partición, esta puede estar viciada por otras causas:

La partición será nula:

- Si se omiten las operaciones fundamentales (inventario, avalúo, liquidación, formación de lotes, adjudicación) (21).

particiones válidas de testamento nulo, pero sí particiones nulas de testamento válido”.

(19) *Ibidem*, pp. 1986-1987. *Vid.* art. 468-51. PCC que asume esa postura.

(20) SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, p. 1986). En contra, ALBALADEJO GARCÍA (“Dos aspectos...”, *cit.*, p. 955) para quien partición que discrepe de disposición es impugnable por lesión. Para LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, *cit.*, pp. 67-78) si existe diferencia sustancial entre testamento y partición realizada por acto *inter vivos*, la partición puede ser anulable por vía del art. 1056 CC, aunque no haya perjuicio en la legítima ni lesión.

(21) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. [“Partición hereditaria: Conceptos generales, operaciones particionales y tipos de partición, en PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (Coord.) *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2016, p. 454] añade que no ocurrirá esto cuando estemos ante meras normas dispuestas por el testador para que los herederos o el contador-partidor apliquen al realizar la partición. Estaremos ante instrucciones particionales cuando se hayan asignado solamente algunos bienes y designado contador-partidor o cuando el testador no haya practicado todas las operaciones particionales sin ser su voluntad la de realizar una verdadera partición. Igualmente señala CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario a la STS 18 julio 1998 [Interpretación del testamento; prevalece la voluntad real del testador sobre el tenor literal en una cláusula contradictoria; legado (prelegado) o adjudicación particional. Herencia indivisa: administración de herencia. Sustitución ejemplar. Incongruencia” en *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, nº 49, 1999, pp. 67-92].

- Si el testador dispone de bienes gananciales porque el art. 1056 CC habla de "*partición de sus bienes*"(22) (debe tenerse en cuenta la figura del legado de cosa ajena, perfectamente válido). La partición hecha por ambos cónyuges será válida siempre y cuando prevean la forma de liquidar la sociedad de gananciales y hagan la partición de sus respectivas herencias, conforme a la liquidación anterior y con base en dos testamentos diferentes, lo cual no entraría dentro de la prohibición de los testamentos mancomunados (art. 669 CC)(23).
- Si la partición es realizada por causante no testador (vulneración art. 1056 CC).
- Si el testador no tenía capacidad para testar (art. 663 CC)(24).
- El supuesto de inclusión de un heredero aparente en la partición (art. 1081 CC) es difícilmente aplicable a este tipo de partición, porque el testador es quien determina a los herederos, aunque si realiza testamento y partición en documentos separados y la segunda está referida al primero, conteniendo a un heredero más, habría discrepancia, pero debería aplicarse lo dispuesto más arriba sobre divergencia entre testamento y partición y voluntad del testador.

(22) PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 510 y ss.) y RUBIO GARRIDO, T. (*La partición de la herencia*, Cizur Menor, Navarra, 2019, p. 230) indican que la inclusión de bienes no pertenecientes al causante en la partición no siempre conlleva la nulidad, pues en la partición consensual debe prevalecer lo pactado por las partes, la nulidad solo procede cuando la inclusión de bienes ajenos sea de gran entidad y tenga una repercusión muy apreciable en el cálculo de la legítima y parte de libre disposición. Como subrayan RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2584-2585), LETE ACHIRICA (*op. cit.*, p. 2563), FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ["La ineficacia...", *cit.*, p. 420) y MARTÍNEZ ESPÍN, P. ("Comentario a los arts. 1051 a 1072 del Código Civil" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 1423-1428 y en "Partición y colación", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 210] basta para la validez de la partición con que los bienes sean del testador cuando fallezca. Las STS 14 julio 2008 y SAP Pontevedra 14 diciembre 2016 indican que, si el testador atribuye un bien ganancial, está condicionado para la validez de la partición a que se le atribuya cuando se divida la sociedad de gananciales. Por su parte, la SAP Madrid 26 marzo 2018 añade que "*es preferible limitar el alcance de la nulidad, excepto los casos en los que no es razonablemente posible la separabilidad de las disposiciones válidas e inválidas*".

(23) STS 21 julio 1986.

(24) FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 22): porque el testamento será nulo y la partición también por carecer de base testamentaria.

Como supuestos de anulabilidad de la partición se encuentran: la omisión sustancial de bienes(25) y la preterición con mala fe o dolo derivada de la preterición testamentaria, siempre y cuando se impugne la partición (art. 1080 CC)(26).

2. En la partición efectuada por el contador-partidor

El art. 1057 CC dispone: "*El testador podrá encomendar por acto 'inter vivos' o 'mortis causa' para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos*". Se aplica la rescisión por lesión sin las restricciones vistas para la partición por testador(27) y, además, hay otros posibles supuestos de ineficacia que conllevan la nulidad o la anulabilidad de la partición:

La partición será nula:

- Si es efectuada por persona distinta del contador-partidor, sin delegación autorizada por el testador porque el cargo de con-

(25) Como se verá a la hora de tratar la partición convencional hay quien defiende que la omisión sustancial de bienes en la partición conlleva la nulidad (*vid.* 1.2.1. Cantidad de los bienes omitidos). RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 233-234) defiende que en la partición hecha por el testador siempre procede adición y nunca nulidad. MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1051...", *cit.*, pp. 1423-1428) afirma que, si el testador enajena un bien incluido en la partición, esta debe ser rectificada para equilibrar los lotes y compensar al heredero del bien enajenado.

(26) Aunque lo lógico sería impugnar el testamento vemos coherente la posibilidad, como vía alternativa, de que el heredero preterido impugne la partición, para cuyo caso se aplicará el art. 1080 CC [*vid.* 2.1.3. Ámbito de aplicación del art. 1080 CC y su superposición con la preterición testamentaria (art. 814 CC)].

(27) Para LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA (*op. cit.*, pp. 130-131) si la partición del testador es nula cuando lesiona las legítimas lo mismo ocurre con la realizada por contador-partidor. ESPEJO RUIZ, M. ["Invalidez de la partición hereditaria realizada por contador-partidor por preterición de un heredero o por inclusión de un heredero que no lo es" en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Dirs.) *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 1496] critica la STS 13 diciembre 1955 que equiparaba la partición del contador a la de los coherederos, considerando aplicables las causas de invalidez de los contratos; esta tesis no ha sido asumida por la jurisprudencia, pero le sirvió de base para considerar aplicables a la partición por contador las causas de ineficacia de los negocios jurídicos *inter vivos*. VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, *cit.*, p. 986) defiende que será rescindible la partición siempre que se vaya más allá de la voluntad del testador.

tador-partidor es personalísimo, si bien este puede hacerse valer de auxiliares (28).

- Si el contador-partidor tiene la cualidad de heredero porque el art. 1057 CC contempla esta prohibición, debe incluirse dentro de tal prohibición al legatario de parte alícuota (29), porque la finalidad es conseguir imparcialidad y ambos son interesados en la partición. Existen diversas opiniones sobre si puede ser contador-partidor el cónyuge viudo o el coheredero o legatario que renuncie a la cuota hereditaria, aunque esto último lo admite la mayoría de la doctrina (30).
- Si se efectúa fuera de plazo, porque el cargo de contador-partidor es temporal (31).
- Si el contador-partidor no se ajusta a las reglas del art. 1061 CC (32).
- Si el contador-partidor se excede en sus funciones (con manifiesta temeridad o notoria mala fe), pues solo tiene facultades

(28) MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1051...", cit., p. 1429) y RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, p. 401), sin embargo, para LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...* cit., pp. 92-93) se estaría ante un vicio de anulabilidad porque el contador-partidor puede hacer suyo lo efectuado por el técnico, firmar el cuaderno particional y protocolizarlo notarialmente.

(29) Lo contempla expresamente la PCC: *vid.* art. 468-52.1.

(30) MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1051...", cit., p. 1430 y "Partición...", cit., p. 217) afirma que no puede ser contador-partidor el cónyuge viudo, aunque renuncie a su cuota usufructuaria. En contra LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 100-101), sin embargo, considera que el legatario de parte alícuota puede ser contador y que el coheredero que renuncie a favor de otro no puede serlo. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (*Compendio de derecho sucesorio*, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2011, pp. 444 y ss.), DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, p. 547) y PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 519-520) defienden que no puede serlo el cónyuge viudo. En contra LETE ACHIRICA (*op. cit.*, pp. 2567- 2572) y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ("Partición hereditaria...", cit., p. 459) que matiza que hoy se permite por aplicación analógica del art. 831 CC.

(31) Para MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1051...", cit., p. 1430) cuando el plazo se ha dispuesto en beneficio de un heredero, y este renuncia a que la actuación del contador se realice en plazo, no habrá nulidad.

(32) El TS ha matizado esa exigencia, el contador debe guardar igualdad en naturaleza, calidad y especie en tanto le sea posible. *Vid.* 3.1.2. Prescindir del principio de igualdad cualitativa en la formación de los lotes (art. 1061 CC). RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2618-2625) afirma que hay tres excepciones a esa nulidad: si la igualdad no es posible, si así lo ha establecido el testador o la excepción del art. 1062 CC.

particionales y carece de facultades de disposición salvo que se las atribuya el testador(33).

- Si se incluye a un heredero aparente en la partición (art. 1081 CC)(34).

La partición será anulable:

- Si se omite a un heredero por el contador en la partición cuando ese heredero estaba previsto en el testamento(35). Aunque si la preterición particional procede de la preterición testamentaria se aplicará lo previsto en el art. 1080 CC(36).
- Si no se citan a inventario los representantes legales cuando hay herederos menores o sujetos a tutela (art. 1057)(37).
- Si se infringe la regla de mancomunidad: cuando se nombran varios contadores-partidores por el testador deben actuar todos de común acuerdo (art. 895 CC).

(33) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ("Partición hereditaria...", cit., pp. 443-465) y Sánchez Hernández, A. ["La legítima del cónyuge viudo (arts. 834 a 840 del Código Civil)", en Díez-PICAZO, L. (Coord.) *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Volumen II, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, p. 3127]. Vid. art. 468-53 PCC sobre redacción expresa de las facultades del contador-partidor.

(34) Sin embargo, ESPEJO RUIZ (*op. cit.*, pp. 1503-1507) afirma que, si el contador incluye a un heredero que no lo es, incumpliendo lo dispuesto en el testamento, la partición será anulable. Discrepa de CAMY para el que este artículo solo es aplicable a la partición contractual porque el precepto dice partición "hecha con", pero ello quiere decir hecha con alguien que no era heredero, no necesariamente hecha por los coherederos.

(35) Así, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., pp. 445-450). Igualmente, ESPEJO RUIZ (*op. cit.*, pp. 1498-1499) que distingue tres supuestos: incumplimiento de la voluntad del testador (anulabilidad), el dolo o mala fe del contador es irrelevante (el perjudicado reclama lo que proporcionalmente le corresponda) y solo si hay preterición más falta de proporcionalidad en las cuotas se genera invalidez (con tres remedios en orden: rectificación, indemnización y nulidad). En contra, MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., pp. 1461-1462) lo entiende solo aplicable a la partición convencional.

(36) Creemos que, aunque lo coherente y lógico sea impugnar el testamento, puede optar el heredero por impugnar solamente la partición, y ese es el supuesto en el que será aplicable el art. 1080 CC. Vid. 2.1.3. Ámbito de aplicación del art. 1080 CC y su superposición con la preterición testamentaria (art. 814 CC).

(37) Para SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, pp. 1965-1967) la falta de citación queda subsanada si el defensor judicial manifiesta su conformidad con las operaciones particionales en representación de los interesados. Para RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, p. 365) es un supuesto dudoso de anulabilidad.

- Si se omiten bienes de elevada importancia(38).
- No atenerse el contador-partidor a la voluntad del testador(39).

A pesar de que la partición hereditaria efectuada por contador-partidor tiene carácter unilateral y no requiere del consentimiento de los herederos, este es recomendable, pues salva la posible responsabilidad del contador, pudiendo ser impugnada la partición solo por vicios del consentimiento y pasará a tener carácter contractual. Se aplica así la doctrina de los actos propios a quienes consintieron(40).

IV. EN ESPECIAL, LA PARTICIÓN CONTRACTUAL, CONVENCIONAL O POR LOS COHEREDEROS Y LAS CAUSAS MÁS COMUNES DE SU INEFICACIA

La partición efectuada por los coherederos, al tener carácter contractual, requiere de la concurrencia de los requisitos del art. 1261 CC: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia de contrato y causa de la obligación que se establezca, pues la ausencia de estos determinaría la nulidad de la partición.

(38) La omisión de algunos bienes da lugar a una partición adicional (art. 1079). RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, p. 379) defiende que a diferencia de las particiones realizadas por el testador o por los coherederos, la del contador no puede ser parcial, pero cabe complementarla con bienes aparecidos después no conocidos al morir el causante.

(39) LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 87-88) basándose en ESPÍN y en las SSTs 25 abril 1963 y 17 abril 1967, afirma que cabe tanto nulidad como rescisión. Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, p. 547), PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (*Partición y Registro de la Propiedad*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2019., pp. 135-136), RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, p. 424) y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ["La partición hereditaria, efectos. Invalidez e ineficacia. La colación", en PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (Coord.) *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2016, p. 460] afirman que el contador-partidor puede subsanar los vicios de ilegalidad en los que incurre el testador. En contra ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p. 153) sostiene que no es su misión, aunque se admita por la jurisprudencia.

(40) Lo sostienen PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, p. 528), RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2605-2606) y RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 431-433). Igualmente, *vid.* STS 25 abril 2018. En el mismo sentido la STS 13 marzo 2012 resuelve un supuesto de partición por contador con cargo caducado pero consentida por los herederos y la califica como válida. ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 71 y ss.) afirma que el consentimiento solo tiene validez en el plano moral; igualmente, SAP Córdoba 12 junio 2014.

Aunque pueden hacerse numerosas clasificaciones, la que más claridad aporta a la hora de desglosar las causas de ineficacia de la partición contractual es en función del objeto (calidad y cantidad), sujeto (preterición y heredero aparente), vulneración de límites (legales: prescindir de los representantes legales y del art. 1061 CC; e impuestos por el testador: prescindir de la partición efectuada por este, del contador-partidor y de su partición), doctrina de los actos propios (rescisión por lesión y discordancia entre acuerdo privado y escritura pública de partición) y vicios de la voluntad (error, dolo, violencia e intimidación).

1. Vicios en el objeto de la partición (los bienes)

1.1. *Problema de calidad o valor: aplicabilidad de la rescisión por lesión (arts. 1074 a 1078 CC)*

1.1.1. Rescisión por lesión y causa transaccional: los actos propios

El art. 1074 CC establece: *"Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas"*. En la partición contractual hay controversia sobre si cabe la rescisión por lesión, al haber un acuerdo entre coherederos, tener naturaleza de contrato y carácter de transacción. El art. 1089 CC define la transacción como *"un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado"*. El problema se encuentra en determinar qué alcance tiene el acuerdo, si dicho alcance llega a tener causa transaccional y cómo influye la doctrina de los actos propios.

Siguiendo a la mayoría de la doctrina, si la transacción tiene lugar antes de la realización de la partición, es decir, sobre lo que se pretende adjudicar a cada heredero (bienes inmuebles, muebles, efectivo...) y todos manifiestan el consentimiento sobre lo que les corresponderá en función de dicho acuerdo, al no haber una conformidad manifestada con lo efectivamente adjudicado, cabrá la rescisión por lesión de la partición siempre que se cumplan los presupuestos (41). No obstante, si el acuerdo recae sobre lo recibido (la propia partición), posteriormente no cabrá la acción rescisoria, pues los coherederos habían manifestado su consentimiento, dán-

(41) *Vid.* 1.1.2. Rescisión por lesión en más de un cuarto.

dose por satisfechos(42), pudiéndose aplicar en su caso las normas del contrato que hayan formalizado(43).

Además, si con la manifestación del consentimiento y la conformidad a la hora de hacer la partición, los coherederos quieren solucionar un conflicto, renunciando a posibles impugnaciones, no tendría cabida la acción rescisoria(44); el caso paradigmático es la existencia de un testamento nulo y renuncia de todos los coherederos a ejercitar acciones alcanzando una partición convencional sobre la base de ese testamento(45).

En cuanto a la jurisprudencia, da un paso más y no solo no excluye la rescisión por lesión en la partición convencional por el mero hecho de tener naturaleza de contrato(46), sino que tampoco de-

(42) Creemos que puede considerarse una renuncia tácita a la acción.

(43) GARCÍA PÉREZ (*La rescisión...*, cit., pp. 14-15 y pp. 69-73). Igualmente, Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, p. 562) pero afirma que si solo hay un negocio donde directamente se reparten los bienes, sin haberse fijado previamente las cuotas asignadas, es difícil permitir la acción rescisoria, pues no hay comparación para verificar si se produce lesión en más de un cuarto entre lo presuntamente asignado y lo efectivamente adjudicado y, aunque se pueda realizar un intento de reconstrucción en abstracto de cuotas asignadas, es casi imposible apreciar la lesión con exactitud. También comparte la opinión ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 25-26), pero adopta el argumento desde la causa; si se demuestra una causa diferente a lo particional, al existir un contrato válido (transacción) no cabe la rescisión por lesión, pero si no se prueba ello, lo particional se extendería sobre todo lo acordado, aplicándose las causas y reglas de la ineficacia de la partición contractual. Sin embargo, ROBLES LATORRE (*op. cit.*, p. 1) afirma que no cabe rescisión por lesión si hay transacción, sin hacer más distinción. ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 292-293) menciona que en base al art. 828 del Proyecto de CC de 1851 de García Goyena, para que la transacción excluyera el ejercicio de la acción rescisoria, antes tenía que producirse después de realizarse la partición, sin embargo, hoy en día es indiferente si hay transacción antes o después de la partición, pues el CC no establece precisión alguna. Siguiendo este argumento, parece que la exclusión de la acción rescisoria dependerá de que se trate de una verdadera renuncia al ejercicio de la acción.

(44) Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, p. 562). Igualmente, ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, p. 277).

(45) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 46-51).

(46) *Vid.* SAP Alicante 27 abril y SAP Sevilla 10 de febrero, ambas del año 2015. Antiguamente (STS 5 marzo 1991) se permitía el ejercicio de la acción rescisoria, pero negándose el carácter transaccional (salvo en particiones con vicios convalidados por acuerdo unánime) con fundamento en la ausencia de transmisión recíproca de bienes o derechos entre coherederos, pues la transmisión se produce entre el causante y los herederos. En realidad, como afirma RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 64-65), se negaba el carácter transaccional simplemente para permitir el ejercicio de la acción rescisoria. Por su parte, las SSTs 29 marzo 1958, 19 diciembre 1967, 7 febrero 1969

fiende que la doctrina de los propios actos deba aplicarse solo por tratarse de una partición con carácter contractual(47), pues si no hay correlación entre lo consentido y lo efectivamente adjudicado al coheredero y se dan los demás presupuestos exigidos para el ejercicio de la acción rescisoria(48), solo una renuncia expresa y consciente impide al interesado ejercitarla(49). Sin embargo, excluye su ejercicio en aquellos supuestos en los que el impugnante estando conforme con una adjudicación y efectivamente adjudicándosele aquello para lo cual había manifestado su consentimiento, pretende ejercitar posteriormente la acción rescisoria(50), porque en estos supuestos sí se estaría actuando contra los propios actos(51).

Una vez admitida la posibilidad de impugnación de la partición convencional por lesión en más de un cuarto a través de la vía rescisoria, procede explicar su régimen, que en nada difiere del resto de particiones extrajudiciales.

1.1.2. Rescisión por lesión en más de un cuarto

Como se ha afirmado, es necesario que se produzca lesión en más de un cuarto para que la partición hereditaria pueda rescindirse(52). Es decir, el valor de los bienes que son adjudicados a un he-

y 18 de mayo de 1993, SAP Madrid 25 mayo 2010 y SAP Castellón 20 abril 2010 admiten sin más objeciones la rescisión por lesión de la partición contractual, sin perjuicio de los arts. 1075 y 1078 CC.

(47) STS 17 de mayo 2004, SAP Córdoba 9 marzo 2017 y SAP Sevilla 2 noviembre 2017. Conforme, COSTAS RODAL, L. ("Rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 7, 2015, versión electrónica, ref. 2015/3051, p. 2).

(48) *Vid.* 1.1.2. Rescisión por lesión en más de un cuarto.

(49) STS 20 enero 2012.

(50) SAP Alicante 5 octubre 2011 y STS 19 febrero 2014.

(51) La SAP Valencia 10 febrero 2017 trata un caso peculiar de actuación contradictoria: se vulnera la doctrina de los actos propios y no cabe rescindir por lesión porque actúa contrariamente "*de un lado, al cuestionar la corrección de la partición, y, de otro, estar actuando en consonancia con ella*". Lo comparte OLIVA BLÁZQUEZ, F. ["Rescisión por lesión de la partición hereditaria y *favor partitionis* en HERRERO OVIEDO, M. (Coord.) *Estudios de derecho de sucesiones*, La Ley, Madrid (versión electrónica) 2014, p. 6]. No obstante, no deja de haber sentencias contradictorias: la SAP A Coruña 24 junio 2011 dispone que "*no es posible fundamentar la invalidez o la nulidad de la distribución de la herencia así practicada en la vulneración de preceptos ajenos a su naturaleza contractual tales como los arts. 1061, 1074 y concordantes del CC*".

(52) COSTAS RODAL (*op. cit.*, p. 2) afirma que las lesiones que no alcancen

redero para cubrir la cuota que le corresponde en la herencia debe de ser al menos de las tres cuartas partes del valor que le correspondía recibir, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, y no en el momento del fallecimiento del causante(53); la partición es válida, pero ocasiona un perjuicio económico y la lesión debe sustanciarse en un daño efectivo, no posible, eventual o hipotético. La lesión no se calcula con referencia al valor singular de los bienes, sino del lote atribuido al heredero en su conjunto(54). Deben tenerse en cuenta el valor total de los bienes que integran el haber hereditario, la cuota del heredero y el valor de lo efectivamente adjudicado(55).

En cuanto a sus requisitos:

- a) El ejercicio de la acción rescisoria es **subsidiario**, y solo se recurre a él cuando el interesado no tenga otro remedio para que su perjuicio sea reparado(56).
- b) Es necesario que haya **buena fe**, pues si el heredero beneficiado ha actuado de mala fe o con dolo, la partición no será rescindible sino anulable(57).

el límite de más de un cuarto podrán repararse mediante una indemnización, pero con mantenimiento de la partición.

(53) STS 21 marzo 1985 y SAP Alicante 30 junio 2015. Por su parte, la STS 30 mayo 2008 expone que no cabe el ejercicio de la acción de rescisión si el valor de los bienes varía una vez hecha la partición.

(54) SSTs 24 noviembre 1960 y 21 marzo 1985.

(55) SSTs 8 marzo 2001 y 27 octubre 2000. Siguiendo a GALICIA AIZPURUA, G. [“Comentario al art. 1074 del Código Civil” en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., *et al.* (Dirs.) *Código Civil Comentado*, Volumen II, Civitas Cizur Menor, 2016, versión electrónica, ref. 2011/1756, p. 2] pueden distinguirse tres supuestos: si la sobrevaloración afecta al lote de un coheredero y los demás lotes están correctamente valorados, para calcular la lesión se necesita reconstruir el valor real de la herencia, reajustar el valor de las cuotas de todos los coherederos y sobre ello “*determinar si el lote que se le atribuyó vale (o no) menos de la cuarta parte del nuevo valor de su cuota*”. Si se da una sobrevaloración de un lote y una infravaloración de otro, el defecto de valor del segundo lote se ha incluido como exceso en el primero, solo están implicados dos sujetos para corregir la lesión permaneciendo igual el resto de los lotes. Y, si el defecto de valoración afecta a todos los coherederos por igual, no procede reclamar nada, pero si afecta de forma diferente a cada uno, podrían tener derecho a reclamar.

(56) SAP A Coruña 30 septiembre 2019, pero MARTÍNEZ ESPÍN (“Comentario a los arts. 1073...”, cit., p. 1452) afirma que por las dificultades de diferenciar a qué supuestos se aplica la nulidad y a cuáles la rescisión, a veces la jurisprudencia opta por la rescisión, aunque sea una acción subsidiaria.

(57) LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., p. 227), ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p. 178), LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA (*op.*

- c) Es **renunciable** si se conocen las circunstancias de la realidad y de la lesión (58).
- d) Sobre la **legitimación activa**, la tienen el perjudicado y los acreedores (art. 1111 CC) (59). Queda excluido el heredero que enajene todo o parte considerable de los bienes inmuebles (art. 1078 CC). La mayoría de la doctrina ha considerado que es un supuesto de renuncia tácita a la acción (60) y que es indiferente que se trate de enajenaciones a título oneroso o gratuito, se asimilan los actos de gravamen a los de enajenación y esta última debe ser voluntaria, excluyéndose la forzosa. Aunque el precepto hable de bienes inmuebles, también es aplicable cuando se enajenen bienes muebles de considerable valor (61).
- e) Respecto a la **legitimación pasiva**, la acción debe ser ejercitada frente a todos los partícipes, aunque no resulten beneficiados o perjudicados, se exige un *litis consorcio* pasivo necesario (62).
- f) No tendrá lugar la rescisión cuando las cosas hayan sido adquiridas lícitamente por **terceros de buena fe** (el beneficiado deberá indemnizar al perjudicado), y no prevalece contra terceros que adquieran bienes inmuebles o derechos reales

cit., pp. 130-135), RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, p. 283) y OLIVA BLÁZQUEZ (*op. cit.*, p. 6).

(58) VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, cit., p. 989). Sin embargo, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., p. 411) y ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p. 179) consideran como válida la renuncia tanto si se conoce la lesión como antes de conocerla. RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2740-2741) se inclina por calificar como inválidas las renunciaciones que proceden de vicios de la voluntad o que puedan provocar la invalidez, y en el mismo sentido ROBLES LATORRE (*op. cit.*, p. 208) defiende que cabe renuncia con dos límites: voluntad expresa, libre y no viciada y que no cause daño a terceros. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ("La partición...", cit., p. 474) afirma que no hay duda sobre la renuncia una vez producida la lesión, pero la previa debería admitirse si se debe a un acuerdo transaccional o la realizan todos los coherederos, quedando siempre a salvo la posibilidad de impugnar la partición por vicios de la voluntad.

(59) Como afirma LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., p. 222), verán afectado su derecho de cobro.

(60) En el mismo sentido, SAP Las Palmas 9 mayo 2013. En contra, GARCÍA PÉREZ (*La rescisión...* cit., p. 44), pues la finalidad es garantizar que en caso de prosperar la rescisión se puedan restituir los bienes.

(61) Tesis adoptada por la doctrina y la jurisprudencia y acogida por la PCC, *vid.* art. 468-76.1.

(62) STS 19 mayo 1964 y SAP Huelva 23 febrero 2017.

con título inscrito en el Registro de la Propiedad (63). Tampoco procede en caso de que la lesión **afecte por igual a todos** los coherederos, ni si hay un **mero error de cálculo** que se solventa con una rectificación del lote adjudicado (64).

- g) El art. 1076 CC señala un **plazo de caducidad** de cuatro años (65), contados desde que se hizo la partición, para el ejercicio de la acción. Si se trata de dos o más particiones parciales el plazo contará concluida la última; si hay herederos tutelados o ausentes, el plazo no empezará a contar hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros o sea conocido el domicilio de los segundos, y si se oculta la partición a los herederos, no se entregan bienes o no se inscriben en el Registro el plazo comienza desde el día en que la acción pudo ejercitarse (66).

En lo que respecta a sus consecuencias o efectos, el art. 1077 CC concede un derecho de opción al demandado, que *"podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición"*. (STS 3 noviembre 2015) *"La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio"*. En caso de procederse a una nueva partición, *"no alcanzará esta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo"*. Se trata de una nueva partición parcial.

Se debe indemnizar en cosas de la misma naturaleza, calidad o especie (67) o redistribuir el bien incorrectamente repartido (68), y será de cuantía suficiente para eliminar la lesión y no para rebajarla a un cuarto. El derecho de opción es aplicable en el caso de rescisión, no de nulidad. Si es demasiado difícil calcular el importe exacto de la lesión se procede a una nueva partición, no siendo posible indemnizar. La opción puede ejercitarse una vez declarada la lesión, en fase de ejecución de sentencia y aunque en juicio no se haya manifestado la intención (69); si hay varios demandados deben de

(63) LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., p. 223), ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p. 179) y LETE ACHIRICA (*op. cit.*, p. 2602).

(64) LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 226-227).

(65) La PCC propone un plazo más breve de 3 años, *vid.* art. 468-75.3.

(66) RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2739-2741) y GARCÍA PÉREZ (*La rescisión...*, cit., pp. 45-46).

(67) LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., p. 225). Igualmente, art. 468-76.1 PCC.

(68) ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p. 178).

(69) STS 14 mayo 2014 en base a las STSS 17 mayo 2004 y 25 enero

ponerse de acuerdo sobre la opción a ejercitar y si no lo logran decidirá el juez(70).

1.1.3. Rescisión por lesión y legítima en la partición convencional

Así como en las particiones hereditarias efectuadas por el testador y por el contador-partidor cuando se lesiona la legítima, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia consideran que no es necesario que se produzca lesión en más de un cuarto para el ejercicio de la acción rescisoria(71), en la partición convencional sí se requiere el cumplimiento de ese límite en la lesión(72). Si el legitimario prestó su consentimiento a la partición no hay motivo por el cual deba de protegerse de forma especial, ya que el art. 1074 CC no hace distinción entre herederos forzosos y voluntarios(73).

1.1.4. Partición parcial y rescisión por lesión

El CC no regula expresamente la partición parcial(74); la jurisprudencia y generalmente la doctrina(75), admiten que los coherederos puedan realizar particiones parciales, de común acuerdo,

1971. Igualmente, SAP Cáceres 19 octubre 2018.

(70) MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., pp. 1457-1458) y LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA (*op. cit.*, p. 132).

(71) *Vid.* 3.1. En la partición realizada por el testador.

(72) VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, cit., p. 987). Conformes ROBLES LATORRE (*op. cit.*, pp. 196-197), LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 226-227), GALICIA AIZPURUA ("Comentario al art. 1074...", cit., pp. 3-4) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La partición adicional...", cit., p. 408). Igualmente, SSTs 31 mayo 1980 y 18 julio 2012, SAP Madrid 31 octubre 2017 y SAP Pontevedra 29 abril 2015.

(73) GALICIA AIZPURUA ("Comentario al art. 1074...", cit., p. 4). En todo caso siempre se podrá contar con el mecanismo protector previo a la realización de la partición (contra el testamento), de la intangibilidad cuantitativa de la legítima independientemente de la cuantía en la que se sustente la lesión: reducción de donaciones (art. 820 CC) y de legados (art. 821 CC) junto arts. 815 y 817 CC.

(74) La PCC se refiere a ella en sede de partición hecha por el testador, *vid.* art. 468-51.1.

(75) Como indican CUTILLAS TORNOS, J. M. (*La partición parcial y su impugnación por lesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 55) y ROBLES LATORRE (*op. cit.*, introducción), VALLET DE GOYTISOLO es la excepción doctrinal que afirma que la partición parcial no existe, que puede tratarse de una partición completa o incompleta, pero no parcial. En relación, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J. B., "El principio del 'favor partitionis'", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 43, nº 1, 1990, p. 19.

dividiendo algunos bienes y quedando el resto en comunidad (76). La doctrina se encuentra dividida sobre el momento en el que puede ejercitarse la acción rescisoria, lo que depende de la consideración, o no, de las particiones parciales como autónomas o independientes.

Para una parte, puede rescindirse tanto la partición total como la partición parcial, dado que el art. 1074 CC no hace distinción alguna; entienden cada una de las particiones como independientes (77). Pero, según la doctrina mayoritaria debe esperarse a realizar la partición complementaria para ver si entonces sigue existiendo lesión, y solo después de esto, podrá ejercitarse la acción, porque de otra forma no es posible determinar esa lesión (78). El TS se ha inclinado también por defender la tesis mayoritaria (SSTS 14 diciembre 1957, 21 marzo 1985 y 17 septiembre de 2009).

Sin embargo, si se sigue la distinción que realiza ALBALADEJO (79) entre partición parcial y adicional, que posteriormente se expondrá (80), y se diferencia entre omisión involuntaria (partición sobre una parte de los bienes debido a que se desconocían los demás) y voluntaria (partición de parte de la herencia a sabiendas de la existencia del resto de bienes), la partición realizada posteriormente, en el primer caso será un complemento y en el segundo será independiente, siendo necesario en el primer supuesto esperar a partir todos los bienes para apreciar una lesión y poder ejercitar la

(76) RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, p. 491) y ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 30-32). Igualmente, SAP Vizcaya 11 abril 2018. Como destaca CUTILLAS TORNOS (*op. cit.*, pp. 64-65), las particiones en las que se adjudican unos bienes y otros se dejan indivisos (pero repartidos) en comunidad ordinaria son particiones totales, y las divisiones de la comunidad ordinaria serán simples divisiones de un bien, no particiones hereditarias parciales.

(77) Tesis defendida por Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, pp. 561-562). MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", *cit.*, p. 1454), aunque admite la rescisión por lesión tanto en la partición parcial como en la total, sigue el argumento mayoritario de que hay que esperar a realizar la partición complementaria para verificar la existencia de una lesión.

(78) CUTILLAS TORNOS (*op. cit.*, p. 99) afirma que la lesión puede estar compensada con el valor atribuido a otro bien del mismo lote. Igualmente GARCÍA PÉREZ [*La rescisión...*, *cit.*, pp. 45-46], MARTÍNEZ ESPÍN, P. ("Partición y colación", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 232 y ss.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, ("La partición...", *cit.*, pp. 472-473), LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA (*op. cit.*, pp. 130-135) y ROBLES LATORRE (*op. cit.*, pp. 219-224).

(79) ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, *cit.*, pp. 181-184).

(80) *Vid.* 1.2.2 Partición parcial, adicional y total, voluntariedad e involuntariedad de la omisión: el dolo y la ocultación.

acción rescisoria, y, en el segundo, bastará que haya lesión en la partición parcial para poder ser rescindida en tanto se cumplan los presupuestos.

1.2. Omisión de bienes (problema de cantidad, art. 1079 CC)

El art. 1079 CC dispone que "*La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos*". Este precepto requiere de una interpretación en varios aspectos:

1.2.1. Cantidad de los bienes omitidos

El art. 1079 CC habla de omisión de "*alguno o algunos objetos o valores*"; doctrina y jurisprudencia consideran que no hay límite mínimo para aplicar el citado precepto⁽⁸¹⁾, si bien es cierto que se requiere una previa y válida partición que comprenda la mayoría de los bienes, porque cuando la omisión es cuantiosa, constituyendo prácticamente la totalidad del haber hereditario, ya no es aplicable dicho artículo⁽⁸²⁾. No hay unanimidad sobre el tipo de invalidez en

(81) MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., pp. 1459-1460) afirma que si los bienes omitidos son de escasa cantidad no procede una nueva partición sino dividir los omitidos, y se apoya en la STS 15 febrero 1988.

(82) Para ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p. 83) y RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 2747) los herederos pueden optar, igualmente, por una partición adicional. ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p. 184) afirma que pueden ejercitar la acción de anulabilidad los herederos que no conocieran la existencia de los bienes o su pertenencia a la herencia. ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 90 y ss.) menciona que es más correcto hablar, no de omisión de una cantidad importante de bienes, sino de la existencia de una omisión con gran trascendencia en el consentimiento prestado por los coherederos. Sin embargo, HERNÁNDEZ ARRANZ, M. ("Notas sobre la llamada 'Partición Adicional' (artículo 1079 CC)", Revista *Diario La Ley*, nº 868, 2006, versión electrónica, La Ley Digital, ref. D-85, pp. 8-11) defiende que la omisión de bienes o valores, aun siendo sustancial, no da lugar por sí sola a la declaración de ineficacia sino a realizar una partición adicional, pues aunque parece que la expresión "alguno/s" se contrapone a todos y ahí está el límite máximo de aplicación del precepto, la partición adicional presupone una partición previa, siendo imposible que la nueva partición alcance a todos los bienes; además si en la primera partición se omiten la mayoría de los bienes, es indiferente realizar una partición adicional o anular la primera partición y volverse a repartir todo el caudal, pues la verdadera partición

el que se encuadra dicho supuesto, aunque la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que procede la acción de anulabilidad por apreciarse error en el objeto(83), también hay partidarios de la nulidad absoluta(84).

Debe precisarse que no hace falta que se trate de los mismos bienes ya que el art. 1079 CC se aplica también cuando estos han sido enajenados y puedan ser sustituidos por otros, siempre que se pruebe esa sustitución (cabe subrogación real)(85).

1.2.2. Partición parcial, adicional y total, voluntariedad e involuntariedad de la omisión: el dolo y la ocultación

Mayoritariamente se habla de dos supuestos(86):

- Partición convencional planteada como total con omisión de bienes o valores debido a que no se conocían y sin renuncia expresa o tácita respecto de los que pudieran aparecer (omisión involuntaria).
- Partición convencional realizada parcialmente sabiendo que existían otros bienes (omisión voluntaria).

A raíz de ello, ALBALADEJO defiende que es necesario que la omisión sea involuntaria para que proceda la partición adicional, pues ante

será la segunda. No obstante, LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 228-234) apunta que, si los bienes omitidos son importantes en relación con el caudal, la partición puede ser rescindida por lesión en más de un cuarto, a no ser que los herederos por unanimidad procedan a una partición adicional.

(83) ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p. 83), LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA (*op. cit.*, pp. 133-134), FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La partición adicional...", cit., pp. 1737-1741) y RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 2734). Igualmente, SSTs 31 mayo 1980, 11 diciembre 2002 y 13 marzo 2012. En contra, ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, p. 263) defiende que parece descartable seguir un criterio basado en la mayor o menor relevancia de los bienes omitidos para considerar en el primer caso anulable la partición y en el segundo aplicar el remedio de la adición, la anulabilidad procede cuando un coheredero haya consentido la partición precisamente por ignorar la existencia de otros bienes, estando viciado su consentimiento. La PCC habla de que la omisión de algunos bienes no da lugar a la anulación de la partición, *vid.* art. 468-77.1.

(84) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ("La partición...", cit., p. 476) y MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., pp.1459-1460) Igualmente, STS 29 enero 2012 y SAP Córdoba 20 octubre 2003.

(85) STS 18 julio 2005.

(86) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 90 y ss.).

una omisión voluntaria de bienes, se efectuará otra partición parcial independiente de la primera partición (87). Sin embargo, esa distinción ha dejado de tener relevancia en tanto el TS ha afirmado que es independiente la voluntariedad o involuntariedad de la omisión para proceder a la aplicación del art. 1079 CC (88). Pues sea una partición parcial posterior o sea una partición adicional que complemente a la primera, acabará siendo una partición sobre unos bienes que se habían omitido procediéndose al mismo recurso (89).

Sin embargo, si algún coheredero ha actuado con mala fe o dolo ocultando bienes, dicha ocultación es probable que influya en el consentimiento de los demás (90), porque de haber conocido los bienes omitidos se hubiera realizado una partición distinta a la efectuada, en ese caso la partición será anulable por estar viciada la voluntad (91).

1.2.3. Interpretación de la palabra “valor” y confrontación con la rescisión por lesión

El art. 1079 CC habla de omisión de “*objetos o valores*”, ello ha dado lugar a un profundo debate sobre cuál es el sentido de la palabra valor y cómo resolver su posible superposición con la acción rescisoria del art. 1074 CC que se refiere a defectos de valoración.

(87) ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., pp. 181-184), RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2744-2747) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (“La partición adicional...”, cit., pp. 1725-1731) pero esta última afirma que el art. 1079 CC solo es aplicable por presencia de error, lo que incluye omisión involuntaria (desconocimiento) y voluntaria (dejar fuera intencionadamente un bien creyendo de forma errónea que debía estar excluido por no pertenecer al causante).

(88) STS 11 diciembre 2002. Igualmente, PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, p. 599) y SAP Palencia 1 julio 2016.

(89) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 90 y ss.). En igual sentido FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (“La ineficacia...”, cit., p. 431) y CUTILLAS TORNOS (*op. cit.*, p. 65).

(90) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 263-264) y LACRUZ BERDEJO, SANCHEO REBULLIDA (*op. cit.*, pp. 133-134) afirman que también cabe aplicar el art. 1079 CC en estos supuestos.

(91) *Vid. 5.1. El error en la partición hereditaria.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (“La partición adicional...”, cit., pp. 1728-1731.9) y RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 233-234) que considera que también procede el ejercicio de la acción de anulabilidad si se causa una lesión irreparable por vía del complemento. Para HERNÁNDEZ ARRANZ (*op. cit.*, pp. 5-8) el art. 1079 CC se aplica cuando haya omisión de bienes pero no se dé otra causa de ineficacia.

El TS antiguamente admitía la aplicación del art. 1079 CC cuando tenían lugar defectos de valoración de los bienes(92), sin embargo, actualmente es doctrina asentada que los problemas de valoración deben resolverse por la vía del art. 1074 CC y los de omisión por el remedio del art. 1079 CC o la anulabilidad de la partición en caso de omisiones importantes de bienes(93).

Hay quien defiende, que al establecer el art. 1074 CC un límite en el que para el ejercicio de la acción rescisoria se requiere lesión en más de un cuarto, procede aplicar el art. 1079 CC para los defectos de valoración que sean inferiores a ese límite(94). Pero, esta tesis ha sido abandonada porque:

- Choca con el principio *favor partitionis* porque precisamente, si el legislador ha querido establecer dos remedios diferentes, uno para la omisión de bienes y otro para los defectos de valoración, y dentro de este último un límite, consecuentemente es para que los defectos de valoración que ocasionen una lesión inferior a un cuarto se soporten, salvo que se incurra en otro supuesto de ineficacia como vicios de capacidad o de voluntad(95).
- Es difícil realizar una partición adicional si ya se ha repartido todo el haber hereditario, y, si fuera aplicable el art. 1079 CC a los casos de lesión inferior a un cuarto por defectos de valoración, se subsanaría el daño ocasionado con una indemniza-

(92) SSTs 26 febrero 1979 y 27 junio 1995; ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 90-111) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La partición adicional...", *cit.*, p. 438) afirman que esta jurisprudencia sigue la tesis de MANRESA. RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 233-234) añade, apoyándose en las SSTs 17 abril 1933 y 17 enero 1985, que la omisión de bienes en el inventario puede resolverse por el art. 1079 y también por la rescisión por lesión.

(93) STS 16 junio 2015 y SAP Pontevedra 16 octubre 2017. Para distinguir los supuestos de hecho que prevén los arts. 1074 y 1079 CC, HERNÁNDEZ ARRANZ (*op. cit.*, p. 3) afirma que, para el ejercicio de la acción rescisoria, sería necesaria lesión en más de un cuarto, lo que conlleva una omisión de bienes cuantiosa en relación con el total del haber hereditario, y las omisiones de bienes elevadas permiten ejercitar la acción de anulabilidad.

(94) STS 27 junio 1995, STS 12 de junio 2008 y FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 275). En contra, Díez-Picazo y Gullón (*op. cit.*, pp. 564-565).

(95) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 90-111), OLIVA BLÁZQUEZ (*op. cit.*, p. 8), RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 2744) y LLEDÓ YAGÜE (*Sucesiones. Cuaderno IV. La partición de la herencia, las formas de partición, operaciones particionales, la colación en la partición*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 228-229) añaden que además es preciso que los bienes omitidos se encuentren en estado de indivisión.

ción, que es precisamente lo que prevé el art. 1077 CC como derecho de opción del demandado(96).

- Además, la rescisión por lesión queda excluida si el defecto de valoración afecta por igual a todos los herederos, y las omisiones de bienes producen ese efecto(97).

Por todo ello, cabe concluir que la expresión "*bienes o valores*" se refiere no solo a objetos materiales, sino también a dinero metálico, créditos, títulos-valores o derechos de naturaleza material(98). En caso de que se trate de defectos de valoración (valorar un bien por debajo de su verdadero valor) procede la aplicación del art. 1074 CC. Para evitar esos problemas de interpretación la PCC excluye la palabra valor del precepto(99).

En cuanto al plazo, se califica de imprescriptible(100). El valor que debe darse a los bienes es el que tienen al realizarse la partición complementaria y no el del momento de la apertura de la sucesión ni el que tenían al realizarse la primera partición(101).

1.2.4. Aplicación del art. 1079 CC a las omisiones de bienes colacionables

No hay unanimidad sobre la posibilidad de aplicación del art. 1079 CC a los casos de omisión de bienes colacionables en la partición.

(96) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La partición adicional...", cit., p. 136 y "La ineficacia...", cit., p. 440). En igual sentido LLEDÓ YAGÜE, F. ["Una lectura básica en torno a la ineficacia y efectos de la partición hereditaria" en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Dirs.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 2800].

(97) MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., pp. 1459-1560) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., p. 439).

(98) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 90-111) defiende que el art. 1079 CC también se aplica a la omisión de obras, cultivos y accesiones de un bien incluido en la herencia. HERNÁNDEZ ARRANZ (*op. cit.*, p. 9) afirma que antiguamente en "*un intento forzado de interpretación de la norma*", se defendió la aplicación del art. 1079 CC solo a omisiones de bienes muebles, y no de inmuebles, pero el TS declaró la aplicación a ambos supuestos ya en SSTs de 13 octubre 1960 y 15 febrero 1988.

(99) *Vid.* art. 468-77.1 PCC.

(100) Para MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., pp. 1459-1560) y HERNÁNDEZ ARRANZ (*op. cit.*, p. 6). RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, p. 592) considera que se aplica el del art. 1965 CC.

(101) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, p. 111): hay que atender al valor actual de los bienes.

Quienes se muestran reticentes a la aplicación del precepto alegan que el perjuicio que ocasiona el bien colacionable omitido no lo sufren todos los coherederos, sino solo aquellos sujetos a colación (legitimarios)(102), que se trata de bienes donados en vida del testador, no de bienes hereditarios propios(103); incluso defienden la aplicación del art. 1074 CC(104). Sin embargo, si se permitiera realizar una partición adicional en supuestos de lesión inferior a un cuarto, y la rescisión por lesión en los casos de lesión en más de un cuarto, ante perjuicios menores se dispondría de una acción sin plazos, mientras que en perjuicios mayores se estaría sujeto al plazo de cuatro años de caducidad(105).

Por otra parte, si el supuesto de omisión de bienes colacionables en la partición no gozara de la protección del art. 1079 CC y la omisión no fuera intencionada (mediando dolo o mala fe, lo que daría lugar a la anulabilidad de la partición) no podría aplicarse ningún remedio y los herederos quedarían desamparados(106).

2. Vicios que afectan a los sujetos de la partición

2.1. Preterición de un heredero en la partición (art. 1080 CC)

Como se ha expuesto, la partición hereditaria contractual se rige por el principio de unanimidad, siendo preciso el consentimiento de todos los coherederos para su validez; la ausencia de este con carácter general conlleva la nulidad de la partición efectuada(107).

(102) MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., pp. 1459-1460).

(103) *Ibidem*.

(104) Siguiendo a GALICIA AIZPURUA, G. ["Comentario a los arts. 1074-1081" en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al. (Coords.) *Código Civil Comentado*, Volumen II, 2ª. ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 1753]. ROBLES LATORRE (*op. cit.*, pp. 198-199) se refiere a GUILARTE ZAPATERO, quien defiende que a la omisión de bienes colacionables debe aplicarse el art. 1074 CC.

(105) HERNÁNDEZ ARRANZ (*op. cit.*, pp. 4-5) añade que el art. 1079 CC tiene un ámbito de aplicación más amplio, aunque por supuesto, se aplica a omisiones de bienes colacionables en la partición hereditaria. Igualmente, VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, cit., p. 992).

(106) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 97-98) y HERNÁNDEZ ARRANZ (*op. cit.*, pp. 4-5).

(107) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 113-115). El TS adoptó esta tesis desde antiguamente: SSTs 26 marzo 1940, 5 marzo 1991, 20 octubre 1992, 8 febrero 1996 y 3 febrero 1999. Igualmente, SAP Vizcaya 11 abril 2018. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 457) afirma que es suficiente con el

Sin embargo, hay una excepción; el CC recoge el supuesto de la preterición particional en el art. 1080 al disponer que: *"La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero estos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda"*(108)". No solo se refiere a la preterición del legitimario, sino de cualquier partícipe de la comunidad hereditaria(109).

2.1.1. Preterición particional de buena fe

a) Concepto y supuestos

La **buena fe** es entendida como la ignorancia por parte de los coherederos que realizan la partición de la existencia de más herederos por creer que el heredero del que prescinden había fallecido, que no llegó a existir o, en el supuesto de que conociendo la existencia de otros herederos y prescindiendo de ellos en la partición, se les adjudiquen bienes suficientes para cubrir la cuota hereditaria que les correspondía(110). Pueden distinguirse cuatro casos de preterición de buena fe con su remedio correspondiente(111):

desacuerdo de un coheredero en lo que los demás proponen para que sea necesario asistir a la vía judicial (art. 1059 CC); para evitar ese inconveniente de que todos los coherederos se encuentren con un obstáculo como es la posible mala fe del que se niega, se estableció la figura del contador-partidor dativo (art. 1057 CC).

(108) ROBLES LATORRE (*op. cit.*, p. 108) afirma que si se modifica la base sobre la que los bienes son repartidos, no se produce solo preterición particional, y no procede aplicar el art. 1080 CC, sino el 1261 CC en relación con el principio de unanimidad. RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 593-595) se apoya en la STS 25 noviembre 2004 para afirmar que el art. 1080 CC no incluye el supuesto de falta de firma de un coheredero que había sido perfectamente identificado, ello dará lugar a una falta de eficacia en la partición contractual.

(109) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA (*op. cit.*, p. 134) y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ("La partición...", cit., pp. 476-477) que defiende que se aplica la misma regla si se trata de un legatario de parte alícuota. Igualmente, STS 12 junio 2006.

(110) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., pp. 445-450) y MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., pp. 1461-1462).

(111) Siguiendo a MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., pp. 1461-1462).

- Si la partición la realizan el contador-partidor o el testador con el consentimiento de los coherederos no es indispensable el consentimiento del preterido para la validez de la partición, pudiendo este ejercitar la acción de rescisión por lesión en más de un cuarto o la acción de complemento de la legítima, si es legitimario.
- Si la partición es realizada por los coherederos, estos indemnizarán al preterido proporcionalmente⁽¹¹²⁾, aunque este puede confirmar la partición o incluso ejercitar la acción rescisoria.
- Si hay un testamento posterior al tomado como referencia y este añade a un heredero, podría plantearse la nulidad de la partición.
- Si el preterido era ausente que reaparece posteriormente, deberá soportar la partición salvo que se lesione la legítima⁽¹¹³⁾. El preterido debe de estar conforme con los bienes que le han sido entregados en pago de su cuota hereditaria, lo que equivale a exigir su consentimiento con el fin de ratificar la partición que se ha realizado, ya que se trata de que su voluntad se una a la de los demás y así cumplir con la unanimidad que se requiere en la partición⁽¹¹⁴⁾.

b) Formas de indemnización

Pueden diferenciarse tres posturas doctrinales:

(112) SAP Burgos 1 marzo 2006.

(113) LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA (*op. cit.*, p. 135) y LLEDÓ YAGÜE, (*La comunidad hereditaria...*, cit., p. 234) mencionan la STS de 5 diciembre 1959 que afirma que la no concurrencia de unos herederos ausentes en paradero desconocido a quienes se les adjudican bienes no supone la inexistencia de partición, pues frente al principio de unanimidad está la excepción del art. 1080, pero la STS de 27 mayo 1967 calificó como nula la partición en un supuesto semejante. Por su parte, la SAP Vizcaya 11 abril 2018 expone que en casos de herederos ausentes no representados en la partición procede la nulidad radical de la partición por ausencia de consentimiento y por incumplirse el principio de unanimidad.

(114) ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., pp. 180-181) y ROBLES LATO-RRE (*op. cit.*, pp. 111-115) que matiza que, si se requiriese el consentimiento del heredero preterido, en base al principio de unanimidad, sería necesaria una nueva partición, pero si no se exigiera, se dejaría al preterido en una posición injusta; precisamente por ello el art. 1080 CC no permite al heredero preterido exigir una nueva partición. CUTILLAS TORNOS (*op. cit.*, pp. 81-84) añade que si hay ratificación, la partición es plenamente válida.

- Para los primeros, dicha indemnización debe consistir en dinero en metálico, por el tenor literal del precepto "*pagar al preterido*"(115) y por respetar el principio *favor partitionis*(116). Además, la SAP Alicante 5 mayo 2017 añade una tercera razón, "*puesto que la partición atribuye a cada uno de los herederos el dominio exclusivo de los bienes adjudicados... y, si no se anula, ni se rescinde el acto por el que se les adjudican dichos bienes, no puede ser que se les prive de tales bienes para su adjudicación a su coheredero preterido*".
- Para los segundos, la indemnización debe abonarse en cosas, bienes o valores de la misma naturaleza, calidad o cantidad guardando la posible igualdad (art. 1061 CC) y subsidiariamente, en metálico según el valor de la cosa en el momento en que se adjudicó, porque pagar es sinónimo de cumplir la prestación y restablecer la efectividad del derecho del preterido(117). Creemos que esta es la postura más coherente, porque indemnizar en bienes de la misma naturaleza, calidad o especie no implica necesariamente realizar una nueva partición, pues cada uno de los coherederos que han recibido de más por la preterición de uno pueden abonar al preterido bienes de los recibidos; aunque hay que tener presente que las partes pueden pactar de mutuo acuerdo una u otra forma de indemnización.
- Finalmente, la tercera posición defiende que cabe indemnización tanto en bienes hereditarios como en metálico, pero a falta de acuerdo entre los coherederos se indemnizará en metálico porque si no se debe hacer nueva partición y el art. 1080 CC es lo que quiere evitar(118).

La palabra "proporcionalmente" también requiere de interpretación. Aunque el exceso normalmente estará distribuido entre los

(115) LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., p. 234).

(116) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("*La ineficacia...*", cit., pp. 449-450) aunque considera que esto puede vulnerar el derecho de todos los herederos a participar en la formación de los lotes.

(117) RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2747-2749) sigue para ello la opinión de MANRESA. Igualmente, SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, pp. 2120 y ss.) y ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 270.272) que añade que deben abonarse los frutos, intereses, e impensas. En contra, LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., p. 234) que califica como incoherente la aplicación del art. 1061 CC a este supuesto.

(118) PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, p. 603). A favor ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 270-272).

coherederos que han intervenido en la partición convencional a prorrata de lo que han recibido (119), no tiene por qué ser siempre de esa manera; por ello, es más correcto hablar de indemnizarse en proporción al exceso recibido, no en proporción a lo recibido en la partición (120).

2.1.2. Preterición particional de mala fe o con dolo

a) Concepto

El **dolo** se encuentra definido en el art. 1269 CC que dispone: *"Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho"*. Por **mala fe** se entiende la actuación de los coherederos que realizan la partición a sabiendas de la existencia de otros de los que prescinden (121).

b) Consecuencia de anulabilidad o de rescisión

La terminología empleada por el legislador es la de rescisión y prácticamente la mayoría absoluta de la doctrina ha calificado el remedio rescisorio previsto en el art. 1080 CC insuficiente cuando está presente la mala fe, y con más razón cuando se actúa con dolo. Si se sigue el régimen de la rescisión, el art. 1077 CC permite optar al demandado entre indemnizar o volver a realizar una nueva partición, es un favor otorgado a quien precisamente ha obrado mal in-

(119) SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, pp. 2120 y ss.).

(120) Para VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, cit., p. 972) puede ocurrir porque el heredero tuvo que completar lo recibido en la partición al no alcanzar ese montante para cubrir lo que le correspondía por legítima. Sin embargo, ROBLES LATORRE (*op. cit.*, pp. 112-114), aunque comparte la misma opinión, no cree que el exceso pueda proceder de complementar la legítima, porque esta se calcula sobre una base cierta y el art. 1080 CC tiene como origen el respeto de las cuotas del preterido. Lo comparte ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 270-272).

(121) SAP Asturias 22 octubre 2012. SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, pp. 2120 y ss.) defiende que la buena fe se presume y la mala fe necesita probarse. En el mismo sentido, STS 1 marzo 2006. Compartimos, sin embargo, la opinión de ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, p. 272), que afirma que como solo puede existir buena fe en el supuesto de que los herederos ignoren la existencia de alguno más, ante una institución testamentaria donde los herederos son conocidos, deben ser los coherederos que realizan la partición los que justifiquen el porqué de su buena fe.

tencionadamente, además, si el dolo como vicio de la voluntad lleva aparejada la anulabilidad, lo lógico sería seguir ese remedio (122). Esta es la posición jurisprudencial actual (123). También lo prevé la PCC (124).

c) Exigencia de mala fe de uno o de todos los coherederos

A la hora de interpretar el precepto surge la duda de si es necesaria la concurrencia de dolo o mala fe en uno o en todos los coherederos. Una parte de la doctrina afirma que para no dejar desprotegido al heredero preterido debe bastar con el dolo o mala fe de un coheredero (125). Sin embargo, para la otra postura doctrinal, se exige mala fe o dolo de todos los intervinientes para que la partición en su conjunto sea anulable, porque si solo media en uno, será anulable solo la partición de este, siendo mantenida la de los que obraron con buena fe (126) (se basan en el tenor literal del precepto).

Conforme a lo dispuesto, si se optara por seguir en sentido estricto el principio *favor partitionis*, no sería lógico permitir la anulabilidad de la partición con tan solo apreciar mala fe o dolo en uno de los

(122) LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 230-234), LA-CRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA (*op. cit.*, p. 134), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS ("La partición...", cit., pp. 476-477), ROBLES LATORRE (*op. cit.*, p. 107), FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., pp. 445-450), Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, pp. 559-560), PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, p. 603), RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2747-2749), RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, p. 560) y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 425-478). Debe precisarse que todos estos autores a pesar de hablar de nulidad se refieren a la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento (dolo). MARTÍNEZ ESPÍN incurre en contradicción al sostener en "Partición...", cit., p. 235 que el remedio es de anulabilidad y en "Comentario a los arts. 1073...", cit., pp. 1461-1462 que debe respetarse el tenor literal del art. 1080 CC que habla de rescisión.

(123) *Vid.* STS 10 diciembre 2014 que se basa en las SSTs 22 junio 2006 y 31 mayo 2010. En igual sentido SAP Pontevedra 19 febrero 2015 y SAP Albacete 30 marzo 2012.

(124) *Vid.* art. 468-78.2 PCC

(125) RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 593-595) y SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, pp. 2120 y ss.).

(126) Por aplicación analógica del art. 1077 párrafo 3º CC: MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., 1461-1462) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ REGUERAL ("La ineficacia...", cit., pp. 445-450). ROBLES LATORRE (*op. cit.*, pp. 115-116), defiende que como el CC no regula nada en sentido estricto hay que remitirse a las normas generales, refiriéndose a la doctrina italiana, afirma que al tratarse de un contrato plurilateral es inimpugnable en su conjunto si afecta a uno de los contratantes, salvo que se trate de un defecto esencial del mismo.

coherederos, no obstante, si se exigiera dolo o mala fe de todos los coherederos, el heredero perjudicado quedaría en cierta forma desprotegido, teniendo que conformarse con el remedio previsto para la buena fe; por ello la segunda postura es más correcta al hablar de anulabilidad parcial de la partición.

2.1.3. Ámbito de aplicación del art. 1080 CC y su superposición con la preterición testamentaria (art. 814 CC)

Hay que partir de la idea de que el art. 1080 CC se aplica a la preterición particional de herederos, tanto forzosos como voluntarios, a diferencia del art. 814 CC que se aplica solo a la preterición testamentaria de herederos forzosos(127).

Hemos afirmado que el art. 1080 CC, a diferencia de lo defendido por la doctrina que lo considera aplicable solo a la partición contractual por el tenor literal al referirse a "otros interesados"(128), además de a esta y aunque sí que es cierto que constituye su verdadero ámbito de aplicación, puede emplearse en las realizadas por contador-partidor y por testador, pero siempre y cuando la preterición particional proceda de la preterición testamentaria. (Si la preterición la comete el testador y solo tiene lugar en el testamento o en la partición habrá que realizar una interpretación de su voluntad para ver la prevalencia de uno u otro documento(129); y si el que comete la preterición es el contador-partidor y ese heredero preterido estaba previsto en el testamento, estará incumpliendo la voluntad del testador y la partición será anulable). Los argumentos de esta postura pueden sistematizarse en tres:

- El art. 1080 CC se encuentra ubicado dentro la Sección 4ª del Capítulo VI del Título III del Libro III bajo la rúbrica "*De la rescisión de la partición*", la propia sistemática del CC indica que dicho precepto no está destinado a aplicarse a un solo tipo de partición, pues se refiere a las particiones hereditarias en general; si la preterición testamentaria ha dado lugar a la

(127) SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, p. 2120).

(128) PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 602-603), MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., p. 1461), FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., pp. 445-450) y LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., p. 234 y "Una relectura básica...", cit., p. 2802).

(129) Si la partición comprende al heredero preterido y por tanto subsana lo previsto en el testamento o si la partición pretiere al heredero por olvido pero este se hallaba previsto en el testamento.

preterición particional, nada impide al heredero preterido impugnar la partición una vez realizada.

- Realizando un análisis de los dos supuestos posibles:
 - En caso de preterición intencional, de mala fe o con dolo: si el heredero preterido impugna el testamento se reducirá la institución de heredero (art. 814 CC), y al corregirse el testamento la partición realizada será plenamente válida, siempre con las rectificaciones oportunas; sin embargo, si el heredero preterido impugna la partición esta será anulable (art. 1080 CC); es cierto que se trata de un remedio mucho más drástico que el previsto por el art. 814 CC y que choca en cierto modo con el principio *favor partitionis*, por ello sería ilógico acudir al art. 1080 CC (aunque nada lo impide).
 - En caso de preterición no intencional, errónea o de buena fe: si el preterido impugna el testamento (art. 814 CC), se anulará la institución de heredero (o las disposiciones de contenido patrimonial en caso de preterirse todos) y como la partición tenía como base dicho testamento anulado, también será anulada; si el preterido impugna la partición recibirá lo que le correspondía de los coherederos en proporción al exceso que a estos se les hubiera adjudicado (art. 1080 CC). Este remedio es mucho más acorde con el principio *favor partitionis* y más favorable para el resto de los coherederos.
- La jurisprudencia suele inclinarse en el caso de que un legítimo accione por haber sido preterido en el testamento, pero después de realizarse la partición convencional, por aplicar el art. 1080 CC y no el 814 CC (130); lo lógico sería que sucediera lo mismo en el resto de tipos de partición extrajudicial.

Por lo expuesto, defendemos que el ámbito de aplicación del art. 1080 CC no se circunscribe solamente a la partición convencional, sino que también comprende las realizadas por el testador y por el contador-partidor.

(130) Lo defiende ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, p. 123) basándose en la STS 6 julio 2004.

2.2. *Heredero aparente (art. 1081 CC)*

a) Concepto y supuestos

El art. 1081 CC expone: "*La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula*(131)". Constituye el único supuesto de nulidad de la partición hereditaria expresamente regulado por el CC. Se parte de la buena fe del resto de coherederos(132), pero con más razón si los herederos actúan de mala fe procederá la nulidad(133).

Dentro del precepto pueden plantearse diferentes supuestos: al quien es instituido heredero y el testamento es declarado nulo o es revocado, el heredero es declarado por vía de la sucesión intestada descubriéndose luego que el causante había realizado testamento(134), por suplantarse a una persona, por errónea sustitución, por concurrir como heredero en virtud de una filiación declarada posteriormente inexistente...(135).

b) Nulidad total o nulidad parcial

Un sector doctrinal defiende la nulidad de toda la partición(136), sin embargo, la mayoría se inclina por la nulidad parcial(137) (conservar la partición de los verdaderos herederos y repartir en una adicional, entre los reales, lo que había sido adjudicado al heredero

(131) *Vid.* STS 31 mayo 2010. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., p. 450) apunta que por el tenor literal solo sería aplicable a la partición contractual, pero la realidad es que se aplica a cualquier tipo de partición. Parece estar en contra MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., pp. 1462-1463) al solo contemplarlo para la partición convencional. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., p. 455) defiende que si los coherederos actúan con dolo cabe anulabilidad. La PCC excluye la mención a la nulidad, pero recoge los efectos: *vid.* art. 468-77.2.

(132) Creencia errónea de que el incluido como heredero lo es de verdad.

(133) ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p.180).

(134) MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., p. 1462).

(135) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 251 y ss.).

(136) ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p.180) y LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA (*op. cit.*, p. 130).

(137) LETE ACHIRICA (*op. cit.*, pp. 2597-2599), DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 474), PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 595-597) y RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2730-2731), este último añade que también se aplica esta solución cuando los bienes adjudicados al heredero aparente han desaparecido o han sido enajenados, junto con una indemnización por daños y perjuicios.

aparente) porque así se cumple con los principios *favor partitionis* y de "lo justo y lo útil no se vicia ni rescinde por lo inútil o injusto"(138)".

Dentro del precepto se engloban supuestos diferentes y dependiendo de cada caso, la nulidad de la partición tendrá diferente manifestación (139):

- Si el heredero verdadero parte con un heredero aparente: la partición es nula, pero la nulidad solo lleva el efecto de entregar al único heredero real todos los bienes de la herencia, sin realizar nueva partición (140).
- Si la partición tiene lugar entre varios coherederos y figura uno aparente: la partición es nula solo respecto de los bienes adjudicados al heredero aparente, y se complementará la parte hereditaria de los demás (141).
- Si se efectúa una partición con varios coherederos y entre ellos se encuentra uno aparente, pero se olvida a un heredero real, se aplican de forma combinada los arts. 1080 y 1081 CC, solo es nula la parte adjudicada al heredero aparente, y dicha adjudicación será entregada al heredero real subsistiendo la partición respecto de los demás coherederos reales (142).

(138) VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, cit., pp. 966. 967) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., pp. 453-455). Conformes RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 558-560) que defiende que es lo más óptimo y razonable con la realidad práctica y ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 257-258) que sigue a VALLET DE GOYTISOLO para afirmar que si el tenido por heredero no goza de tal condición la partición no tiene causa respecto de él, siendo ineficaz, sin embargo, para el resto de coherederos gozará de causa, y por ende, mantendrá su eficacia.

(139) Siguiendo a PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 595-597).

(140) Previsto por la PCC, *vid.* art. 468-77.2. Igualmente, STS 31 mayo 2010 y SAP Las Palmas 15 diciembre 2016.

(141) Previsto por la PCC, *vid.* art. 468-77.2. RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2730-2731) considera que procederá la nulidad parcial siempre y cuando los herederos reales estén de acuerdo.

(142) LETE ACHIRICA (*op. cit.*, pp. 2597-2599), MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1073...", cit., p. 1463) y PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 596-597), pero siempre que haya buena fe. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., pp. 454-455) añade que, si hay mala fe o dolo, la partición se rescindiría (anulará), pero, aunque la preterición sea de buena fe, no es posible atribuir sin más lo adjudicado al heredero aparente al heredero preterido; el art. 1080 CC no se aplica al caso en que se le atribuyen bienes al heredero preterido sin su consentimiento, procede la aplicación del art. 1259 CC, quedando en suspenso la partición a esperas de que el heredero preterido la ratifique o ejercite la acción de anulabilidad.

3. Vulneración de límites

3.1. Legales

3.1.1. Prescindir de los representantes legales

a) Capacidad requerida: antinomia del Código Civil

No es sencillo interpretar cuál es la capacidad exigible para poder ser parte en la partición contractual(143): el art. 1052 CC dispone: "*Todo coheredero que tenga **la libre administración y disposición** de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedir-la sus representantes legítimos*". Y el art. 1058 CC establece que: "*Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren **mayores y tuvieren la libre administración** de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente*". Si se comparan ambos preceptos, parece que se exige más capacidad para solicitar la partición (art. 1052 CC, capacidad para disponer y para administrar), que para realizarla (art. 1058 CC, solamente capacidad para administrar)(144). La doctrina se encuentra dividida sobre la interpretación a seguir:

- Un sector más reducido se atiene al tenor literal de los preceptos(145).
- La segunda posición se basa en que ambos preceptos vienen a significar lo mismo: ser mayor de edad lleva consigo la plena capacidad de obrar y disponer de forma libre, siendo solo el incapacitado el que carece de dicha capacidad, es ilógico que el que pueda partir no pueda pedir la partición o que el que pueda pedir la partición luego no pueda realizarla(146). Ade-

(143) Para ROBLES LATORRE (*op. cit.*, introducción) dependiendo de si el acto se califica como transacción o como partición se exigirá la capacidad general para contratar o los requisitos del art. 1058 CC.

(144) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 139-148).

(145) LLEDÓ YAGÜE (*Sucesiones. Cuaderno IV...*, cit., pp. 135-140), MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1051...", cit., pp. 1420-1421) y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ("Partición hereditaria...", cit., p. 448).

(146) Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, pp. 548-550) comparten la opinión de MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1051...", cit., 1433-1434), quien afirma que la partición pueden realizarla las mismas personas que pueden pedirla: herederos, legatarios de parte alícuota, cónyuge viudo, legitimario,

más, la diferente capacidad exigida por los arts. 1052 y 1058 CC podría calificarse como un “descuido del legislador” pues en el Proyecto de CC redactado por García Goyena se encontraba una remisión entre preceptos(147).

- Para los últimos, la mayor o menor capacidad viene determinada por el modo en que se haga la partición. Si los herederos se atienen a las disposiciones testamentarias o al contenido de los arts. 1061 y 1062 CC, se estaría ante un acto de mera administración, sin embargo, si los coherederos realizan la partición de acuerdo a sus propias reglas y voluntad, se estaría ante un contrato de partición, siendo un acto de enajenación que exige capacidad de disposición(148).

b) La figura del menor emancipado

Lo expuesto anteriormente tiene relevancia respecto de la figura del menor emancipado y el vicio de capacidad que puede desembocar en la anulabilidad de la partición. Se pueden distinguir cuatro posiciones(149):

- Si se mantiene la distinción de los arts. 1052 y 1058 CC, el menor emancipado necesitaría complemento de capacidad solo para pedir la partición(150).
- Considerar que la expresión “libre administración” contenida en el art. 1058 CC es sinónimo de lo previsto en el art 1052 CC

usufructuario de cuota hereditaria y nudo propietario. Igualmente, SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, p. 2003) califica esa distinción de capacidad como ilógica y extraña. También RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 480-487) y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 451-457).

(147) PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (*op. cit.*, pp. 244-245), defiende que en caso de establecerse distinta capacidad para pedir la partición y para realizarla debería ser en sentido inverso, por la mayor relevancia patrimonial del acto particional.

(148) RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2657-2660), VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, cit., pp. 930-932), LETE ACHIRICA (*op. cit.*, pp. 2574-2577) y PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 553-554).

(149) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 451-457) habla de dos: la segunda y la cuarta.

(150) Siguiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (“Partición hereditaria...”, cit., pp. 449 y 463) y ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 139-148). LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 117-126) afirma, siguiendo a CUEVAS CASTAÑO, que pedir la partición no implica actos dispositivos, pero intervenir en las operaciones particionales sí, necesitando el menor emancipado complemento de capacidad para esto último.

como "libre administración y disposición"(151); así el menor emancipado necesita completar su capacidad asistido por los progenitores, el curador o el defensor judicial(152).

- Si se sigue el argumento que atiende al modo de realizar la partición el menor emancipado necesitaría complemento de capacidad cuando los coherederos partan de acuerdo a sus propios criterios o voluntad, y no si siguen las disposiciones testamentarias o las normas legales(153).
- Y una cuarta posición, que compartimos, permitir al menor emancipado tanto pedir como realizar la partición por sí mismo(154) porque goza de capacidad de disposición con limitaciones, pero no carece de toda facultad de disposición; el art. 323 CC exige complemento de capacidad para "*tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor*", y no hace alusión ni a la partición hereditaria ni a comparecer en juicio(155). Solo podrá exigirse complemento de capacidad para actos que excedan de lo meramente particional(156).

La PCC no asume ninguna teoría, no menciona, ni en sede de petición ni de realización de la partición, la capacidad de disposición o de administración, se limita a afirmar que todo coheredero o legatario puede pedir o acordar realizar la partición, siendo necesaria la representación para menores y personas con la capacidad modificada judicialmente(157).

(151) Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, pp. 548-550). Sin embargo, RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 480-487), considera que es irrelevante la distinción realizada por el legislador pues el menor emancipado no necesita complemento de capacidad.

(152) ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., pp. 158-160).

(153) PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 553-554) y LETE ACHIRICA (*op. cit.*, pp. 2574-2577).

(154) MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1051...", cit., pp. 1420-1421).

(155) RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2660-2663).

(156) RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2660-2663). Sin embargo, PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 553-554), LETE ACHIRICA (*op. cit.*, pp. 2574-2577) y ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 139-148) defienden que dependiendo del contenido del haber hereditario deberá exigirse complemento de capacidad.

(157) *Vid.* arts. 468-55 y 468-48 PCC.

c) Herederos menores no emancipados y herederos con la capacidad modificada judicialmente

Los herederos menores no emancipados y los herederos con la capacidad modificada judicialmente no tienen plena capacidad, por ello deben ser representados por progenitores (art. 154 CC), tutores (art. 271.4 CC) o curadores (art. 290 y ss. CC)(158), para intervenir en la partición(159). La necesidad de representación se deduce del art. 1060 CC(160) como exigencia legal imperativa, cuyo incumplimiento lleva aparejado la nulidad de la partición (art. 6.3 CC). Por otra parte, el carácter contractual de la partición hace que le sea aplicable la causa de ineficacia por vicios de capacidad que conlleva la anulabilidad (arts. 1301-1302 CC)(161). Sin embargo, esta superposición queda desdibujada, pues tanto doctrina como jurisprudencia defienden que el incumplimiento de los requisitos de representación debe llevarse por la vía de los vicios de capacidad(162), igual que ocurre con la invalidez de los contratos:

(158) Nos remitimos al Título X del Libro I del Código Civil "*De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados*" que no es estudio de este trabajo.

(159) Como expone RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2660-2663) si no hay contraposición de intereses entre el menor y sus progenitores, será representado por quien ejerza la patria potestad, si hay conflicto de intereses solo con uno de los progenitores, será representado por el otro y si hay conflicto de intereses con ambos padres, será necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 163 CC). ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., pp. 158-160) considera que, pese a que parte de la doctrina defiende que si es el representante legal el que realiza la partición, este debe ajustarse a la hora de realizarla a lo dispuesto en la ley, no es coherente; el representante legal podrá hacer la partición de la forma que estime más conveniente para el interesado, eso sí, no podrá realizar actos más allá de lo particional salvo si se le ha permitido expresamente en su nombramiento.

(160) Como afirma RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 139-141) si hay sujeción a patria potestad no es necesaria aprobación judicial, si hay sujeción a tutela sí y si hay sujeción a curatela podrá intervenir por sí misma consintiendo la partición la persona con sujeción, sin necesidad de que intervenga el curador, salvo que en la sentencia por la que se establece el régimen de curatela se disponga otra cosa.

(161) Si se adopta una u otra solución difiere el régimen de plazos y sujetos legitimados: la acción de anulabilidad puede ejercitarse durante cuatro años (arts. 1300 y 1301 CC) y pueden ejercitarla los que hayan sufrido un vicio en el consentimiento, sean menores o incapacitados (art. 1302 CC); la acción de nulidad (art. 1261 CC) no caduca y puede ejercitarla cualquier interesado, incluso el causante de la nulidad (STS 14 diciembre 1993).

(162) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA (*op. cit.*, pp. 129-138), FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERUAL ("*La ineficacia...*", cit., p. 395), FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*,

- Si concurren a la partición menores sin la representación adecuada para complementar su capacidad, la partición será anulable (163).
- Si concurre una persona con la capacidad modificada judicialmente sin representación, la partición como regla general será anulable (164).
- Sin embargo, si la falta de capacidad puede asimilarse a la ausencia total de consentimiento, la partición será nula de pleno derecho (165); así estará viciada de nulidad radical o de pleno derecho la partición a la que concurre un heredero con incapacidad mental, al igual que es nula la partición realizada por testador con incapacidad mental (166).

3.1.2. Prescindir del principio de igualdad cualitativa en la formación de los lotes (art. 1061 CC)

El art. 1061 CC recoge el principio de equilibrio material en la formación de los lotes, homogeneidad o igualdad cualitativa: *"En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie"*.

pp. 278-279), Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, pp. 559-565), LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 215-216), VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, cit., p. 960) y ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 145-148). En el mismo sentido, la STS 18 octubre 2012.

(163) SAP Madrid 7 noviembre 2014 y VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, cit., p. 960). Sin embargo, MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1051...", cit., pp. 1420-1421 y 1433-1434) afirma que la partición a la que concurren menores o incapaces (entiéndase sin la representación adecuada) será inexistente por falta de consentimiento y en los casos en los que falta la capacidad estaríamos ante particiones anulables.

(164) LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 215-216), RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 563-565) y MARTÍNEZ ESPÍN ("Partición...", cit., p. 227 y "Comentario a los arts. 1051...", cit., pp. 1433-1434). Igualmente, SAP Córdoba 4 junio 2008 basada en las SSTs 23 diciembre 1974, 16 mayo 1985 y 17 diciembre 1988.

(165) RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 555-558). Igualmente, STS 19 noviembre 2004 y SAP Barcelona 5 marzo 2015 (aunque estas sentencias contemplan la nulidad radical de un contrato, como la partición convencional tiene naturaleza contractual, lo que exponen se aplica en los mismos términos a esta).

(166) SAP Madrid 21 diciembre 2017. Como afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ("Partición hereditaria...", cit., p. 449) el incapacitado puede pedir la partición por sí mismo si así lo permite la sentencia de incapacitación.

En la partición hereditaria contractual los coherederos pueden prescindir, de común acuerdo, de las reglas establecidas en dicho artículo(167). Si incluso en el supuesto del contador-partidor que está obligado a respetar dicho principio(168), el TS ha suavizado las exigencias considerando que deberá cumplirse solo cuando sea posible(169), con más razón en la partición convencional podrá pasarse por alto.

3.2. Impuestos por el testador

El art. 1058 CC dispone que los coherederos "*podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente*", pero el testador puede imponer en su testamento limitaciones, instrucciones, nombrar a un contador-partidor para que efectúe la partición o incluso haberla realizado el mismo; ¿podrán los herederos prescindir de lo dispuesto por el testador y realizar ellos la partición?

3.2.1. Prescindir de la figura del contador-partidor y de su partición

Doctrinalmente pueden apreciarse dos posturas(170): la respuesta negativa se basa en el tenor literal del precepto 1058 CC, que solo permite distribuir la herencia a los coherederos en caso de que el testador no haya efectuado él mismo la partición o no haya nombrado a contador-partidor a tal efecto, así la partición contractual tendría carácter subsidiario(171). La principal razón subyace en el propósito del testador, pues con el nombramiento del contador-partidor lo que pretende es proteger a coherederos vulnerables frente a otros que pudieran actuar en perjuicio de estos y en su propio provecho(172). Ahora bien, si el testador prevé la posibilidad

(167) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, p. 35) y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ("Partición hereditaria...", *cit.*, p. 363). Igualmente, la STS 13 junio 1992.

(168) *Vid.* 2. En la partición realizada por el contador-partidor.

(169) SSTs 25 noviembre 2004, 7 noviembre 2006, 16 enero 2008 y SAP Burgos 21 junio 2016. La STS 6 octubre 2000 dispone que art. 1061 CC no es de "*inexorable aplicación*", pues tiene "*el carácter de recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla*" un "*carácter más bien facultativo y orientativo que de imperativa observancia*".

(170) Siguiendo la distinción de RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 2629-2633).

(171) STS 18 marzo 2008 y SAP Salamanca 25 julio 2016.

(172) PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, p. 528).

de que el contador-partidor actúe solo en caso de falta de acuerdo entre los coherederos, cabe prescindir de él (173).

Frente a lo anterior, la mayoría de la doctrina admite la posibilidad de que los coherederos prescindan del contador-partidor por unanimidad, aunque siempre y cuando el testador no lo prohíba expresamente (174); si se permite que los coherederos pacten la indivisión de la herencia, lógicamente podrán prescindir por acuerdo del contador-partidor (175); además algunos derechos forales prevén expresamente esta posibilidad (176).

La jurisprudencia ha ido evolucionado su pensamiento hasta posicionarse como la doctrina mayoritaria (177). Se contempla ex-

(173) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 449-450).

(174) LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA (*op. cit.*, p. 123), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ("Partición hereditaria...", *cit.*, p. 463), FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 37) y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (*op. cit.*, pp. 236-237). En la misma línea, LLEDÓ YAGÜE (*Sucesiones. Cuaderno IV...*, *cit.*, pp. 129-130) critica la postura de MENÉNDEZ VALDÉS, quien defiende, basándose en el principio *prior tempore*, la prevalencia de la partición efectuada por el contador-partidor si la realiza antes que los coherederos. ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 58-62) afirma que para evitar problemas el testador debería establecer en el testamento que la partición efectuada por el contador-partidor sea subsidiaria a la realizada por los coherederos.

(175) ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, *cit.*, p. 143).

(176) *Vid.* art. 464-6.2, Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones y Ley 344, de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (nueva versión Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, misma previsión Ley 296.2).

(177) Tomando como referencia a RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 427-430): la STS 22 enero 1952 se pronunciaba negativamente considerando que los herederos no pueden distribuir los bienes hereditarios por sí mismos mientras esté en vigor el plazo durante el que pueda actuar el contador-partidor designado por el testador. La STS 20 de octubre de 1992 acoge los argumentos expuestos por la doctrina. Finalmente, la STS 22 febrero 1997 expone que no puede prescindirse del contador-partidor si entre los coherederos había un menor de edad, por infringirse los arts. 1057 y 1058 CC, pero sí como regla general. Sobre posibilidad de prescindir del contador-partidor por unanimidad, *vid.* SAP Madrid 24 febrero 2006, 4 febrero 2010, 16 noviembre 2017, SAP Valencia 1 febrero 2017 (donde se prevé esta posibilidad expresamente en el testamento) y Auto AP Las Palmas 1 junio 2017. Por otra parte, el Auto AP A Coruña 7 noviembre 2017 recoge que no cabe prescindir por acuerdo unánime de contador-partidor designado testamentariamente para después iniciar un procedimiento judicial de división de herencia, donde se nombrará otro contador; si no hay acuerdo sobre la partición pero se quiere prescindir del contador-partidor habrá que instar la causa de remoción del contador y expediente de jurisdicción voluntaria. Se

presamente la posibilidad de prescindir de contador-partidor en la PCC(178).

3.2.2. Prescindir de la partición realizada por el testador o de las disposiciones particionales contenidas en el testamento

En este supuesto también pueden apreciarse dos tendencias doctrinales: una parte defiende que el art. 1058 CC no concede a los coherederos la facultad de no ajustarse a la hora de realizar la partición a lo dispuesto en el testamento o en la ley, si bien, pueden modificar las disposiciones testamentarias, pero no a título de partición, sino como si se tratara de una novación o transacción(179). Esta es la postura adoptada por la jurisprudencia (SSTS 19 junio 1997, 18 marzo 2008 y la STS 26 octubre 2009(180)).

Para otra parte, siempre y cuando el testador no lo haya prohibido expresamente(181), los herederos (mayores de edad y de común acuerdo) podrán realizar ellos mismos la partición apartándose de las disposiciones testamentarias(182), pero no podrán modificar

contempla expresamente la posibilidad de prescindir de contador-partidor en la PCC.

(178) *Vid.* art. 468-52.1 PCC.

(179) SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, p. 2003), VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, cit., p. 916) y ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 38-39) que defiende que no cabe interpretarlo como regla general.

(180) Igualmente, STS 20 enero 2012, SAP Guadalajara 22 noviembre 2016 y SAP Jaén 14 febrero 2018.

(181) MARTÍNEZ ESPÍN ("Comentario a los arts. 1051...", cit., pp. 1433-1434) afirma que si el testador hubiese establecido dicha prohibición, los herederos podrán sobrepasar lo meramente particional e incluir actos dispositivos, es decir, la modificación del testamento se hará a título de novación o contrato especial, y no de partición; debe tenerse en cuenta que si el testamento concede derechos también a terceros a los que no les es posible intervenir en la partición, no puede permitirse prescindir de la partición efectuada por el testador o de las disposiciones testamentarias, se causaría un gran perjuicio.

(182) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA (*op. cit.*, p. 118), LETE ACHIRICA (*op. cit.*, pp. 2566-2567), ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil...*, cit., p. 143) que dispone "el mejor juez de lo que le conviene es el propio interesado", y PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, pp. 553-554) añade que si el testador impone en el testamento que pueda ser válida la partición realizada por la mayoría de los herederos, solo sería eficaz si se cumple de forma voluntaria con dicha partición, pues si se impugna judicialmente, deberá aplicarse el art. 1058 CC y el principio de unanimidad. Sin embargo, la PPC prevé expresamente la validez de una partición hecha por la mayoría de los herederos siempre que se cumplan ciertos requisitos: *vid.* art. 468-56.

las cuotas de institución de herederos, porque entonces se estaría ante cesiones de cuota(183); esto es así porque si el testador hubiera tenido conocimiento de que los coherederos querían realizar la partición de una concreta forma, lo más probable es que él mismo hubiese partido de esa manera(184).

4. Ir en contra de los propios actos: rescisión por lesión y discordancia entre acuerdo privado y escritura pública de partición

Respecto a los actos propios, como posible factor impeditivo de la rescisión de la partición, *vid.* Epígrafe 1.1.1. Rescisión por lesión y causa transaccional: los actos propios, dentro del Epígrafe 4. En especial, la partición contractual, convencional o por los coherederos y las causas más comunes de su ineficacia.

Sobre el segundo supuesto, puede ocurrir que los coherederos formalicen un documento privado de partición y lo dispuesto en este se contradiga con lo previsto en una escritura pública posterior. Pueden adoptarse dos posturas desde la perspectiva del negocio jurídico sobre la prevalencia de uno u otro documento(185):

- Si se considera que la partición contractual se perfecciona con el consentimiento unánime de todos los coherederos y la escritura pública tiene la única finalidad de dotar de mayor eficacia y seguridad al documento privado, prevalecerá este frente a la escritura pública.
- La otra tesis se basa en darle prevalencia a la escritura pública, ya que es la última manifestación de voluntad realizada por los interesados.

No debe adoptarse una u otra postura de forma global, pues ambas tienen sentido en la práctica(186); la primera postura se adoptará si hay pequeñas divergencias entre documento privado y escritura pública, si las particiones sucesivas son compatibles(187), si

(183) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 54-58).

(184) LLEDÓ YAGÜE (*La comunidad hereditaria...*, cit., pp. 117-120) y ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, p. 53).

(185) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 173-177) y RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 492-494).

(186) Siguiendo a ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 173-177) y RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, pp. 492-494).

(187) STS 28 marzo 1994.

la escritura no contiene expresión de novación(188), o de dejar sin efecto el documento privado o si esta efectúa una mera reproducción, complemento o corrección del documento privado que constituye el verdadero acuerdo de voluntades entre los coherederos. Por otro lado, la segunda solución tiene cabida en aquellos supuestos en que la escritura pública introduce cambios que son sustanciales y no secundarios respecto al documento privado (novación)(189), si las partes actúan conforme a lo previsto en la escritura, porque esta última es incompatible con el documento privado en todos sus términos(190), si las partes no realizan manifestación de reserva o subsistencia del documento privado(191), o cuando el documento privado no contempla una partición en sentido estricto sino meras bases, orientaciones o programaciones de la misma.

5. Vicios de la voluntad

5.1. El error en la partición hereditaria

Como se ha expuesto, la partición hereditaria convencional tiene naturaleza contractual, lo que da lugar a que se apliquen las causas de nulidad de los contratos, entre las cuales se encuentra regulado el consentimiento prestado por **error** como causa específica de ineficacia (arts. 1265 y 1266, en relación con 1300 a 1314 CC)(192). Sin embargo, toda la regulación efectuada por el CC sobre la ineficacia de la partición hereditaria se encuentra impregnada en sus reglas por el error(193): la acción rescisoria (arts. 1074 a 1078 CC) se fundamenta en un error en la valoración del bien, la partición

(188) *Vid.* art. 1224 CC: la novación no se presume.

(189) SAP Las Palmas 31 octubre 2005.

(190) STS 5 mayo 2004.

(191) La STS 13 junio 1992.

(192) La SAP Vizcaya 11 abril 2018 recoge los requisitos que debe de tener el error como vicio de consentimiento para anular la partición hereditaria: el error debe ser **esencial** ("porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de este") y **excusable** ("que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta las condiciones de las personas"). Se basa en la doctrina del TS: SSTS 14 y 18 febrero 1994, 6 noviembre 1996, 30 septiembre 1999, 24 enero 2003 y 12 noviembre 2004.

(193) ROBLES LATORRE (*op. cit.*, pp. 116-126) y resto de la doctrina.

adicional (art. 1079) procede en supuestos de omisión de algunos bienes hereditarios por creer que no existían o que no pertenecían a la masa hereditaria(194), el supuesto de preterición particional en su vertiente de proceder de buena fe (art. 1080 CC)(195) y el caso del heredero aparente (art. 1081 CC) que también contempla supuestos de error, la creencia de que era heredero sin serlo en realidad.

Si se opta por seguir el principio de que la norma especial desplaza a la norma general, la regla del error en el consentimiento prevista para los contratos solo podría aplicarse a aquellos supuestos no contemplados específicamente por el CC al regular la ineficacia de la partición(196); por otra parte, esta solución choca con el principio *favor partitionis*, pues se estaría dando la posibilidad de anular particiones hereditarias fuera de la normativa específica particional(197). Frente a esto cabría alegar que no es motivo suficiente para excluir el error como causa autónoma de impugnación de la partición hereditaria, pues se ha admitido la aplicación a la partición de las normas de ineficacia de los negocios jurídicos *inter vivos* y no por ello el principio *favor partitionis* queda desdibujado, aunque al darse esas superposiciones, es difícil tal consideración(198).

(194) Salvo en el supuesto de partición parcial. **Vid.** 1.2.2. Partición parcial, adicional y total, voluntariedad e involuntariedad de la omisión: el dolo y la ocultación.

(195) Salvo en el supuesto de que conociendo la existencia de otros coherederos y prescindiendo de ellos en la partición, los herederos que la han realizado les adjudiquen bienes suficientes para cubrir la cuota hereditaria que les corresponde. *Vid.* 2.1.1. Preterición particional de buena fe.

(196) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 100 y 248).

(197) ROBLES LATORRE (*op. cit.*, introducción) como solución ante esta colisión prevé que si el error recae sobre la asignación de cuotas (en el consentimiento prestado a la hora de determinarlas) se apliquen las normas del error en materia de contratos, pero, si se produce en el momento de la partición, sean aplicables las reglas especiales.

(198) RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, p. 563) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", cit., p. 401). Igualmente, ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, p. 250) que afirma que en la partición convencional es más difícil dar relevancia al error porque se podría haber evitado si hubieran actuado con una mayor diligencia, no cumpliéndose con el requisito de ser excusable. Las SSTs 12 diciembre 2005 y 4 mayo 2016 afirman que el CC no recoge el error como un error vicio o error obstativo en sede de partición hereditaria, sino que se refiere a algunos supuestos en los que está incluido el error y que tienen diferentes consecuencias dependiendo del caso que se trate. Siguiendo a DE PABLO CONTRERAS, P. ["Requisitos del contrato" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., (Dir.) *Teoría General de la Obligación y el Contrato. Curso Civil (II). Volumen I*. Reimpresión 4ª ed., Edisofer, Madrid, 2016. pp. 339-343]

Procede analizar las diferentes superposiciones:

- **Error en la valoración de los bienes.** El art. 1266 CC dispone: "*Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*". El error en la valoración de los bienes se encuentra regulado en el art. 1074 CC, que prevé el remedio de la rescisión de la partición, exigiendo lesión en más de un cuarto; sin embargo, si se admite la acción de anulabilidad de la partición por presencia de error, daría igual el límite de un cuarto en la lesión, admitir para estos supuestos la anulabilidad de la partición implicaría dejar sin efecto el propio art. 1074 CC(199).
- **Error en la cantidad de los bienes.** Como se ha expuesto anteriormente, el art. 1079 CC se aplica cuando se omiten "*algunos bienes o valores*" en la partición, procediéndose a una adicional, pero, si se omite una cantidad importante o sustan-

y RUBIO GARRIDO (*op. cit.*, p. 562), puede diferenciarse entre **error vicio o error motivo** que es aquel que afecta a la formación de la voluntad donde el coheredero está conforme con la partición precisamente por padecerlo, y el **error obstativo** que supone una manifestación diferente a lo que en realidad se quiere, una discordancia entre la voluntad interna y la manifestada y equivale a la ausencia de consentimiento. El error vicio conlleva la anulabilidad de la partición, el error obstativo la nulidad radical.

(199) Al igual que ocurría cuando hablábamos de la superposición de los arts. 1074 y 1079 CC: *vid.* 1.2.3. Interpretación de la palabra valor y confrontación con la rescisión por lesión. ROBLES LATORRE (*op. cit.*, p. 131) afirma que el art. 1074 CC prevé ese límite de lesión en más de un cuarto, precisamente en aras del principio *favor partitionis*. En la misma línea, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", *cit.*, p. 399) considera que el error en las cualidades sustanciales de los bienes que provoca una errónea valoración de los mismos da lugar a la rescisión de la partición. Por su parte, PÉREZ RAMOS (*op. cit.*, p. 597) afirma que la mayoría de la doctrina defiende que el error cuantitativo provoca solo la rescisión por lesión y es el error sustancial el que vicia el consentimiento, dando lugar a la anulabilidad, pero (p. 600) considera que en el supuesto de que se adjudique un chalet a un heredero, y que por requerimiento de demolición del Ayuntamiento disminuya el valor del mismo, procede la anulabilidad por error, y no la rescisión por lesión; la acción rescisoria es subsidiaria y se apoya en un negocio jurídico, además el error no solo afecta al valor de la cosa, también a la sustancia de la misma.

cial de bienes(200), procederá la anulabilidad de la partición al existir un vicio en la formación de la voluntad(201).

- **Error en la persona.** El art. 1266 CC dispone: "*El error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo*". Se ha defendido por una parte de la doctrina que el art. 1081 CC recoge un supuesto de anulabilidad de forma similar a lo establecido en el art. 1266 CC, es decir, el error en la persona solo invalida el contrato (en este caso la partición hereditaria) si hubiera sido causa principal de la manifestación del consentimiento para perfeccionarlo(202); si a ello se añade que el CC utiliza en numerosas ocasiones la palabra nulidad refiriéndose a un supuesto de anulabilidad, parecería una tesis razonable. Sin embargo, constituye una excepción a ese precepto(203), el art. 1081 CC solo hace referencia a la partición hecha con heredero aparente, sin distinciones sobre el mayor o menor error en que hayan podido incurrir el resto de coherederos al consentir la partición. Además, doctrina y jurisprudencia han defendido que el art. 1081 prevé un supuesto de nulidad absoluta (parcial)(204). No obstante, si se demuestra que el hecho de que exista un heredero aparente ha sido determinante para que los demás coherederos prestaran el consentimiento a la partición, será factible el ejercicio de la acción de anulabilidad, pero no porque el art. 1081 CC sea una pura traslación del art. 1266 CC, sino porque se aplicaría el art. 1266 CC(205).

(200) *Vid.* 1.2.1. Cantidad de los bienes omitidos.

(201) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, p. 248) afirma que es invalidante el error sustancial en el caso de omisión de bienes importantes y el referido a la no computación de donaciones en perjuicio de herederos forzosos se basa en la STS 7 enero 1975. Para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL ("La ineficacia...", *cit.*, p. 399) si la omisión, por error, es de la mayor parte de los bienes, conlleva la nulidad radical.

(202) LETE ACHIRICA (*op. cit.*, pp. 2597-2599). Sin embargo, RIVAS MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 2588) afirma que la partición será anulable si se realiza con personas distintas de las que habían sido instituidas como herederas.

(203) SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, p. 2105).

(204) **Vid.** 2.2. Heredero aparente (art. 1081 CC).

(205) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 251 y ss.) para afirmar esto se basa en VALLET y añade que también es posible el ejercicio de la acción rescisoria si se cumplen los presupuestos. No obstante, DE PABLO CONTRERAS (*op. cit.*, pp. 339-343) defiende, refiriéndose a los contratos, que el supuesto de error en la identidad de la persona se califica como error obstativo y lleva aparejada la nulidad radical.

Según ROBLES LATORRE se distinguen tres niveles en los que puede apreciarse el error a la hora de hablar de la partición hereditaria (206):

- **Error en los presupuestos** (testamento o ley) que constituyen la base de la partición hereditaria: la consecuencia sería la nulidad absoluta de la partición.
- **Error en la interpretación** de los derechos que se desprenden de un testamento que es válido o de las reglas legales de la sucesión: si el error es jurídicamente relevante (207) cabe la anulabilidad de la partición.
- **Error en el momento de la formación de los lotes**, que se encuentra regulado en los arts. 1069 a 1081 CC, previéndose diversas soluciones específicas.

En virtud de lo expuesto, el segundo nivel es, exclusivamente, en el que tiene cabida el error como vicio del consentimiento; cuando la partición se basa en un testamento válido y eficaz, pero las partes se representan una realidad distinta a la verdadera, se produce un error sobre la cuota válidamente determinada, porque si la cuota no fuera válida procedería la nulidad absoluta de la partición (208).

5.2. *El dolo, la violencia y la intimidación en la partición hereditaria*

El CC no ha regulado expresamente el **dolo** en la partición hereditaria, solo hace mención a él en el art. 1080 CC. Fuera de este supuesto, si se ocultan bienes de forma dolosa (209) o si se causa una lesión económica con dolo al heredero (210), podrá ejercitarse la acción de anulabilidad prevista para los contratos (arts. 1269, 1270, 1300 y 1301 CC) (211).

(206) ROBLES LATORRE (*op. cit.*, p. 129).

(207) Entiéndase por jurídicamente relevante un error que interfiera en la manifestación del consentimiento no errores en cualidades accidentales de los bienes o meros errores de cuenta que se subsanan con una simple corrección (art. 1266 CC).

(208) ROBLES LATORRE (*op. cit.*, pp.133-134).

(209) **Vid.** 1.2.2. Partición parcial, adicional y total, voluntariedad e involuntariedad de la omisión: el dolo y la ocultación.

(210) Puesto que la acción rescisoria exige como presupuesto la buena fe.

(211) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, p. 250).

La **violencia y la intimidación** se encuentran definidas en el art. 1267 CC, en sede de contratos: *"Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato"*. Como el CC al regular la ineficacia de la partición hereditaria no establece especificación alguna, se sigue el régimen previsto para los contratos (212).

V. CONCLUSIONES

1. El CC contiene una regulación incompleta sobre las causas de ineficacia de la partición hereditaria, por lo cual el TS ha venido aplicando las normas de ineficacia de los negocios jurídicos *inter vivos* a la partición de la herencia. Además, cada precepto efectúa una regulación muy superficial del supuesto, requiriendo una profunda labor de interpretación, incluso el CC llega a utilizar incorrectamente los términos para referirse a un remedio concreto. La complejidad de la materia aumenta al deber mantenerse la partición en la medida de lo posible (inspiración del principio *favor partitionis*).

2. Aunque la voluntad del testador sea la ley de la sucesión, la partición efectuada por este puede ser rescindida por lesión siempre que perjudique la legítima de los herederos forzosos, cuando esa posibilidad se haya plasmado por el testador en el testamento o cuando pueda deducirse de este que esa era la voluntad del testador. Además, puede presentar otros vicios: de nulidad o de anulabilidad.

3. A pesar de que el contador-partidor es nombrado por el testador, la partición hereditaria realizada por él presenta mayores limitaciones, pues además del deber de respetar las legítimas, debe atenderse a la voluntad del testador y al principio de igualdad cualitativa en la formación de los lotes, pues de lo contrario la partición será anulable o nula, respectivamente. Sin embargo, aunque estas son las limitaciones genéricas, hay otros supuestos de nulidad o anulabilidad.

(212) Entre otras: SAP Córdoba 4 junio 2008, SAP Cantabria 17 febrero 2009, SAP Madrid 6 julio 2016 y SAP Lugo 29 octubre 2019.

4. La partición convencional tiene naturaleza de contrato y se formaliza mediante acuerdo de todos los coherederos, lo que le otorga carácter transaccional; sin embargo, ello no impide con carácter general el ejercicio de la acción rescisoria; este solo se niega en dos supuestos: si el impugnante manifestó su conformidad con la adjudicación y efectivamente se le adjudica aquello que había consentido o si había renunciado expresamente al ejercicio de la acción (iría en contra de sus propios actos). No obstante, mientras que en las particiones realizadas por el testador y por el contador-partidor no hay límite para el ejercicio de la acción rescisoria cuando se lesiona la legítima, en la convencional se debe cumplir con el límite de lesión en más de un cuarto. Además, no cabe la rescisión de particiones parciales.

5. No hay un límite mínimo para aplicar el art. 1079 CC, pero ante omisiones cuantiosas de bienes (no solo por cantidad sino también por entidad) será posible ejercitar la acción de anulabilidad de la partición por presencia de error en el objeto de la misma; además, la voluntariedad o involuntariedad en la omisión no influye en la aplicación del precepto. El art. 1079 CC no se aplica a defectos de valoración inferiores a un cuarto, pero sí a omisiones de bienes colacionables.

6. El art. 1080 CC constituye una excepción al principio de unanimidad en la partición contractual, y contempla dos remedios en función de la intencionalidad. Pese a que el precepto habla de "otros interesados", nada impide su aplicación también a las particiones efectuadas por el contador-partidor y por el testador, siempre que la preterición particional proceda de la preterición testamentaria. Incluso en el supuesto de preterición de buena fe, errónea o no intencional, es más beneficioso para los herederos aplicar el art. 1080 CC que el 814 CC, pues en el primer caso simplemente los coherederos indemnizarán al preterido en proporción al exceso recibido, y en el segundo se anularía la institución de heredero, y con ello la partición.

7. El art. 1081 CC regula el único supuesto específico de nulidad de la partición hereditaria, hacerla con heredero aparente. Cabe englobar en el escueto precepto tres supuestos, y en cada uno de ellos la nulidad produce un efecto diferente.

8. El CC incurre en una antinomia exigiendo más capacidad para pedir la partición que para realizarla. No hay unanimidad doctrinal sobre el criterio a seguir para resolver dicha antinomia, la jurisprudencia no se ha pronunciado expresamente sobre ello y la PCC ha eliminado toda referencia al grado de capacidad (de disposición

o de administración) necesario tanto para pedir como para realizar la partición. En este trabajo tampoco se aporta una solución ya que cada tesis sostenida cuenta con argumentos sólidos. El menor emancipado tiene capacidad para pedir y realizar la partición por sí mismo, solo necesitará complemento para realizar actos que excedan de lo meramente particional. La partición hecha por herederos menores o con la capacidad modificada judicialmente será anulable si no han sido asistidos por sus representantes legales o nula en caso de que en los segundos el defecto de capacidad sea asimilable a la falta de consentimiento. No se ha planteado por jurisprudencia y doctrina la posible nulidad de la partición por vulnerarse las normas imperativas legales de representación.

9. Los coherederos pueden prescindir de común acuerdo del contador-partidor, de la partición efectuada por él, de la partición realizada por el testador y de las disposiciones particionales previstas por este. Tampoco están obligados los coherederos a respetar el principio de igualdad cualitativa en la formación de los lotes (art. 1061 CC).

10. Si hay contradicción entre un acuerdo privado y una posterior escritura pública de partición prevalecerá uno u otro documento dependiendo de la intención y del supuesto.

11. A la partición convencional le son aplicables las normas de nulidad de los contratos, en especial los vicios de la voluntad. Respecto a la violencia e intimidación al no hacer mención alguna el CC en sede de ineficacia de la partición hereditaria, el régimen aplicable es el previsto para los contratos. En cuanto al dolo, solo lo menciona el art. 1080 CC, que prevé como consecuencia la rescisión, pero que en realidad contempla el remedio de la anulabilidad.

Finalmente, el vicio del error en el consentimiento es el que más dudas ha suscitado, pues la regulación de ineficacia de la partición hereditaria se basa en la presencia del error y por ello es difícil que tenga autonomía como causa de impugnación. Se han admitido como casos de error en el consentimiento que conllevan la anulabilidad de la partición la omisión importante de bienes y el supuesto en el que la partición ha sido consentida precisamente por la presencia de un coheredero que no resultó ser tal o de unos bienes concretos, que luego no existían o no pertenecían a la herencia. Fuera de estos casos aislados, el error como vicio del consentimiento jurídicamente relevante que conlleve la anulabilidad solo tiene cabida si se refiere al momento de interpretación de los derechos que tiene cada heredero y no al de la formación de los lotes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁ RUBIO, M. J., FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., "La partición extrajudicial" en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (Dir.) *La partición de la herencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 135- 298.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., "Dos aspectos de la partición hecha por el testador", *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 1948, pp. 920-979.
- *Derecho civil*, José María Bosch, Barcelona, 1997.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.
- CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario a la STS 18 de julio de 1998 (Interpretación del testamento; prevalece la voluntad real del testador sobre el tenor literal en una cláusula contradictoria; legado (prelegado) o adjudicación particional. Herencia indivisa: administración de herencia. Sustitución ejemplar. Incongruencia" en *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, nº 49, 1999, pp. 67-92.
- COSTAS RODAL, L., "Rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 7, 2015, versión electrónica, ref. 2015/3051, pp. 1-12.
- CUTILLAS TORNOS, J. M., *La partición parcial y su impugnación por lesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de derecho sucesorio*, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2011, pp. 425-478.
- DE PABLO CONTRERAS, P., "Requisitos del contrato" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Dir.) *Teoría General de la Obligación y el Contrato. Curso Civil (II). Volumen I*. Reimpresión 4ª ed., Edisofer, Madrid, 2016. pp. 335-369.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La partición convencional*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.
- ESPEJO RUIZ, M., "Invalidéz de la partición hereditaria realizada por contador-partidor por preterición de un heredero o por inclusión de un heredero que no lo es" en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Dir.) *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1493-1507.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., "La partición adicional" en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Dir.) *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1725-1741.
- "La ineficacia de la partición hereditaria" en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (Dir.) *La partición de la Herencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 379-455.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *La partición*, Comares, Granada, 2009.

- GALICIA AIZPURUA, G., "Comentario a los arts. 1074-1081" en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., *et al.* (Coords.) *Código Civil Comentado*, Volumen II, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 1739-1760.
- "Comentario al art. 1074 del Código Civil" en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., *et al.* (Dirs.) *Código Civil Comentado*, Volumen II, Civitas Cizur Menor, 2016, pp. 1739-1743 (versión electrónica, ref. 2011/1756, pp. 1-4).
- GARCÍA PÉREZ, C. L., "Impugnación división injusta realizada por contador-partidor testamentario" en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Dirs.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1907-1937.
- *La rescisión de la partición hereditaria. Notas a los artículos 1073 a 1078 del Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, M., "Notas sobre la llamada 'Partición Adicional' (artículo 1079 CC)", *Revista Diario La Ley*, nº 868, 2006, versión electrónica, La Ley Digital, ref. D-85, pp. 1-17.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de derecho civil, Sucesiones*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- LETE ACHIRICA, J., "Comunidad hereditaria y partición", en GETE-ALONSO Y CALERA Mª. C. (Dir.) SOLÉ RESINA, J. (Coord.) *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo II*, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2547- 2602.
- LLEDÓ YAGÜE, F., *La comunidad hereditaria y la partición de herencia*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993.
- "Una relectura básica en torno a la ineficacia y efectos de la partición hereditaria" en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Dirs.) *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 2796-2797.
- *Sucesiones. Cuaderno IV. La partición de la herencia, las formas de partición, operaciones particionales, la colación en la partición*, Dykinson, Madrid, 2011.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., "Partición hereditaria: Conceptos generales, operaciones particionales y tipos de partición", en PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (Coord.) *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 443-465.
- "La partición hereditaria, efectos. Invalidez e ineficacia. La colación", en PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (Coord.) *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 467-490.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Partición y colación", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 195- 242.
- "Comentario a los arts. 1051 a 1072 del Código Civil" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 1420-1434.

- “Comentario a los arts. 1073 a 1081 CC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 1452-1463.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “La comunidad hereditaria y la partición; sus especies” en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (Dir.) *La partición de la Herencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 1-16.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Rescisión por lesión de la partición hereditaria y *favor partitionis*” en HERRERO OVIEDO, M. (Coord.) *Estudios de derecho de sucesiones*, La Ley, Madrid (versión electrónica) 2014, pp. 1-15.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Partición y Registro de la Propiedad*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2019.
- PÉREZ RAMOS, C., *Cuestiones prácticas sobre herencias para especialistas en sucesiones*, Lefebvre-El Derecho, 2019.
- RIVAS MARTÍNEZ, J., *Derecho de sucesiones común y foral*, Dykinson, Madrid, 2009.
- ROBLES LATORRE, P., *La partición convencional y su impugnación*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ PRIETO, F., *Los consejos del notario*, Inversor, Madrid, 2000, pp. 177-192.
- RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Cizur Menor, Navarra, 2019.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La legítima del cónyuge viudo (arts. 834 a 840 del Código Civil)” en Díez-Picazo, L. (Coord.) *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. II, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, pp. 3087-3137.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho de sucesiones. VI. Vol. III. Estudios de Derecho civil*, Establecimiento Tipográfico de Rivadeneyra, Madrid, 1910 (Analec-ta, Pamplona, reimpresión 2004).
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del derecho de sucesiones*, Vols. I y II, Civitas, Madrid, 1984.
- “El principio del ‘Favor Partitionis’”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 43, nº 1, 1990, pp. 5-24.

ANEXO. TABLA COMPARATIVA

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.	Propuesta de Reforma Asociación Profesores de Derecho Civil. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), <i>Propuesta de Código Civil</i> , Tecnos, Madrid, 2018.
PARTICIÓN HEREDITARIA EFECTUADA POR EL TESTADOR	
Artículo 1056. Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.	Partición por el causante (213) (Art. 468-51). 1. El causante puede hacer la partición de sus bienes, o de una parte de ellos en el mismo acto de disposición <i>mortis causa</i> en el que ordene su sucesión o en acto separado sin sujeción a forma determinada (214). 2. Puede también establecer reglas vinculantes para la partición (215). Si la partición se hace en el mismo acto en que se dispone de la herencia y resulta alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecen estas sobre aquellas. Si se hace en acto separado prevalecen las cláusulas dispositivas mediante la forma adoptada para el acto de partición (216).

(213) El título que se prevé en la reforma no es coherente con lo defendido por doctrina y jurisprudencia. Si la partición debe estar amparada por un testamento y la partición efectuada por causante no testador es nula, debería haberse denominado “partición por el testador”.

(214) Se suprime la palabra *inter vivos* que podía generar confusión y se sustituye por la tesis asumida por jurisprudencia y doctrina.

(215) Se incluye expresamente la posibilidad de que el testador redacte instrucciones particionales y no efectúe él mismo la partición.

(216) Se especifica cuándo debe de prevalecer la partición o el testamento.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.	Propuesta de Reforma Asociación Profesores de Derecho Civil. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), Propuesta de Código Civil, Tecnos, Madrid, 2018.
PARTICIÓN HEREDITARIA EFECTUADA POR CONTADOR-PARTIDOR	
Artículo 1057. Párrafo 1. El testador podrá encomendar por acto "inter vivos" o "mortis causa" para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.	Partición por contador-partidor (Art. 468-52). 1. El causante puede también encomendar en el propio acto de disposición <i>mortis causa</i> o en acto separado la facultad de hacer la partición (217) a uno o varios contadores-partidores, que, salvo previsión distinta de aquel, actuarán únicamente a falta de acuerdo unánime de los partícipes en la comunidad hereditaria sobre cómo hacerla (218). 2. No pueden ser contadores-partidores ni el heredero ni el legatario de parte alícuota (219). 3. El cargo de contador-partidor se entiende aceptado si el designado no se excusa dentro de los treinta días siguientes a aquel en que es requerido para actuar. Cuando el causante impone expresamente su intervención el plazo se cuenta desde que tenga noticia de su nombramiento o, si este le era ya conocido, desde que supo de la muerte de aquel. En cuanto al régimen de designación y actuación de pluralidad de contadores-partidores, plazo de cumplimiento de su función, retribución, delegación y extinción, se está a lo dispuesto en los artículos 462-87 y siguientes (220).

(217) Suprime la denominación *inter vivos* sustituyéndola por "documento separado", haciendo referencia a que la partición siempre debe tener de base un testamento.

(218) Se prevé expresamente la posibilidad de prescindir de contador-partidor.

(219) La jurisprudencia extendía la prohibición al legatario, la propuesta lo prevé expresamente.

(220) Previsión específica de lo plasmado por doctrina y jurisprudencia: regulación albacea.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.	Propuesta de Reforma Asociación Profesores de Derecho Civil. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), <i>Propuesta de Código Civil</i>, Tecnos, Madrid, 2018.
	Facultades del contador-partidor (Art. 468-53). 1. Salvo previsión en contrario del causante corresponde al contador-partidor la facultad de liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos. Si el contador-partidor lo es de ambos cónyuges y realiza la partición conjunta, puede prescindir de la liquidación de la sociedad conyugal, salvo que sea precisa para cumplir las disposiciones de última voluntad de cualquiera de ellos. 2. Corresponden también al contador-partidor las facultades de cálculo y satisfacción de las legítimas, la determinación de los bienes reservables, la práctica de la colación, la entrega de legados, la adjudicación de bienes para el pago de deudas y la interpretación del testamento o pacto en cuanto sea precisa para el desarrollo de su función particional. 3. El contador-partidor autorizado al efecto por el causante puede otorgar al heredero o herederos la facultad de pagar las legítimas con efectivo extra hereditario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 467-17 (221).

(221) Se prevé expresamente las facultades del contador-partidor.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.	Propuesta de Reforma Asociación Profesores de Derecho Civil. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), Propuesta de Código Civil, Tecnos, Madrid, 2018.
Artículo 1057. Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.	Práctica de la partición (Art. 468-54). 1. El contador-partidor ha de actuar conforme a las reglas establecidas por el causante y en su defecto de acuerdo con lo dispuesto por la ley. 2. Si entre los partícipes de la comunidad hereditaria hay alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela, el contador-partidor debe inventariar los bienes de la herencia con citación fehaciente de los representantes legales o curadores de dichas personas.
PARTICIÓN HEREDITARIA EFECTUADA POR LOS COHEREDEROS	
Artículo 1058. Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.	Partición por los herederos (Art. 468-55). 1. Los herederos y legatarios de cuota pueden por acuerdo unánime distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente (222).
Artículo 1060. Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.	2. Cuando los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición no es necesaria la aprobación judicial para su validez y eficacia, salvo que en su realización se prescinda del principio de homogeneidad cualitativa de los lotes (223).

(222) Recoge la interpretación extensiva de la palabra heredero realizada por doctrina y jurisprudencia, que comprende también al legatario de parte alícuota.

(223) Refuerza el cumplimiento del principio de igualdad cualitativa en la formación de los lotes.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.	Propuesta de Reforma Asociación Profesores de Derecho Civil. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), <i>Propuesta de Código Civil</i>, Tecnos, Madrid, 2018.
Artículo 1059. Cuando los herederos mayores de edad no se entiendan sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.	3. Cuando los herederos y legatarios de cuota mayores de edad no se entiendan sobre el modo de hacer la partición queda a salvo su derecho para que lo ejerzan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
1057. Párrafo segundo. No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.	Partición por una mayoría de herederos (Art. 468-56) (224). 1. En defecto de acuerdo unánime, y siempre que no haya contador-partidor designado por el causante o esté vacante el cargo, los partícipes que representen más del cincuenta por ciento del haber hereditario y sean al menos dos pueden realizar por sí la partición de la herencia. 2. Dicha partición ha de respetar la sucesión legal, sustanciándose conforme a las formalidades establecidas en el artículo siguiente.

(224) Creemos que el fundamento de esta regla es evitar que el coheredero que de mala fe se oponga al acuerdo efectuado por todos los demás no provoque que el resto salga perjudicado. Para evitar esta situación el CC actual recoge la figura del contador-partidor dativo.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.	Propuesta de Reforma Asociación Profesores de Derecho Civil. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), Propuesta de Código Civil, Tecnos, Madrid, 2018.
LA RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA	
Artículo 1073. Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones.	De la ineficacia de la partición (Art. 468-74). Las particiones pueden resultar ineficaces por las mismas causas que los contratos. No obstante, son de aplicación preferente las normas contenidas en la presente Sección (225).
Artículo 1074. Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.	De la rescisión por lesión de la partición (Art. 468-75). 1. Pueden ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte atendiendo al valor de las cosas en el momento de la adjudicación.
Artículo 1075. La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presume, que fue otra la voluntad del testador.	2. La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión sino en el caso de que perjudique la legítima o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra su voluntad (226).
Artículo 1076. La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición.	3. La acción rescisoria por causa de lesión caduca a los tres años contados desde que se hace la partición (227).

(225) Recoge la posibilidad de que las particiones puedan impugnarse por las causas de ineficacia de los contratos, sin embargo, estas son específicas de aplicación a la partición convencional y hubiera sido más conveniente establecer que a las particiones son aplicables las reglas de ineficacia de los negocios jurídicos *inter vivos*.

(226) A pesar de no quedar claro si la partición hecha por el testador es rescindible con esa redacción del precepto, la propuesta de reforma no se centra en cambiarlo.

(227) Reduce el plazo de caducidad de la acción, probablemente por influencia del principio *favor partitionis*.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.	Propuesta de Reforma Asociación Profesores de Derecho Civil. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), <i>Propuesta de Código Civil</i>, Tecnos, Madrid, 2018.
Artículo 1077. El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede a nueva partición, no alcanzará esta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.	Efectos de la rescisión (Art. 468-76). 1. El heredero demandado puede optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición, siempre que conserve los bienes que le han sido adjudicados. La indemnización puede hacerse en numerario, en la misma cosa de la que resulta el perjuicio o en bienes de la misma especie, naturaleza o calidad (228). Si se procede a una nueva partición, no alcanzará esta a los que no hayan sido perjudicados ni recibido más de lo justo.
Artículo 1078. No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados.	2. No puede ejercer la acción rescisoria por lesión el heredero que haya enajenado el todo o una parte considerable de los bienes que le hayan sido adjudicados (229).
OMISIÓN DE BIENES EN LA PARTICIÓN	
Artículo 1079. La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.	Adición de la partición (Art. 468-77). 1. La omisión de alguno o algunos bienes de la herencia no da lugar a que se anule la partición, sino a que se complete o adicione con los bienes omitidos (230).

(228) Especifica las posibilidades de indemnización.

(229) Incluye tanto los bienes muebles como los inmuebles, siempre y cuando sean de especial entidad.

(230) Suprime la palabra valor que solo daba a confusión, pues dentro del concepto de bienes se incluyen no solo los materiales sino también títulos-valores, dinero en metálico... La referencia a la anulabilidad se debe a que la omisión cuantiosa de bienes permite impugnar la partición hereditaria ejercitando esta acción.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.	Propuesta de Reforma Asociación Profesores de Derecho Civil. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), <i>Propuesta de Código Civil</i>, Tecnos, Madrid, 2018.
OMISIÓN DE UN HEREDERO EN LA PARTICIÓN	
Artículo 1080. La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero estos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.	Omisión involuntaria de herederos (231) (Art. 468-78). 1. La partición hecha con omisión de alguno de los herederos no es anulable (232), a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados, pero estos tienen la obligación de pagar al omitido la parte que proporcionalmente le corresponda. 2. El derecho del heredero omitido puede ser satisfecho por alguno de los medios contemplados en el artículo 468-76.
INCLUSIÓN DE UN HEREDERO APARENTE EN LA PARTICIÓN	
Artículo 1081. La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula.	Adición de la partición (Art. 468-77). 1. Si ha concurrido a la partición una persona a quien se creyó heredero sin serlo, la parte que se le ha adjudicado ha de repartirse entre los demás coherederos, en proporción a sus respectivas cuotas. De existir un heredero verdadero, le será entregado el lote adjudicado al heredero aparente(233).

(231) El precepto aparece bajo la denominación "omisión involuntaria de herederos", sin embargo, también contempla la omisión con dolo o mala fe.

(232) Recoge el remedio de la anulabilidad, que es con el que se corresponde el supuesto regulado, tal y como habían interpretado doctrina y jurisprudencia.

(233) Recoge expresamente los efectos de la nulidad.

EL REQUISITO DE SOLEMNIDAD EN LAS PAREJAS DE HECHO

Antonio Rodríguez González

Abogado, socio-director en DyR Abogados slp
Profesor-Tutor de Derecho Civil en el Centro Asociado
UNED-Zamora

Resumen: Tradicionalmente, la doctrina ha señalado el incumplimiento del requisito de solemnidad como la principal diferencia entre el matrimonio y las uniones de hecho. Sin embargo, tras la importante legislación autonómica sobre las uniones estables de pareja y los requisitos establecidos para su acceso a los registros públicos, en las que un mismo empleado público, como es el notario, está habilitado tanto para la celebración del matrimonio como para facilitar la constitución de uniones de hecho, no resulta ya aceptable que esa sea la diferencia entre ambos modos de convivencia. Por lo que habrá que radicar la diferencia entre ambas en la naturaleza jurídica de cada una de ellas.

Palabras clave: Matrimonio, concubinato, notario, solemnidad, requisitos.

Abstract: Traditionally, legal doctrine has pointed out that the main difference between marriages and non-marital unions lies in the lack of a solemnity requisite for the latter. However, following the bulk in regional legislation regarding civil partnerships and their requisites for registration in public registry, which allows that the same public servant, such as a notary public, is authorised to officiate a marriage, as well as to constitute civil unions, the aforementioned difference between both partnership models seems unacceptable. That is why we considered that differences between them arise from the legal status of each one of them.

Key words: Marriage, concubinage, notary public, solemnity, requirements.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LOS ACTOS JURÍDICOS MATRIMONIALES Y CONVIVENCIALES
- III. EL EXPEDIENTE MATRIMONIAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 20/2011
 - 1. Tramitación del expediente matrimonial tras la entrada en vigor de la Ley 20/2011
- IV. REQUISITOS DE LOS EXPEDIENTES AUTONÓMICOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNIONES DE HECHO
- V. MODOS DE INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE UNIONES DE HECHO EN LAS DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
- VI. CONCLUSIONES
- VII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Las uniones de hecho, en su mayor parte inscritas en los registros creados *ad hoc* por comunidades autónomas y ayuntamientos, son hoy una realidad social de extraordinaria importancia, representando un 15,07 %(1) de las uniones de pareja existentes en España, aunque sigue siendo el matrimonio el modo más común de relación de pareja.

En una primera aproximación veremos diferentes rasgos característicos del matrimonio y así podremos confrontarlos, posteriormente, con los requisitos constitutivos de las uniones de hecho. El primero de los requisitos será la unión de dos personas, ya que el matrimonio puede ser homosexual o heterosexual, por lo que será matrimonio la unión de dos personas del mismo o distinto sexo.

(1) Según datos de la Encuesta Continua de Hogares, realizada por el I.N.E. para 2019.

El segundo de los requisitos es el de la monogamia, es decir, que el matrimonio debe celebrarse entre dos personas, solo dos, del mismo o distinto sexo(2). Otro requisito es la comunidad de vida y existencia, pues no cabe en nuestro Ordenamiento jurídico concebir el matrimonio como la atención de necesidades afectivas o carnales pasajeras o absolutamente momentáneas(3). De esto deriva la nota de estabilidad o permanencia, inherente a la unión matrimonial.

El último de los requisitos es el de la solemnidad. No cabe duda de que la prestación y manifestación del consentimiento matrimonial es un acto, además de libre y voluntario, solemne, revestido de especiales formalidades que garantizan la concurrencia de todos los presupuestos requeridos legalmente por el Ordenamiento aplicable.

Se venía señalando, tradicionalmente, que el requisito esencial diferenciador entre el matrimonio y la unión de hecho sería el de solemnidad, ya que la pareja de hecho se constituiría mediante un acto puramente privado, sin ningún tipo de formalidad, simplemente será la voluntad de los miembros de la unión el elemento decisor de la convivencia. La libre decisión adoptada de este modo, al margen de cualquier regulación de la convivencia y sin reconocimiento alguno por parte de la colectividad, precisamente por la mencionada ausencia de cualquier formalidad que la dote de solemnidad, tendrá como consecuencia que tal unión resulte ignorada, a efectos jurídicos, por la colectividad.

Sin embargo, la exigencia de los últimos años para el reconocimiento de ciertos derechos a los convivientes *more uxorio* ha conllevado la necesidad de que deba constar inscrita la relación en algún registro público de parejas de hecho, para lo que deberá verificarse la existencia de determinados requisitos, entre los que está la necesidad de realizar la manifestación de constituirse en unión de hecho ante un empleado público, todo lo cual dota a las uniones de hecho registradas de la característica de la solemnidad.

De manera especial, porque uno de los empleados públicos ante el que se puede manifestar esa libre voluntad de constituirse en pareja de hecho es el notario, el cual está habilitado, también, para que se manifieste ante él la libre voluntad de constituirse en matrimonio(4). Tal posibilidad hace que resulte difícil mantener que las

(2) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*, 14.^a ed., Madrid, Ed. Marcial Pons, 2015, p. 17.

(3) LASARTE ÁLVAREZ, C., obra citada, p. 18.

(4) La Disposición final undécima de la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, publicada en el B.O.E. n.º 158, de 3 de julio de

uniones de hecho registradas incumplen el requisito de solemnidad. Cabría preguntarse si la actuación notarial es de menor valor en un caso que en el otro.

II. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LOS ACTOS JURÍDICOS MATRIMONIALES Y CONVIVENCIALES

Entre los distintos modos contemplados en la vigente legislación, y en concreto desde julio de 2015 con la publicación y entrada en vigor de la ley de jurisdicción voluntaria, los ciudadanos pueden acudir a los notarios españoles para contraer matrimonio, separarse o divorciarse. Incluso, próximamente, las parejas que deseen contraer matrimonio podrán tramitar el expediente matrimonial en la notaría(5). También puede tramitarse ante el notario el proceso de divorcio, en determinadas circunstancias.

El notario, así mismo, puede formalizar una unión de hecho, para lo cual redactará la escritura pública en la que ambos reconocerán convivir de forma marital, pudiendo asesorarles sobre las posibilidades para regular la economía interna de la pareja u otras cuestiones jurídicas(6). En cuanto a la disolución de la pareja de hecho, también es posible formalizarla ante notario en escritura pública(7).

2015, modificó la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, introduciendo un nuevo Título VII en la ley sobre la intervención de los notarios en expedientes y actas especiales, y de manera relevante en relación con lo que señalamos, la sección primera del Capítulo II del nuevo Título VII de la Ley del Notariado titulada "Del acta matrimonial y de la escritura pública de celebración del matrimonio", que comprende los artículos 51 y 52 de la ley, en los que se autoriza la celebración del matrimonio mediante acta o escritura pública notarial.

(5) La Disposición final segunda del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, publicado en el B.O.E. n.º 119, de 29 de abril de 2020, ha vuelto a modificar la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, prorrogando la entrada en vigor de la mayor parte de esta ley hasta el próximo 30 de abril de 2021, incluyendo entre la parte de la ley que continúa en *vacatio legis* la posibilidad de que los notarios puedan tramitar el expediente matrimonial.

(6) El art. 49 de la Ley de 28 de mayo de 1862, publicada en el B.O.E. n.º 149 de 29 de mayo de 1862, en la redacción dada por la Disposición final 11.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, habilita a los notarios para autorizar actas o escrituras públicas tanto cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo insta, como cuando el expediente tenga por objeto la verificación de un hecho.

(7) De nuevo se trata de autorizar en documento público la manifestación de voluntad de la persona instante del expediente. En cualquier caso,

Como es fácilmente comprobable, en ambas formas de unión de parejas, el notario es el mismo empleado público. Y, puesto que no cabe considerar que la intervención notarial sea de distinto valor jurídico en uno y otro supuesto, no resulta sencillo seguir manteniendo la ausencia de solemnidad en la constitución de la pareja de hecho como elemento básico y diferenciador entre ambos modos de convivencia en pareja.

Parecería, pues, que existen otras razones, probablemente de mayor entidad, que aconsejan la no asimilación entre el matrimonio y las parejas de hecho registradas. Aspectos sobre los que volveremos más adelante.

III. EL EXPEDIENTE MATRIMONIAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 20/2011

Si se cumple lo actualmente previsto, y de no haber nuevas prórrogas, el 30 de abril de 2021 entrará en vigor la nueva redacción del art. 51 del Código Civil, que amplía a los notarios la competencia para la tramitación del expediente matrimonial(8). Con la entrada en vigor de la nueva Ley del Registro Civil, estos estarán habilitados para la tramitación del expediente matrimonial, el cual finalizará con la correspondiente acta en la que se reflejará el cumplimiento de los requisitos para la celebración del matrimonio, así como la inexistencia de impedimentos para la celebración del mismo.

esta manifestación de voluntad debe ser comunicada al registro correspondiente para la constancia de la ruptura de la unión de hecho, lo cual tendrá como consecuencia, entre otras, la posibilidad de inscripción de una nueva pareja de hecho con otra persona, lo que no será posible mientras conste inscrita la anterior.

(8) El párrafo cuarto del apartado XI del Preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, dice: *"Muy importante es también la nueva regulación que del acta o expediente previo a la celebración del matrimonio recoge el Código Civil, encomendando su tramitación al secretario judicial, notario, al encargado del Registro Civil o al cónsul o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero, al tiempo que la celebración del mismo podrá tener lugar ante el secretario judicial, notario, funcionario diplomático o consular, juez de paz y alcalde o concejal en el que este delegue. Todo ello se enmarca igualmente en el proceso de diversificación de los elementos personales ante los que se lleva a efecto la autorización de determinados actos, que permite la concentración de la Administración de Justicia a la labor fundamental que la Constitución les atribuye de juzgar y ejecutar lo juzgado"*.

1. Tramitación del expediente matrimonial tras la entrada en vigor de la Ley 20/2011

En el art. 58 de la señalada nueva Ley del Registro Civil(9) se precisa que para la celebración del matrimonio se requerirá de la instrucción previa del correspondiente expediente o acta acreditativa del cumplimiento de los requisitos y capacidad de los contrayentes, así como la inexistencia de impedimentos, o la dispensa de estos. Precisa el mencionado artículo que, en el supuesto de tramitación notarial del expediente, la finalización de este será por acta otorgada ante el notario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes, mientras que el expediente será tramitado por el letrado de la Administración de Justicia o el encargado del Registro Civil. A fecha actual todavía está sin determinar qué funcionario público será el encargado. No obstante, los requisitos exigidos a los contrayentes serán sustancialmente los requeridos en la norma actualmente vigente.

Estos requisitos vienen a ser los siguientes: descripción de la identidad de los futuros contrayentes, a la que habrá que añadir, en su caso, la identificación del cónyuge o cónyuges anteriores de cualquiera de ellos y la fecha de disolución del matrimonio. Igualmente, los futuros cónyuges deberán incluir declaración de que no existe impedimento para el futuro matrimonio, así como la autoridad elegida para la celebración y las localidades en las que hubiesen residido los futuros contrayentes en los dos últimos años. Junto a ello debe aportarse documentación acreditativa de las afirmaciones realizadas, por lo que deberán aportarse certificaciones del nacimiento de ambos futuros contrayentes, así como, en su caso, prueba de la disolución de anteriores vínculos, de la emancipación o de la dispensa de posibles impedimentos.

Más llamativo resulta que, a la luz de lo dispuesto por el art. 58.3 de la Ley 20/2011(10), en la futura tramitación el expediente finalizará con una resolución del secretario del Ayuntamiento en la

(9) El señalado artículo de la Ley 20/2011, precisa, a lo largo de su desarrollo, los pasos que deben darse durante la tramitación del expediente, a fin de comprobar tanto el cumplimiento de los requisitos como la inexistencia de impedimentos, o cualquier otro obstáculo para autorizar el matrimonio.

(10) El art. 58.3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil dice que: *“El expediente finalizará con una resolución del secretario del Ayuntamiento en la que se autorice o deniegue la celebración del matrimonio. La denegación deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que funda la denegación”*.

que se autoriza o deniega la celebración del matrimonio, aunque la denegación deberá ser motivada, expresando la falta de capacidad o el impedimento en el que se fundamenta la denegación. Frente a esta denegación cabe recurso administrativo ante el encargado del Registro Civil, cuya resolución se somete al régimen de recursos ante la Dirección General de Registros y del Notariado.

Tal mención a los secretarios de Ayuntamiento no ha sido modificada, pese a las diversas ocasiones en que esta ley ha debido ser mencionada por el legislador, aunque solamente fuese para prorrogar su entrada en vigor. Parece claro que la cita del mencionado artículo a los secretarios de Ayuntamiento es simplemente un error⁽¹¹⁾. Y ello, no solo porque habría que dotar jurídicamente, además de a nivel económico, dicha nueva competencia municipal, sino porque el artículo 58 parece contradecir su propia afirmación del apartado tercero al decir en su apartado sexto⁽¹²⁾ que será el funcionario encargado de la tramitación quien hará constar la concurrencia o no de los requisitos para que sea posible la celebración del matrimonio. Tal dislate parece proceder de la enorme confusión que se mantiene desde la publicación de la nueva Ley del Registro Civil, sobre qué funcionario será el encargado de dicho Registro.

Finalizado el expediente y aprobada la celebración del matrimonio, este deberá celebrarse en el plazo de un año, pues en otro caso serían necesarias nuevas diligencias y publicaciones. La celebración

(11) A ello se refiere la Circular de julio de 2015 del COSITAL (Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local), en la que señala que, en negociaciones mantenidas con responsables ministeriales y parlamentarios (que no identifica), se habría asegurado que no era posible que los secretarios de Ayuntamientos adquiriesen dicha nueva competencia. En <https://nosoloaytos.wordpress.com/2015/07/03/los-secretarios-municipales-no-tendremos-competencia-alguna-en-la-tramitacion-del-expediente-matrimonial/>

(12) El apartado sexto del citado art. 58 de la Ley 20/2011 dice que: *"Realizadas las anteriores diligencias, el secretario judicial, notario o encargado del Registro Civil que haya intervenido finalizará el acta o dictará resolución haciendo constar la concurrencia o no en los contrayentes de los requisitos necesarios para contraer matrimonio, así como la determinación del régimen económico matrimonial que resulte aplicable y, en su caso, la vecindad civil de los contrayentes, entregando copia a estos. La actuación o resolución deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento que concorra"*, lo cual está en abierta contradicción con lo señalado en el apartado tercero, además de resultar obvio que debe ser el empleado público que ha tramitado el expediente quien determine si concurren o no los requisitos para que los contrayentes puedan celebrar el matrimonio.

de la ceremonia del matrimonio se hace constar en la oportuna acta o escritura pública, de la que se expide copia para cada uno de los contrayentes, a la vez que de la citada acta se remite copia al encargado del Registro Civil quien, previa calificación favorable, procede a la inscripción del matrimonio.

IV. REQUISITOS DE LOS EXPEDIENTES AUTONÓMICOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNIONES DE HECHO

Analizado el expediente matrimonial, tanto el actualmente vigente como el que se deberá realizar una vez entre en vigor la nueva Ley del Registro Civil, observamos cómo en los expedientes para constituir una pareja de hecho las distintas legislaciones autonómicas vienen a exigir similares requisitos a los del estatuto matrimonial. Si bien existen diferencias entre las distintas normas autonómicas, en todas ellas se exige, con distintos matices, acreditar los siguientes extremos: la identidad de los solicitantes; la emancipación, si es el caso; la residencia, de al menos uno de los solicitantes, en la Comunidad Autónoma; declaración responsable de que no existe parentesco en línea recta, ni colateral por consanguinidad; declaración responsable de no estar incapacitado para prestar el consentimiento a fin de constituir una pareja de hecho; que ninguno de los miembros está casado o constituye pareja estable con otra persona.

Las diferentes legislaciones autonómicas añaden algunos requisitos específicos, que resultaría prolijo desarrollar aquí. No obstante, de lo señalado resulta evidente que los requisitos exigidos por las legislaciones autonómicas para constituir pareja de hecho no difieren, en lo fundamental, de los exigidos para la celebración del matrimonio. Incluso se podría decir que las exigencias son mayores para la constitución de pareja de hecho, pues generalmente se les viene exigiendo una convivencia previa, con un mínimo de seis meses, para acreditar la nota de estabilidad y la de comunidad de vida y existencia, algo que no se exige para constituir el matrimonio. El cual, no lo olvidemos, es posible disolverlo por divorcio a los tres meses de su celebración; es decir, es posible disolver un matrimonio, que se considera ha tenido la nota de estabilidad y el reconocimiento social después de tres meses de existencia, mientras que para constituir una pareja de hecho, en no pocas comunidades, se exige el doble de tiempo de convivencia acreditada para poder constituir la.

Otra de las notas comunes en las distintas comunidades autónomas es el reconocimiento de la existencia de la unión de hecho, y

autorizar su acceso al correspondiente registro, cuando ha mediado la intervención notarial en la declaración de voluntad de los convivientes.

V. MODOS DE INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE UNIONES DE HECHO EN LAS DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Las diferentes comunidades autónomas vienen reconociendo validez a las escrituras notariales para acreditar la convivencia de la pareja de hecho. Las legislaciones autonómicas establecen distintos modos de acceso al correspondiente registro autonómico de parejas de hecho, con independencia de la denominación concreta en cada caso y, entre ellos, es común el de la escritura pública otorgada ante notario.

Con distintas redacciones, establecen la escritura pública notarial como una de las formas de realizar la manifestación de voluntad de constituirse en pareja de hecho. Tal es la opción elegida por las legislaciones de parejas de hecho de Andalucía, Asturias, Cataluña, Extremadura, Islas Baleares, Islas Canarias, Comunidad de Madrid, Región de Murcia, Comunidad Foral de Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana.

Incluso en la Comunidad Autónoma de Aragón se concede un carácter prioritario a la escritura pública de constitución de pareja de hecho, convirtiendo al notario en la clave de bóveda del sistema de reconocimiento de las uniones de hecho. Y ello, porque la única vía que se ofrece para constituir la unión de hecho desde el inicio de la relación es, precisamente, la escritura pública (13).

En algunas comunidades, en concreto en la Comunidad de Cantabria y en la de Galicia, si bien no se cita expresamente la escritura pública como forma de constitución de la pareja de hecho, sí que se contempla la validez y eficacia de esta para inscribir los pactos entre

(13) El art. 305 del Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, sobre la existencia de las parejas estables señala que: "1. Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública. 2. Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no casada y el transcurso de los dos años de referencia, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia".

convivientes. Por último, en las comunidades autónomas que no se han dotado de norma con rango de ley para regular la existencia de las uniones *more uxorio*, como son las de Castilla y León, Castilla-La Mancha y La Rioja, se otorga validez a la escritura pública de constitución de la unión de hecho para acceder al correspondiente registro autonómico.

Parecería, pues, que si el requisito de solemnidad exigido en el caso del matrimonio se cumple con la manifestación ante el notario, debería entenderse que la manifestación de voluntad de querer convivir como pareja, emitida ante el mismo empleado público, debería entenderse que cumple con el mismo requisito de solemnidad. Por lo que no cabe mantener el incumplimiento del requisito de solemnidad como diferencia esencial entre ambos modos de convivencia.

VI. CONCLUSIONES

En suma, en todas y cada una de las normativas autonómicas, los notarios son empleados públicos habilitados para autorizar la constitución de las parejas de hecho, al igual que lo son para la celebración del matrimonio. También, los requisitos exigidos para la constitución de una pareja de hecho, con las diferencias existentes entre las diferentes comunidades autónomas, no son muy diferentes de los exigidos para la celebración del matrimonio. Parecería, pues, que no es el incumplimiento del requisito de solemnidad lo que hace que nuestra jurisprudencia entienda que no existe analogía entre la convivencia matrimonial y la convivencia *more uxorio*.

Tal consideración, de la ausencia de solemnidad, puede considerarse plausible ante la pareja de hecho no inscrita, la cual se constituye mediante la pura situación fáctica y al margen de cualquier intervención o exigencia del conjunto social. Pero vistos los requisitos establecidos para la constitución de la pareja de hecho registrada, no muy distintos de los establecidos para el matrimonio, parece evidente que la diferencia debe estar en otro aspecto.

Lo hasta aquí analizado nos lleva a la conclusión de que la diferencia debe buscarse en algo más profundo que el cumplimiento o no de un requisito como el de solemnidad que, entendemos, se cumple de modo similar en el matrimonio y la unión de hecho registrada. Todo ello nos conduce a pensar que la diferencia entre uno y otro modo convivencial radica en la diferente voluntad manifestada por unos y otros convivientes.

En efecto, creemos que aquellos que pudiendo casarse optan por no hacerlo, con esta decisión están precisando exactamente eso,

que no aceptan en su totalidad el estatuto matrimonial o, cuando menos, que no lo aceptan en ese preciso instante. Es decir, que la voluntad de los convivientes *more uxorio* que acuden a la inscripción registral es, efectivamente, la de convivir con esa otra persona, pero sin aceptar todas y cada una de las condiciones del estatuto matrimonial.

Ello nos lleva a pensar, por tanto, que la razón por la que no cabe la aplicación analógica, sin más, de las reglas del matrimonio a la convivencia *more uxorio* radica, no en el cumplimiento más o menos estricto de los requisitos exigidos para la validez del matrimonio, sino en la diferente naturaleza de una y otra forma de convivencia.

Así, entendemos que el matrimonio ha de ser considerado como una institución jurídica, con un conjunto de normas que lo regulan y en el que resulta imprescindible la aceptación, sin matices, del estatuto matrimonial y, por ende, de todas y cada una de sus exigencias para la validez del matrimonio.

En cambio, la convivencia como pareja de hecho registrada ha de tener carácter convencional, con plena libertad de los convivientes para establecer los pactos convivenciales que consideren oportunos, de modo que han de ser libres para regular las características de su convivencia en un marco plenamente dispositivo, que debe ser aceptado por el conjunto social, siempre que dichos pactos no vulneren los derechos de cualquiera de las partes, en especial el principio de igualdad, ni conculque en modo alguno el Ordenamiento jurídico.

Sería deseable una modificación legislativa que, con el límite máximo de los derechos que confiere la legislación civil a los cónyuges, autorice a los convivientes *more uxorio* para que puedan pactar lo que tengan por conveniente, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, en relación con los aspectos personales o patrimoniales de su relación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^aD., y HERNÁNDEZ GIL, F., *Lecciones de Derecho de Familia*, 2.^a ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.^a ed., Madrid, Tecnos, 1995.
- ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en Derecho Civil español*, Madrid, Civitas, 1986.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Centro de estudios registrales, 1995.

- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Familia*, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1989.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*, 14.^a ed, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2015.
- MANEIRO VELÁZQUEZ, Y., "La acreditación del vínculo y de la convivencia *more uxorio* en las parejas de hecho: una aproximación jurisprudencial", *Actualidad Laboral*, n.º 5, 2013,
- MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, 3.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2006.

DEUDAS DEL CAUSANTE, VIUDO USUFRUCTUARIO Y LEGÍTIMA

Paulino Tercero González
Notario

Resumen: Las presentes notas tratan de resumir brevemente la posición de los llamados a una herencia, bien como cónyuge viudo instituido en el usufructo universal bien como herederos y/o legitimarios, en relación con las deudas contraídas por el difunto y ya sean conocidas al abrirse la sucesión ya nazcan con posterioridad a consecuencia de afianzamientos prestados por el causante.

Palabras clave: usufructo, herencia, fianza, viudo, responsabilidad deudas herencia.

Abstract: We try to briefly summarize the position of those called to an inheritance, either as widowed spouse instituted in universal usufruct or as heritors or legal heirs, in relation to the debts contracted by the deceased, already known when the succession is opened or are born afterwards as a result of guarantees provided by the deceased.

Key words: usufruct, heritage, bail, widow, liability for heritage debts.

El tema que se trata en estas líneas arranca de la sentencia del Tribunal Supremo 712/2014, de 16 de diciembre. En la misma, el Alto Tribunal en cuanto a lo que interesa en este momento, en el Fundamento Segundo.2, confirma la doctrina jurisprudencial por la que “el instituido en el usufructo de la herencia no debe tener la consideración de heredero de la herencia”, precisando que su posición se configura como “una atribución patrimonial concreta, el usufructo de la herencia” que carece de existencia jurídica previa y que se constituye *ex novo* por voluntad expresa del testador, por lo

que el modo de entrar el usufructuario en el fenómeno sucesorio le diferencia claramente de la posición del heredero.

En cuanto a la responsabilidad por deudas de la herencia señala que “se aprecia con claridad (artículo 510 del Código Civil) que el usufructuario de la herencia no viene obligado al pago de las deudas hereditarias frente a los acreedores, aunque puede hacerlo si bien asistiéndole entonces un derecho de reintegro (...)”.

Y en base a lo anterior, fija como doctrina jurisprudencial que “el beneficiado por el testador con el usufructo sobre la totalidad de la herencia, o una parte alícuota, no puede ser asimilado a la institución o posición jurídica del heredero de la herencia. Todo ello sin perjuicio de las acciones que puedan asistir al acreedor de la herencia en defensa de su derecho de crédito, aun en el supuesto de haberse realizado una partición parcial de la misma”.

A la vista de anteriores conclusiones, nos debemos plantear si el usufructuario de la herencia –en su forma más habitual en la práctica de nuestros despachos, que es el del cónyuge supérstite al que se le deja el legado del usufructo universal– debe o no responder de las deudas hereditarias (una vez practicada la liquidación de la sociedad conyugal –de ser necesario–), responsabilidad entendida como “obligación al pago de las deudas” siguiendo la línea interpretativa del Tribunal Supremo.

Suele partirse de la tradicional distinción de heredero como sucesor a título universal, lo que significa subrogarse en la titularidad de un patrimonio y sucediendo tanto en el activo como en el pasivo y legatario como sucesor a título particular, que es fundamentalmente un adquirente de activo sin responder del pasivo salvo que se le imponga como carga el pago de alguna deuda.

En este sentido se subraya –como dice DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., en su obra *Compendio de Derecho Sucesorio*– que “la doctrina y la propia jurisprudencia han ido puntualizando los efectos propios del legado de parte alícuota en nuestro Derecho, efectos que son sustancialmente los siguientes: (...) se subraya que mientras el heredero beneficiario –en beneficio de inventario– es deudor, aunque con responsabilidad limitada, el legatario de parte alícuota no tiene tal condición; solo le afecta el pasivo en cuanto influye en el valor de su adquisición y puede llegar a anularla”.

En un primer momento, se puede pensar que al viudo favorecido con el legado de usufructo universal, dado que no es heredero, las deudas no le afectan y, que por tanto, no van a minorar el valor de su usufructo. No obstante, dicha conclusión merece ser puntualizada.

El *quid* de la cuestión es que, habiendo sido constituido a título *mortis causa*, nos encontramos ante el usufructo de un patrimonio (CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., RIBELLES DURÁ, S. y TEJEDO AZNAR, E., en la obra *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo II, Reales, volumen 2, tema 6) y por tanto, alcanza tanto al activo como al pasivo. Entonces, a falta de regulación específica de nuestro Código Civil en sede de sucesiones, hay que acudir a la regulación que hace del usufructo, y en concreto, al artículo 510, de modo que las deudas hereditarias sí que afectan al viudo usufructuario y tiene una responsabilidad. Pero esta responsabilidad no es la misma que la de un heredero (que va a responder o soportarlas incluso con su propio patrimonio si no tuvo la cautela de aceptar a beneficio de inventario siendo conocedor de la existencia de deudas) sino en las tres formas que fija dicho artículo como facultad de elección del usufructuario:

- anticipar la suma que para el pago de las deudas corresponda a los bienes que usufructúa, con derecho de restitución sin intereses al fin del usufructo;
- si no quiere anticipar, soportando la venta de los bienes, por lo que ya no los va a disfrutar (pues el importe de la venta se aplicará al pago de la deuda y por tanto no percibirá sus intereses);
- pagar al heredero los intereses si el primero pagó de su propio dinero tales deudas.

Su responsabilidad, una vez que está claro que le afectan las deudas, quedará limitada a los frutos, y nunca es directa frente a los acreedores.

El importe de esas deudas se habrá tenido en cuenta para calcular tanto el valor de su usufructo como el de las legítimas de los herederos forzosos, si los hay.

Hasta aquí hemos partido de la idea de que las deudas ya existían al fallecimiento del causante, es decir, que están concretamente determinadas en su realidad, cuantía y exigibilidad.

Pero encontrar una solución semejante no es tan claro para otros supuestos, y en particular, para el caso de la fianza que pueda haber sido prestada por el causante para garantizar obligaciones de una tercera persona. Este caso puede dar lugar a graves consecuencias patrimoniales para los interesados en tal sucesión (supuestos típicos son los de los padres que afianzan el préstamo hipotecario de un hijo, o en sociedades familiares en las que con motivo de un préstamo bancario se procede por los mismos socios –muchas veces administradores también– a su afianzamiento).

La cuestión que plantea un afianzamiento es que en el momento de la aceptación de la herencia:

a. Los llamados a la misma pueden desconocer su existencia, pero no alegar su ignorancia (así, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006, Fundamento Primero).

De ahí que debamos recordar la importancia de advertir a los llamados a la herencia de que existe la posibilidad de obtener notarialmente el conocido "Informe de Actividad", que va a permitir tener una visión global detallada de la situación económica y patrimonial de una persona al fallecer, ya que dará a conocer la información de interés de la persona fallecida: los bienes o derechos que posee, por una parte; así como sus deudas u obligaciones, por otra.

b. Si saben de los mismos, la existencia de un afianzamiento no supone que haya una deuda como tal en el momento de la aceptación de la herencia que les deba afectar. Supone que puede haber responsabilidad si el afianzado no cumple y surge la obligación del fiador de cumplir por el deudor principal. No obstante, sí que les afectará por el juego del artículo 661 CC: los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

Pues bien, habida cuenta de un afianzamiento con deuda no vencida, es lícito preguntarse si debe influir para el cálculo de las legítimas, pues conforme al artículo 818 del Código Civil "para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas".

Para dar una respuesta, hay que partir de la misma naturaleza de la fianza. El Código Civil –artículo 1822– se limita a decir que "por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este" y que "no puede existir sin una obligación válida" –artículo 1824–.

Por tanto, desde mi parecer, la simple existencia de un afianzamiento que todavía no se sabe si va a ser o no ejecutado, no implica una deuda que deba influir en el cálculo de legítimas. Nos encontramos ante un caso de responsabilidad sin deuda –aunque esta consideración no es unánimemente aceptada– y no hay una carga de la herencia que deba disminuir el activo hereditario. La responsabilidad última que implica la fianza dependerá del cumplimiento –más bien incumplimiento– del deudor principal afianzado: si la obligación principal es debidamente satisfecha quedando extinguida, el carácter accesorio de la fianza determinará también su extinción, y por tanto, ninguna deuda habrá surgido.

En este sentido, reseña ZEJALBO MARTÍN, J. (*La fianza y la muerte del fiador: aspectos civiles y fiscales* publicado en www.notariosyregistradores.com) la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 2004, Recurso 559/2004, que declara a propósito de la herencia, sujeta al derecho catalán, causada por la muerte de un avalista solidario que como tal no era deudor “y como es sabido, el aval o fianza solidaria es un supuesto de responsabilidad sin deuda, por lo que no puede considerarse como una carga de la herencia a efectos de detraerlo del caudal relicto, no teniéndose en cuenta para el cálculo de la legítima”.

Concluido que la fianza no es carga a efectos de cálculo de legítima, habrá que determinar sus efectos para el heredero que ha aceptado la herencia, pues es claro, y así lo admite la jurisprudencia, que el afianzamiento no queda extinguido por la muerte del fiador.

Pensemos en el supuesto de que el deudor principal afianzado no hace frente a sus responsabilidades –lógicamente, con posterioridad al fallecimiento del causante– y se solicita por el acreedor la ejecución de ese afianzamiento. Esta ejecución puede ser en un momento muy posterior a la partición hereditaria –si se efectuó–. Años, incluso.

Los herederos que aceptaron van a tener que hacer frente a la deuda. Así, en caso de aceptación pura y simple, el heredero “asume la representación de la personalidad jurídica de su causante, sin limitaciones y debe pechar con las cargas que aquel consintió en vida, con lo que viene a ser tanto sujeto activo, como pasivo de sus relaciones jurídicas patrimoniales no debidamente extinguidas (Sentencia Tribunal Supremo de 21 de abril de 1997)”.

Por tanto, los acreedores tendrán acción directa contra los mismos, pero ¿la tienen también frente al viudo legatario del usufructo universal?

Esta cuestión fue contemplada por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre de 1982, entendiendo que no hay acción directa al decir que “la viuda no puede ser condenada al pago del pasivo de la herencia y menos aún imponerle una responsabilidad *ultra vires*” sin perjuicio de que “sea convocada al litigio en que se reclamen deudas contra el haber hereditario de su consorte, por tener un interés directo en el mismo, al poder ver mermado el contenido de su cuota usufructuaria (con remisión a sentencia de 28 de octubre de 1970)”.

Otra duda que también surgirá cuando el heredero haga frente a la deuda derivada del afianzamiento es si debería replantearse el cálculo de las legítimas y del usufructo universal del viudo.

A priori puede parecer que, dado que ha sufrido una pérdida patrimonial originada por la aceptación de la herencia y el importe final de su participación se habrá visto disminuido, todos los interesados en la sucesión deberían verse afectados en alguna forma. Sin embargo, la idea de “pérdida” debe matizarse, porque como sucesor en todos los derechos del causante, va a tener dos acciones, una de regreso y otra de subrogación en los derechos del acreedor, posición que parece ser la mantenida por el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de febrero de 1998 al señalar que “... conforme con lo dispuesto en el artículo 1839 del Código Civil, cuando virtud de dicho artículo, esto es *ministerio legis*, por el pago surge la subrogación, que no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, el que en razón al crédito en el que se subroga es sucesor, sin que, por tanto, a estos efectos se pueda hablar de nacimiento de un derecho, como lo puede ser el derecho a ser indemnizado, a lo que se refiere el artículo 1838 del propio Código, y que, este sí, nace por efecto de dicho pago, que nada tiene que ver con la subrogación, ello lo sanciona explícitamente el artículo 1212 del meritado Código...”.

No obstante, hay que recordar aquí una de las conclusiones que hace ZEJALBO MARTÍN, J., en su artículo citado: “Si dicha fianza ha sido satisfecha por los herederos solo sería deducible su importe del activo de la herencia si al tiempo el fallecimiento del fiador dicho deudor fuese insolvente, siendo, en consecuencia, imposible el ejercicio de cualquier acción de regreso o de subrogación”.

Y para finalizar, lo expuesto anteriormente no es aplicable al caso de las fianzas en garantía de obligaciones futuras. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1992 fija como doctrina que “no es posible extender los efectos de dicha fianza a sus causahabientes y no ya por la no transmisibilidad de tales efectos que en el caso de que se hubiesen generado deberían seguir la pauta del artículo 1256 del Código Civil, sino porque la eficacia o extensión de dicha fianza al cumplimiento de esa obligación, surgida con posterioridad a la muerte del fiador no cabe repercutirla justamente en la persona de tal fiador, ya que, es elemental entender, que cualquiera que sea la extensión de los términos establecidos en susodicha fianza, no cabe comprender que quepa garantizar una obligación cuando la misma al nacer ya no esté cubierta por la accesoria al no sobrevivir la figura del fiador, pudiéndose, en este caso afirmarse, habida cuenta la accesoriedad de la fianza como un contrato que se pospone o se adiciona a la preexistencia de una obligatoriedad principal y que incluso, en el caso de que se trate de una garantía de

deuda futura, en supuesto alguno, puede compartirse la tesis de la Sala de que, por el carácter indefinido de la misma o la solidaridad de los fiadores, deban repercutirse los efectos del incumplimiento de dicha obligación a una persona que, como el causante de los actores, ya había fallecido cuando se concierta esa futura obligación”.

Dicha doctrina –a propósito de una fianza global– no es compartida por ARIJA SOUTULLO, C. (“Transmisión hereditaria de la fianza”, publicado en la *Revista de Derecho Civil*, número 1, enero-marzo, 2016) porque “no solo va en contra de las reglas generales del Derecho de sucesiones, sino que además es contraria a la ‘cotidianidad de los sucesos’ en los que en la mayoría de las ocasiones los garantes y sus herederos controlan a la sociedad deudora. La obligación fideiusoria no es, salvo que así se haya pactado, una obligación *intuitu personae*; si partimos de este carácter tampoco quedarían obligados los herederos a cumplir en los supuestos en los que la obligación garantizada nace antes del fallecimiento del deudor, pero queda incumplida después, porque la obligación de pago del deudor nace con el incumplimiento de la obligación garantizada en cuyo momento el fiador había fallecido”.

GOLPE JURISPRUDENCIAL DE TIMÓN A LA GANANCIALIDAD DE LAS RESERVAS NO REPARTIDAS. COMENTANDO LA STS DE 3 DE FEBRERO DE 2020

Jesús Lleonart Castro

Notario de Cervera de Pisuerga

I. EL SUPUESTO DE HECHO: UNA LAGUNA JURÍDICA

La liquidación del régimen económico matrimonial que sigue, y a veces precede, a la disolución del matrimonio suele sufrir los contratiempos y dificultades propios de la ruptura de la relación sentimental que normalmente subyace. No obstante, la liquidación no aparece necesariamente ligada a dicha ruptura, sino que es consecuencia directa de la disolución del vínculo matrimonial (o de la elección de otro régimen por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, que presumiblemente ha de ser más pacífica), que en muchas ocasiones viene motivada no por la voluntad de los contrayentes sino por la muerte de uno de los cónyuges. Es cada vez más habitual que en estos casos, a las habituales tensiones entre los cónyuges tras el divorcio, se sumen las de los hijos del causante con el cónyuge superviviente, para hacer aún más interesante, si cabe, la liquidación del régimen económico de la sociedad de gananciales.

La liquidación de la comunidad posganancial, que surge en el momento de la disolución del matrimonio, se ve favorecida por el carácter estático de la misma. En ella, con carácter general y salvo determinadas excepciones, no entran nuevos bienes que pasen a engrosar su haber. No obstante, ello no simplifica su reparto pues, pese a la profusa clasificación del Código Civil, no siempre queda clara la ganancialidad de determinados activos.

La generalización en el tráfico jurídico de la actuación de las personas jurídicas, unida a la proliferación de las sociedades familia-

res, gracias indudablemente a la extensión y popularización de la sociedad de responsabilidad limitada, ha supuesto que la titularidad de acciones o participaciones sociales pase de ser *rara avis* a lugar común en nuestro Derecho y, con ello, en nuestra jurisprudencia. Consecuentemente, la ubicación de las mismas en la sociedad de gananciales ha sido considerada por el legislador en las sucesivas reformas que el Código Civil ha sufrido.

No obstante, es esencial al Derecho que este siga a la realidad que regula, un paso por detrás; de la misma forma que es coyuntural al mismo que disponga de las herramientas necesarias para responder de forma eficaz y justa a las novedades que aquella realidad nos presenta. La acumulación de reservas en las sociedades de capital es hoy tendencia indiscutible, un *trending topic* que puede obedecer a diversas razones (económicas, fiscales, de planificación...), todas ellas lícitas. Ahora bien, la reiterada acumulación de reservas, constante el matrimonio de los socios, generó la controversia sobre su posible ganancialidad cuando se produce la disolución del régimen económico matrimonial; una cuestión sobre la que el Código guarda silencio.

Un silencio específico, desde luego, ya que, en general, el artículo 1347 CC nos recuerda el carácter ganancial de "*los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales*". Efectivamente, el foco de la controversia parte del carácter privativo de una serie de acciones o participaciones de una sociedad cuyas ganancias no se han repartido en forma de dividendos; que, de haberse realizado, llevaría a una indiscutible consideración de gananciales de los dividendos sobre la base del precepto citado. Así, tales ganancias acumuladas en forma de reservas serán reclamadas como gananciales o declaradas privativas por unos u otros, según convenga a los interesados en la liquidación.

II. LA RESPUESTA ANALÓGICA DEL ORDENAMIENTO

Uno de los caracteres que se atribuye a nuestro ordenamiento jurídico es el de su plenitud. El ordenamiento, sin necesidad de regular todos y cada uno de los posibles acaecimientos de la vida jurídica, es completo y puede dar respuesta a cualquier situación con las herramientas de que dispone. Las fuentes del Derecho en sí mismas, la hermenéutica o la analogía son claros ejemplos de estos instrumentos.

La analogía es un recurso expresamente recogido en el artículo 4.1 CC al admitir la "*aplicación analógica de las normas cuando*

estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón". Es decir, ante la falta de atribución de consecuencia jurídica por una norma para un supuesto de hecho concreto, el legislador permite acudir a la consecuencia de otra norma distinta, en cuyo supuesto de hecho no se subsume el que constituye la laguna, puesto que no es idéntico, pero que presenta dos aspectos que pueden admitir su aplicación analógica: la semejanza de casos, por un lado, y la identidad de razón, por otro.

La laguna que nos ocupa se ha venido colmando mediante la aplicación analógica del artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo tenor literal expone: *"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"*.

Es decir, sin ser la situación de usufructo equiparable a la existente entre el socio y su cónyuge en la sociedad de gananciales, se aprecia una semejanza suficiente y una identidad de razón entre ambos supuestos para aplicar a las reservas la consecuencia prevista en la Ley de Sociedades de Capital. Es decir, el cónyuge del socio podría exigir de este, o sus respectivos herederos, el incremento de valor sufrido por las acciones o participaciones como consecuencia de los beneficios propios de la explotación y que no se hubieran repartido. Nótese que la referencia a los beneficios propios excluiría de este régimen aquellos beneficios que repercutan en la sociedad pero se obtengan por vías diferentes a las "propias" o derivadas de la explotación de su objeto social.

Esta tesis ha sido defendida por un amplio sector doctrinal no solo por la posible injusticia que podría conllevar para el cónyuge del socio su no aplicación, sino también por la supuesta incoherencia que implica en el sistema, ya que si uno de los cónyuges fuera usufructuario de las acciones o participaciones los frutos serían comunes por aplicación del artículo 1349 CC, pero no en el caso de que el mismo cónyuge no fuera mero usufructuario sino pleno titular de las mismas, con carácter privativo. Se sustenta también en el artículo 1360 CC, sobre cuya base habrían de reputarse gananciales los beneficios destinados a reservas por ser *"incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro*

género de empresa", expresión normativa en la que se integrarían las sociedades mercantiles.

La Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 17 de diciembre de 2013, defendía también esta tesis al decir que *"respecto a la concreta cuestión de los beneficios sociales computados como reservas, nos parece que la solución legal del usufructo de acciones o participaciones sociales es perfectamente aplicable por analogía a la sociedad de gananciales"*, fundamentándolo en que concurre identidad de razón *"pues el problema que se pretende regular en el usufructo de acciones o participaciones sociales es muy parecido"*. Otras Audiencias Provinciales apoyaban esta postura (SAP 171/2006, de 5 de mayo, de la AP de La Coruña; SAP 300/2013, de 7 de mayo, de la AP de Valencia; SAP 14/2014, de 11 de febrero, de la AP de Guipúzcoa; SAP 276/2017, de 15 de septiembre, de la AP de Oviedo), mientras que no faltan Sentencias que niegan su aplicación y reconocen el carácter privativo de tales beneficios no repartidos (SAP 89/2011, de 14 de marzo, de la AP de Guipúzcoa; SAP 8/2012, de 17 de enero, de la AP de Vitoria; SAP 127/2014, de 7 de febrero, de la AP de Madrid; SAP 192/2017, de 30 de marzo, de la AP de Salamanca; SAP 567/2018 de 10 de octubre, de la AP de Huelva).

III. EL CASO CONCRETO: EL MATRIMONIO DE DELFINA Y MARCIAL

El caso que resuelve la Sentencia 60/2020 es el de un matrimonio contraído por Delfina y Marcial, ambos en segundas nupcias, en el año 2004, bajo el régimen de la sociedad de gananciales. Habiendo fallecido Marcial en el año 2015, intestado y sin descendientes comunes con su cónyuge, pero dejando dos hijos de su primer matrimonio, fueron estos declarados herederos universales *ab intestato*, sin perjuicio de la cuota viudal, y de su cuota en la liquidación de los gananciales, de Delfina. El causante ostentaba una participación directa del 32,02 % del accionariado de Pallart S.A., que a su vez participaba en otras sociedades. El conglomerado tenía reservas acumuladas que Delfina pretende que se inventaríen en el activo de la sociedad de gananciales, lo que estima el Juzgado de Primera Instancia, mientras que los hijos y herederos, aceptando la existencia de reservas, niegan su carácter ganancial, pretensión que asume la Audiencia Provincial.

IV. EL GIRO JURISPRUDENCIAL: EL CARÁCTER PRIVATIVO DE LAS RESERVAS NO REPARTIDAS

El Tribunal Supremo, en la Sentencia que resuelve el recurso de casación interpuesto por los herederos de Delfina, partiendo del vacío normativo y de las discrepancias de las audiencias provinciales, se decanta por dar prevalencia a la tesis que niega el carácter ganancial de las reservas, con carácter general.

La *ratio decidendi* de dicha tesis se asienta, en primer lugar, sobre la teoría de la personalidad jurídica y su patrimonio. Las sociedades mercantiles tienen, según el artículo 33 de la Ley de Sociedades de Capital, personalidad jurídica distinta de la de sus socios, y ello conlleva que como la de cualesquiera otras dos personas, las esferas personal y patrimonial de los socios y la sociedad sean diferentes y no se solapen entre sí. Las sociedades de capital, como todas las personas jurídicas, constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. Sobre esta base, no es difícil llegar a la conclusión lógica que aduce la sala: las ganancias acumuladas por la sociedad, en tanto no abandonen el patrimonio de esta, no pasan a integrar en ningún caso el patrimonio del socio, ni como derecho adquirido, ni como expectativa futura. Solo en el caso de que se acuerde su reparto como dividendos pasarán a formar parte del patrimonio del socio, con carácter ganancial.

Que dichas esferas, del socio y la sociedad, no confluyan, se produce, entre otros motivos, porque la sociedad tiene sus propios órganos de funcionamiento. Es a la junta general del ente societario a la que corresponde decidir, bajo propuesta no vinculante de sus administradores, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio económico y, con ello, el destino de los beneficios: la constitución de reservas o el reparto de dividendos. Al socio no le quedan más opciones que ejercer sus derechos políticos en la junta o, en su caso, el derecho de separación al amparo del artículo 348.bis de la ley; sin perjuicio de la posible impugnación del acuerdo en caso de producirse una injustificada lesión de su derecho a participar en las ganancias sociales.

Desde el punto de vista del cónyuge del socio la cuestión es aún más difusa: el Tribunal Supremo considera que solo tiene un derecho abstracto sobre un patrimonio ajeno, que no se transmuta en concreto hasta que existe un acuerdo de junta que ordena el citado reparto de dividendos. Mientras tanto, los beneficios permanecen en el patrimonio social. Las reservas no se pueden identificar como frutos de los rendimientos de un bien productivo y por tanto reci-

bir la consideración de gananciales: pertenecen a la sociedad de capital, se hallan integradas en su patrimonio y, sobre todo, están sometidas a un régimen jurídico societario específico. En este sentido, la constitución de fondos de reserva puede venir motivada por diferentes causas (reservas legales, estatutarias, voluntarias...), y todas ellas, dice el Alto Tribunal, son opciones cuya elección compete a la voluntad social exteriorizada en la junta, y no subordinadas a la voluntad individual de sus socios. Y, podemos añadir, menos aún, a las expectativas de sus cónyuges.

Doctrina y jurisprudencia han reconocido unánimemente el derecho del accionista a participar en los beneficios de la sociedad como un derecho abstracto, pero es el acuerdo de la junta general decidiendo el reparto el que hace surgir el derecho concreto del accionista, determinando su cantidad, momento y forma de pago. Es decir, del abstracto derecho al beneficio surge el concreto derecho al dividendo. Esta es precisamente la razón principal que subyace en el impulso normativo del derecho de separación del artículo 348. bis, cuya entrada en vigor se ha ido produciendo escalonadamente y su génesis ha sido tan controvertida. Si la sociedad, como ente independiente que es, opta repetidamente por la reinversión de la ganancia, el socio, que legítimamente puede haber invertido con una finalidad individual diferente a la del ente colectivo, no puede forzar a la sociedad a repartir tales ganancias, pero sí que puede, al menos, recuperar su inversión mediante dicho derecho de separación. Ello mismo viene a consolidar la legítima voluntad de la sociedad de no repartir dividendos, poniéndole un freno indirecto, la separación del socio. Con este fundamento, creemos, cohonestamos mejor la tesis defendida por la Sentencia. Las reservas son frutos de la sociedad obtenidos en la realización del objeto social, consecuencia de un resultado positivo en un ejercicio económico concreto, pero pueden desaparecer por pérdidas ulteriores y, en estos casos, el cónyuge del socio nunca llegaría a participar en tales beneficios. Los dividendos, sin embargo, son frutos del socio, que generan un derecho concreto de crédito, no eventual ni potencial, a su percepción que se integra en la masa ganancial.

Por este mismo motivo, si la decisión de la distribución de beneficios se hubiera adoptado por la junta general vigente el régimen ganancial, los dividendos serían comunes aun cuando su efectiva percepción se hubiera materializado con posterioridad a la disolución de dicho régimen económico matrimonial, puesto que el derecho de crédito nació vigente el consorcio. No así en el caso de que el acuerdo de distribución de beneficios se acuerde posteriormente.

El segundo de los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo para apoyar su tesis es, precisamente, la coherencia interna del sistema. Esa misma que se ponía en tela de juicio, como veíamos *ut supra*. No olvidemos que el socio es titular de un bien, la acción o participación, que es de carácter privativo, de cuya gestión y disposición es el exclusivo responsable. Por supuesto, en caso de enajenación de las acciones o participaciones privativas, para la que no necesitará el consentimiento de su consorte, el fondo de reserva constituido se transmite junto con aquellas al adquirente y su materialización en dividendo corresponderá siempre al que sea titular de las mismas cuando la sociedad lo acuerde. Defender la ganancialidad de los dividendos no repartidos vendría a atribuir al cónyuge del socio una expectativa sobre ellos que habría que llevar a sus últimas consecuencias: si es exigible en caso de liquidación del régimen económico matrimonial, igualmente lo será en caso de enajenación de las acciones o participaciones. Lo que ocurre es que esta última consecuencia repugna al más común de los sentidos jurídicos, pero su aplicación sería inevitable de defenderse la ganancialidad de las reservas. Así, si la expectativa ya existiera en el patrimonio del cónyuge del socio, tendría derecho a cobrarla, cualquiera que fuese el motivo que le impidiera hacerlo con posterioridad (en el momento normal de cobro, cuando se reparten los dividendos y se consolida la expectativa), ya sea el divorcio, ya el fallecimiento del socio, ya la enajenación de sus derechos como tal. Dado el pistoletazo de salida, no sería incluso descabellado llegar a considerar que ni las pérdidas ulteriores pudieran eliminar tal expectativa, con el riesgo que ello supondría para los inversores casados de quedar fuera del tráfico económico. Como vemos, defender el carácter privativo de las reservas se integra de una manera mucho más pacífica en el seno del ordenamiento.

Todas las consideraciones expuestas apartan notablemente el caso, cuya laguna se trata de integrar, de la normativa de los derechos reales sobre las acciones. Es decir, disipa esa aparente identidad de razón entre ambos supuestos para acabar desechándola y excluyendo así la posible aplicación analógica de la norma. El usufructo de acciones y participaciones tiene connotaciones propias que nuestro caso no presenta: es un derecho real limitativo del dominio que se puede constituir por actos *inter vivos* o *mortis causa*, cuyas relaciones entre nudo propietario y usufructuario se regirán en primer lugar por el título constitutivo del mismo y solo en su defecto por lo dispuesto en la ley, incluido el artículo 128.1. En el usufructo de acciones y participaciones observamos siempre un doble ámbito

de relaciones jurídicas: externas con la sociedad e internas entre el socio y el usufructuario. Sin embargo, esta disociación no existe en el caso de la titularidad privativa de acciones o participaciones por un cónyuge.

V. EL ABUSO FRAUDULENTO DE LAS RESERVAS

No obstante el expuesto régimen general, no es difícil imaginar la posibilidad de que determinadas sociedades, familiares o controladas por un cónyuge que fuera socio único o mayoritario, dice el Tribunal Supremo, adopten acuerdos de acumulación de reservas con la finalidad de hurtar el derecho a la percepción de dichas ganancias que, como frutos de bienes privativos, corresponderían a la sociedad de gananciales. Un abuso fraudulento de la norma que, por imperativo del artículo 6.4 CC debería recibir, precisamente, la consecuencia jurídica del precepto que se ha tratado de eludir.

Sin embargo, salvo casos flagrantes, demostrar este fraude puede convertirse en una hazaña imposible. El mismo Tribunal explicitaba para defender su tesis las legítimas opciones que tienen las sociedades para la constitución de reservas. Véase, por ejemplo, la constitución de una reserva estatutaria, con una finalidad de autofinanciación, o una reserva voluntaria basada en la proyección esperada del mercado o la actividad principal de la sociedad. Bajo estas máscaras pueden esconderse los más profundos motivos fraudulentos que rara vez, salvo torpeza supina del artífice, podrán ser des-enmascarados. En muchos casos, ese *animus nocendi* puede no ser la razón principal de la acumulación de beneficios, pero servir para decantar la equilibrada balanza sin que ello pueda ser tachado de fraude de ley, lo cual dejará desprotegido al cónyuge, sobre todo, en los momentos en que empiece a vislumbrarse la ruptura conyugal.

Lo que más paradójico resulta es que para defender la protección del cónyuge del socio, el Tribunal Supremo acude a la jurisprudencia protectora del usufructuario de acciones o participaciones cuando su derecho queda vacío de contenido merced a la doble circunstancia de que la sociedad, con el voto del nudo propietario, no distribuya dividendos y, al mismo tiempo, no haya compensación alguna en su favor al finalizar el usufructo. No obstante, para disipar la paradoja, el Alto Tribunal defiende que el fundamento de protección ante el fraude es el mismo y que la sanción, la prevista para el fraude de ley, debe aplicarse para proteger unos y otros intereses, diferentes, no equiparables, pero igualmente dignos de protección.

Por último, no puede perderse de vista que el régimen de la sociedad de gananciales tiene herramientas propias y específicas para combatir el fraude entre los esposos, como los artículos 1390 y el 1391. Así, el cónyuge que con un acto de administración o disposición (como serían las acciones destinadas a bloquear el reparto de beneficios) busque un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionara un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe. Es decir, la sociedad de gananciales como régimen económico matrimonial legal, y como conjunto de normas completo y cohesionado, dispone de sus propios mecanismos correctores para paliar los abusos fraudulentos que, en aplicación de la nueva línea jurisprudencial que sienta el pleno de la Sala Primera con esta Sentencia, pueda uno de los cónyuges proyectar sobre el otro.

VI. UNA NOTA ADICIONAL

En la más reciente sentencia del Tribunal Supremo, número 298/2020, de fecha 15 de junio, de la que es ponente don José Luis Seoane Spiegelberg, se plantea recurso de casación en un procedimiento que versa sobre el inventario formado para la liquidación de una sociedad de gananciales previamente disuelta por el divorcio de los cónyuges. En el activo ganancial existen participaciones sociales de una mercantil. Se interpone recurso de casación en un caso aparentemente idéntico y el Tribunal resuelve en sentido contrario. No obstante, como decimos, tal identidad es mera apariencia, puesto que hay un matiz que, claramente, justifica dicho trato diferencial.

En esta otra sociedad limitada, constante matrimonio, los cónyuges eran titulares de participaciones sociales, tanto individualmente y con carácter privativo para cada uno de ellos como conjuntamente, con carácter ganancial. Sin embargo, la participación mayoritaria era la privativa de uno de los dos cónyuges. Durante la vigencia del matrimonio, la sociedad realizó tres operaciones de aumento de capital, dos de ellas mediante la emisión de nuevas participaciones y una tercera mediante el aumento de valor de las participaciones existentes. En base a dicha circunstancia, uno de los cónyuges pretende la inclusión de un crédito a favor de la sociedad de gananciales y contra el cónyuge titular de las participaciones privativas por el valor de las citadas reservas.

Efectivamente, el Tribunal Supremo estima el recurso y advierte que ello no implica contradicción alguna con lo dictado en la sentencia del Pleno número 60/2020. Si nos fijamos, el artículo 1352 del Código Civil, después de decir que "*las nuevas acciones u otros*

títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir”, en su párrafo segundo apunta que “si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho”. Es decir, al ser este un caso en que el resultado ha sido aplicado, la reserva no ha quedado pendiente de repartir sino que la sociedad ha decidido aplicarla en una concreta adjudicación de participaciones sociales (o en el aumento de valor de estas). Por consiguiente, se cumple la regla excepcional del párrafo segundo del 1352 y se genera un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales y a cargo del cónyuge titular de las participaciones privativas. Una interpretación que cohonesta perfectamente el régimen de la sentencia 60/2020 y el espíritu de la ley que, como hemos visto, tenía en cuenta ambos supuestos en su articulado, respetando su diferencia y con una consecuencia jurídica adaptada a aquella.

PISOS TURÍSTICOS Y COMUNIDADES DE VECINOS: EL –ESTRICTO– ALCANCE DEL NUEVO ART. 17.12 LPH –LIMITADO– A LOS ALQUILERES TURÍSTICOS DEL ART. 5.E) LAU. COMENTANDO LA RESOLUCIÓN DGSJ Y FP DE 5 ABRIL 2020

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. EL PROBLEMA CONVIVENCIAL DE LOS PISOS TURÍSTICOS Y EL NUEVO ART. 17.12 LPH: ¿SOLO APLICABLE A LOS ALQUILERES TURÍSTICOS DEL ART. 5.E) LAU O A CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD TURÍSTICA, HOTELERA O VACACIONAL?
- II. EL ART. 17.12 LPH Y SU ESTRINGTO ALCANCE, LIMITADO A LOS ALQUILERES VACACIONALES DEL ART. 5.E) LAU, CON EXCLUSIÓN DE CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD TURÍSTICA, VACACIONAL U HOTELERA
 - 1. Su fundamento –solo– literal y, en parte, “histórico”, según la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de abril de 2020
 - 2. La razón lógica, como la principal, del estringto ámbito material de aplicación del nuevo art. 17.12 LPH
 - 3. La consiguiente necesidad de claridad en la cláusula estatutaria que limite o condicione la actividad turística para su inscripción registral y su –consecuente– plena eficacia *erga omnes* (aunque no necesariamente para la *inter partes*)

BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA SOBRE EL ART. 17.12 LPH)

I. EL PROBLEMA CONVIVENCIAL DE LOS PISOS TURÍSTICOS Y EL NUEVO ART. 17.12 LPH: ¿SOLO APLICABLE A LOS ALQUILERES TURÍSTICOS DEL ART. 5.E) LAU O A CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD TURÍSTICA, HOTELERA O VACACIONAL?

Ya hace un tiempo que vengo abordando un tema que de nuevo me trae aquí: el problema de los pisos turísticos y las comunidades de vecinos; lo hice en unos trabajos(1) donde siempre comenzaba advirtiendo que "la existencia de pisos turísticos dentro de las comunidades de vecinos (ya se trate de un edificio, de una urbanización, o de cualquier otro complejo inmobiliario), constituye, sin duda, una de las cuestiones más polémicas habidas sobre la materia... Todo empieza cuando los huéspedes-clientes de los pisos turísticos terminan causando diversas molestias a los vecinos de la comunidad, no tanto por lo que aquellos hacen dentro del piso, sino por lo que hacen con los elementos comunes del inmueble; molestias tales como daños en las escaleras y en los ascensores, así como ruidos por fiestas, bullicios, salidas y entradas intempestivas en el inmueble, defecaciones, preservativos, vómitos, botellas y demás basura arrojados en los elementos comunes (portal, escaleras, ascensor...); todo lo cual genera gastos de reparación y de limpieza extra(2). (...) Sin necesidad de acudir a la imaginación, son todos ellos casos que han llegado a los tribunales(3)".

Advertido el problema, el nudo de mi primer trabajo sobre el tema consistió en exponer la solución –por entonces– "oficial" para prevenir o, en su caso, resolver tales molestias según nuestra jurisprudencia y la pléyade de normas autonómicas que regulaban las viviendas de uso turístico, ante la falta, por entonces, de una norma

(1) Por primera vez con el trabajo: "Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho", en *Revista de Derecho Privado*, nº 1, enero-febrero, 2018, pp. 53-88. Ya luego, aprobado el nuevo apartado 12 del art. 17 de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH), me sentí obligado a retomar el tema: "De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH", también en la *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33.

(2) Según datos de Exceltur-2015, que tomábamos de GUILLÉN NAVARRO, N.A.: "La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45-46, 2015, ap. IX.

(3) Así puede verse, entre otras muchas, en las SSAP de Valencia de 6 febrero 2017, o en las de Barcelona de 11 marzo 2010, 12 julio 2011, o de 9 octubre 2015..., O en las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 y 19 mayo 2016.

estatal específica que resolviera, al menos, el problema convivencial de los pisos turísticos, y que yo, por aquel entonces, intentaba resolver aplicando las reglas generales contenidas en la propia Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH)(4).

Sin embargo, tal norma específica finalmente llegó. Un primer intento se hizo en el Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (publicado en el BOE de 18 de diciembre del mismo año 2018), pero que fue prontamente derogado por la Resolución de 22 de enero de 2019 (publicada en el BOE de 24 de enero). No obstante, las razones de tal derogación no afectaban a la materia del alquiler turístico, cuya previsión se mantuvo idéntica a la contenida en aquel primer Decreto-Ley de 2018 en el actual y vigente Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (publicado en el BOE de 5 de marzo, y convalidado por la Diputación Permanente del Congreso el 3 de abril del mismo año 2019).

La razón general de tal Decreto-Ley, como ya se advierte desde su propio título y se justifica a lo largo y ancho de su Preámbulo, era promover la vivienda, bien para su compraventa, bien para su alquiler, ante el estado crítico en que se encontraba, y encuentra actualmente, el mercado inmobiliario. Y entre las causas que consideraba el legislador que había provocado tal situación crítica se incluía (como segunda causa) el exponencial crecimiento que recientemente ha tenido el fenómeno de los alquileres turísticos (que la mayoría de las normas autonómicas denominan viviendas de uso o de fin turístico). Dice, en efecto, aquel Decreto-Ley en el siguiente párrafo del apartado I de su Preámbulo: *"Este desigual y heterogéneo comportamiento del mercado del alquiler de vivienda pone de manifiesto la existencia de diversos factores que inciden en esta evolución, y que constituyen el segundo motivo que justifica la urgencia y extraordinaria necesidad de las medidas. Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido*

(4) En aquel trabajo, frente a la opinión común, pero con apoyo en la propia jurisprudencia y en los arts. 7.2 de la LPH y del CC, creía yo que los pisos turísticos dentro de las comunidades de vecinos pueden suponer en la mayoría de los casos un abuso de derecho en el uso excesivo, por desproporcionado a la cuota de participación, de los elementos comunes del inmueble, que de suyo viene prohibido legalmente por ser una actividad molesta, y que solo cabe legitimar por permiso expreso de la comunidad de propietarios, con el consiguiente incremento en la cuota de gastos de mantenimiento de tales elementos comunes, adoptado por la mayoría necesaria según tal permiso fuese generalizado, y se incluyera en los estatutos de la comunidad, o fuese particular, adoptado en un acuerdo de Junta.

particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad. Si se analiza la evolución del alquiler en España de los últimos años, se observa que ha pasado de representar el régimen de tenencia del 20,3 % de la población en el año 2011, al 22,9 % en el año 2017, según los últimos datos de Eurostat, lo que supone un incremento del 12,8 % y puede representar alrededor de 700.000 viviendas más en alquiler en este periodo. Esta tendencia contrasta con la mayor estabilidad de la media de la Unión Europea, en la que el alquiler ha aumentado ligeramente del 29,6 % en 2011 al 30,0 % en 2017”.

Expuesto así el problema, la *occassio legis*, amén de una “*precisión técnica*” –según dice el propio Preámbulo– que se hace al art. 5.e) LAU (al que luego nos referiremos), el Decreto-Ley abordaría el problema convivencial de los pisos turísticos introduciendo un nuevo apartado, el nº 12, en el art. 17 LPH, que vino a decir lo siguiente:

“El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos”.

La razón particular de tal reforma venía justificada en el propio Preámbulo, donde, sin embargo, no se hizo apenas más que un subrayado de lo que ya venía a decir ese nuevo art. 17.12 LPH, cuando

dice aquel Preámbulo: *"En materia de viviendas de uso turístico, también se recoge en el título II –del presente Decreto-Ley– una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad, o establecer cuotas especiales o incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda, en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de esta actividad y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial"*, terminaba añadiendo.

A pesar de la claridad de la norma, y de su razón expuesta, eran muchos, sin embargo, los problemas que el nuevo art. 17.12 LPH planteaba y que, precisamente, justificaron aquel otro trabajo mío sobre el asunto(5), donde, entre otras muchas, planteaba yo la siguiente duda: "... cuando tanto el nuevo art. 17.12 LPH como su motivación expuesta en el Preámbulo se remiten a '*los términos establecidos en la normativa sectorial turística...*', se refiere literalmente solo a los alquileres turísticos, que están excluidos en su aplicación de la LAU, ¿viene también estrictamente referido tan solo a tal actividad de alquiler turístico o podría, en cambio, ampliarse su tenor literal para ser aplicado a cualquier otra tipología de alojamiento turístico (como hostales, pensiones...), o incluso a otra actividad empresarial o profesional (clínicas, despachos de abogados, bares...) que se quiera realizar en los pisos o en los locales de una comunidad de vecinos?"

Y continuaba yo diciendo: "Aunque con una mayoría cualificada mayor de la que exige el art. 17.12 LPH así lo vino a prever, tras su reforma en mayo de 2015, el Código Civil Catalán (en adelante, CCCat). Así, por ejemplo, del art. 553.10 CCCat, cuando dice: "2. No es preciso el acuerdo de la junta de propietarios para la modificación del título de constitución si la motivan los siguientes hechos: ... c) Las alteraciones del destino de los elementos privativos, salvo que los estatutos las prohíban expresamente.". O del art. 553-11 CCCat, cuando dice que "1. Los estatutos regulan los aspectos referentes al régimen jurídico real de la comunidad y pueden contener reglas sobre las siguientes cuestiones: a) El destino, uso y aprovechamiento de los elementos privativos y de los elementos comunes. b) Las limitaciones de uso y demás cargas de los elementos privativos..."

(5) El antes mencionado: "De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH", en *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33.

2. Son válidas las siguientes cláusulas estatutarias, entre otras: ... e) Las que limitan las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos". O del art. 553-40 CCCat, que, bajo el título "Prohibiciones y restricciones de uso de los elementos privativos y comunes", comienza diciendo: "1. Los propietarios y los ocupantes no pueden hacer en los elementos privativos, ni en el resto del inmueble, actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el inmueble. Tampoco pueden llevar a cabo las actividades que los estatutos, la normativa urbanística o la ley excluyen o prohíben de forma expresa". Finalmente, en el art. 553-45.4 CCCat, cuando en particular dice: "El título de constitución puede establecer un incremento de la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto, en el caso de uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o el local" (donde la referencia empresarial o profesional cabe ser entendida en sentido amplio, no estrictamente mercantil, pudiendo, entonces, incluir la actividad de hospedaje y turismo(6)).

Por ese contraste entre la norma catalana y la actual estatal, poco después de ser esta aprobada vino a lamentarse FUENTES-LOJO RIUS(7) de que así no lo hubiese hecho el legislador estatal, de modo que para prohibir o restringir tales actividades turísticas diversas de las viviendas de uso turístico, así como para prohibir cualquiera otra actividad profesional o empresarial debiera seguirse requiriendo la unanimidad para así hacerlo constar en los estatutos de la comunidad por aplicación de la regla general del art. 17.7 LPH. Consideraba, por ello, FUENTES-LOJO RIUS que "estamos ante un defecto de técnica legislativa que deberán enmendar los tribunales". Yo mismo he defendido, antes de aquella reforma del art. 17 LPH, que la solución dada al problema convivencial de los pisos turísticos debía extenderse a cualquier otra actividad empresarial o profesional. Pero más allá de que tal expansión, que al menos literalmente no contiene el art. 17.12 LPH, sea un defecto o –más bien– una simple cuestión de

(6) Según explican FUENTES-LOJO LASTRES, A. y FUENTES-LOJO RIUS, A. (*Comentarios al régimen jurídico de la propiedad horizontal en Cataluña: comentarios, problemática y jurisprudencia*, Barcelona, 2015, p. 404).

(7) En su breve comentario sobre "El Real Decreto-Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico", publicado en *Diario La Ley*, 19 de diciembre de 2019, pp. 5-9.

política legislativa, ¿acaso puede ser ello “enmendado por los tribunales” como parece sugerir FUENTES-LOJO RIUS?”

Así ha sucedido finalmente, al ser tal cuestión recientemente resuelta, no por una sentencia, sino por la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública –en adelante, DGSJyFP– de 5 de abril de 2020 (publicada en el BOE de 30 de julio de 2020), que pasamos a exponer y, después, comentar.

II. EL ART. 17.12 LPH Y SU ESTRICTO ALCANCE, LIMITADO A LOS ALQUILERES VACACIONALES DEL ART. 5.E) LAU, CON EXCLUSIÓN DE CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD TURÍSTICA, VACACIONAL U HOTELERA

1. Su fundamento –solo– literal y, en parte, “histórico”, según la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de abril de 2020

En efecto, aquella duda que suscitaba el nuevo art. 17.12 LPH, antes referida, vino finalmente a plantearse ante la DFSJyFP, con el siguiente caso, que se describe en la Resolución mencionada –de 5 de abril de 2020– del siguiente modo (en el ap. 1 de sus Fundamentos de Derecho):

“Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se elevaron a público determinados acuerdos adoptados el 29 de octubre de 2019 por la junta de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal por los que se modifican los estatutos de la misma. Concretamente se acuerda que las ‘viviendas o pisos del edificio no podrán destinarse a alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero’. Según se acredita en dicha escritura, el acuerdo fue aprobado por mayoría de diez votos a favor que representan el 79,472 % de coeficientes sobre el total del 100 %, frente a tres votos en contra que representan el 11,328 %”. Presentada tal escritura pública para su inscripción en el Registro de la Propiedad, continúa diciendo, aquella fue denegada: “El registrador fundamenta su negativa a la práctica de la inscripción solicitada en que no se ha acreditado que el acuerdo de la junta aprobando el establecimiento de la referida norma de comunidad haya sido adoptado por unanimidad de todos los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación”; diciendo tal cosa por entender aplicable al caso no el nuevo apartado 12 del art. 17 LPH, sino su ap. 6 cuando, como regla general, dice: “*Los acuerdos no regula-*

dos expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación”.

Interpuesto recurso por la comunidad de propietarios contra tal calificación negativa del Registrador, por entender aplicable el ap. 12, no el ap. 6, del art. 17 LPH, y así concluir que “la LPH no exige unanimidad para la adopción del acuerdo referente a regular el uso de las viviendas para que, si son arrendadas, no sean destinadas a uso hotelero bajo la cobertura de alquiler vacacional o turístico”, la DGSJyFP, sin embargo, desestimará tal recurso y ratificará aquella calificación negativa: por un lado, recuerda la Dirección General que la unanimidad en las aprobaciones o modificaciones estatutarias, exigida en aquel ap. 7 del art. 17 LPH, es la regla (al decir: “Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal”), y, por otro, que la mayoría cualificada menor del ap. 12 es una excepción a tal regla (al decir: “No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler”); y así concluye, resolviendo el caso particular y –de paso– la duda que en general suscita el art. 17.12 LPH, del siguiente modo: “Es indudable que esta nueva norma –la del art. 17.12 LPH– reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es el mero alquiler vacacional en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística. Por ello, la calificación objeto de impugnación debe ser confirmada”(8).

(8) Adviértase que no entro en este comentario en otro de los posibles problemas que se vienen planteando sobre este asunto (y que también abordé en mi segundo trabajo mencionado al que me remito): es el problema de si en tal mayoría –ahora de tres quintos– ha de exigirse el consentimiento expreso del vecino que en particular pueda verse afectado por el acuerdo limitador o condicionante de la actividad turística que tal

vecino venía realizando antes en su piso; o dicho de otro modo: el de si tales acuerdos afectan, obligan al vecino ausente o, incluso, disidente del acuerdo. Menciono –simplemente– tal problema, pues a él se refiere la Resolución que aquí comentamos, pero tan solo cuando se refiere a la regla de la unanimidad contenida en el ap. 7 del art. 17 LPH, cuando aquella Resolución dice que “tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto); e incluso con el voto en contra de un disidente, si prospera la acción para obtener la sustitución de la unanimidad por vía judicial, en el llamado ‘juicio de equidad’ a que se refiere el párrafo tercero de la de la regla 7 del mismo artículo 17, norma que el Tribunal Supremo ha considerado aplicable también a los actos que requieren unanimidad, atendiendo a la realidad social actual –cfr. Sentencia de 13 de marzo de 2003–), salvo que se trate de acuerdos que la misma ley exceptúa de la regla de unanimidad (cfr. los artículos 10 y 17)”. Sin embargo, cuando se refiere a la mayoría del art. 17.12 LPH nada dice sobre tal cuestión, seguramente porque no fue objeto de controversia en el recurso. Es por ello que yo también la silencie en este comentario.

Tampoco entraré, porque tampoco lo hace la Resolución, en la duda de si la literalidad del art. 17.12 LPH, que habla de “*limitar o condicionar*” tal destino de alquiler turístico, permite, sin más, su prohibición absoluta. A favor de tal posibilidad me mostré en mi segundo trabajo citado (“De nuevo..., cit.”); así también FUENTES-LOJO RIUS, A. (en su ya mencionado comentario sobre “El Real Decreto-Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, cit.”, e insistiendo en ello, aunque refiriéndose al CC Catalán, en “5 vías para que la Comunidad pueda prohibir el alojamiento turístico”, en *Diario La Ley*, nº 9506, Sección Tribuna, 25 de octubre de 2019); y, siguiéndonos, MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (“Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 775, 2019, pp. 2221-2276; trabajo este que obtuvo el Premio de aquel año otorgado por la propia Revista). En contra, sin embargo, de tal posible prohibición estatutaria se muestra otro sector de la doctrina, como GOMÁ LANZÓN, F. (“Limitación del uso turístico de las viviendas en el RDley 21/2018, de 14 de diciembre”, en www.hayderecho.com, 22 de enero de 2019, en cuyos comentarios le replica el propio FUENTES-LOJO RIUS); siguiéndole, MESA CASTILLO, C. (“Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil”, en *Indret*, 3/2019, p. 30); y a ellos se une un nutrido grupo de juristas, aunque con algún disidente, coordinados todos ellos por MAGRO SERVET, V. (“¿Pueden las juntas de propietarios prohibir sin justa causa el alquiler vacacional o solo ‘limitarlo o condicionarlo’?”, en www.elderecho.com, de la ed. Lefebvre, de 8 de junio de 2019). También se ocupa del tema, BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. (“La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 776, 2019, pp. 3040-3060).

En mi opinión, el resultado interpretativo –estricto, ni tan siquiera restrictivo– con que concluye tal Resolución es acertado, pero tal vez se echa en falta un mayor razonamiento, que la Resolución limita a una interpretación literal o gramatical del precepto en lid que, ciertamente, en su letra (cuando, recuérdese, dice: *"El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística"*), se refiere solo y exclusivamente a los alquileres vacacionales del art. 5.e) LAU, que esta excluye de su ámbito de aplicación, cuando dice: *"Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley: (...) e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística"*.

Precisamente, una *"precisión técnica"* (que así llama el Decreto-Ley en su Preámbulo), introducida en este Decreto-Ley al reformar el art. 5.e) de la LAU, fue la de aclarar la exclusión del ámbito material de aplicación de esta Ley de los alquileres turísticos cuando estos estuviesen sometidos *"a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística"*, según termina ahora diciendo dicho art. 5.e) LAU, matizando con la coletilla *"turística"* que añade el Decreto-Ley 7/2019 a la redacción anterior de aquel precepto (dada por su reforma de 2013), para así –entendemos– aclarar (a modo de una suerte de interpretación auténtica y, por tanto, con efectos retroactivos convalidantes de la normativa preexistente al respecto), la legitimidad de tal régimen jurídico –al menos, del contractual– autonómico promulgado al amparo del art. 148.1.18º de nuestra Constitución, cuando esta norma afirma que *"Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:... 18º Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial"*. Abundaría en ello la siguiente afirmación contenida, con alcance general, en el Preámbulo del Decreto-Ley 7/2019, cuando al comienzo de su apartado III dice: *"El presente real decreto-ley respeta los límites constitucionalmente establecidos para el uso de este instrumento normativo, –entre otras razones– pues no afecta... al régimen de las comunidades autónomas"*. Así mismo, cuando en el Preámbulo se justifica el nuevo art. 17.12 LPH, se advierte que ello se hace *"en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de esta actividad y del régimen de usos establecido por*

los instrumentos de ordenación urbanística y territorial", pareciendo ello conforme al art. 148.1.3º de nuestra Constitución, cuando dice que *"Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:... Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda"*.

Tal vez, a mayor abundamiento, emplea también la Resolución comentada un criterio interpretativo histórico cuando, recuérdese, someramente advierte que la unanimidad requerida en la LPH desde su redacción originaria, en 1960, para las aprobaciones o modificaciones estatutarias ha sido tradicionalmente la regla a pesar de las continuas reformas hechas a la LPH para, precisamente, ir introduciendo variadas excepciones a tal regla (cuando la Resolución decía aquello de: "Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal...").

Ciertamente, tanto la interpretación literal o gramatical, como la interpretación histórica o genealógica de las normas, por sí solas, solo pueden conducir a una interpretación declarativa de la ley, pero no ha de serlo solo con resultado declarativo estricto, como concluye en aquel supuesto la Resolución aquí comentada, sino que puede serlo restrictivo o, también, amplio(9). ¿Por qué no, entonces, podría concluirse en nuestro caso con un resultado interpretativo declarativo amplio para así comprender en aquel art. 17.12 LPH cualquier alquiler o destino vacacional o turístico, más allá de los referidos en su estricta literalidad?

Razones hay, en mi opinión, para negar tal extensión o ampliación del art. 17.12 LPH que, sin embargo, la Resolución comentada, al menos, no menciona; todo por interpretar la totalidad de aquellas normas sin atender a su *ratio* como exige el art. 3.1 CC *in fine* al subordinar y limitar toda interpretación (sea esta literal, histórica o cualquier otra), *"atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas"*.

Veamos, pues, esas –otras– razones:

(9) Para mayor razonamiento sobre tal idea permítaseme remitirme a mi trabajo: "El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos", en *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 747-792. En él justifico que los materiales prelegislativos, así como una interpretación basada en la sola letra de la ley, solo pueden servir para una interpretación declarativa (sea lata o estricta) de la ley, sin permitir su modificación, aunque, por ello mismo, evitando cualquier tergiversación del verdadero sentido de la ley.

2. La razón lógica, como la principal, del estricto ámbito material de aplicación del nuevo art. 17.12 LPH

"Sin duda –como afirma la Resolución de la DGSJyFP de 5 abril 2020 y ya advertía yo en mi anterior trabajo sobre pisos turísticos(10)–, el nuevo art. 17.12 LPH constituye una regla especial, singular o –si se quiere– excepcional, tanto frente a la regla general supletoria del art. 17.6 LPH que exige la unanimidad para aprobar o modificar los estatutos de la comunidad de vecinos, como frente a la regla también residual o subsidiaria del art. 17.7 LPH que considera suficiente la mayoría simple para cualquier otro acuerdo que no implique modificación estatutaria y que no esté previsto en el art. 17 LPH con una mayoría especial. Esa excepcionalidad o especialidad del art. 17.12 LPH impide que dicha norma pueda aplicarse por analogía (ex art. 4.2 CC); pero ¿impediría igualmente su interpretación extensiva, como anhela FUENTES-LOJO RIUS? Soy de quienes considera diversas la analogía y la interpretación extensiva, y que esta última es posible en las normas excepcionales(11), ampliando la letra de la ley –pero– siempre que tal expansión sea conforme a su espíritu, a su fin (conforme exige, en general para toda interpretación, el art. 3.1 CC *in fine* al proclamar la *ratio legis* como el fin último de toda interpretación jurídica). Mas no parece que tal efecto expansivo pueda predicarse del art. 17.12 LPH: su letra, tan claramente referida a un tipo particular de arrendamiento turístico, de entre otros tantos posibles, es acorde con el espíritu del Decreto-Ley 7/2019 que lo ha venido a introducir, según se observa en su propia Exposición de Motivos (expresiva, siempre, de la ocasión y –también– de la razón de las leyes): como indica desde su mismo título y a todo lo largo de su Preámbulo, el Decreto está –exclusivamente– referido al fomento del alquiler de vivienda, y cuando se refiere, en particular, al alquiler turístico, se refiere –también exclusivamente– al del art. 5.e) LAU, precisamente, como uno de los obstáculos, de las causas (la segunda que cita en su Preámbulo(12)) que en los

(10) "De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH", en *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33, del que reproduzco los siguientes párrafos con algunas adendas y actualizaciones. Y, siguiéndonos, MURGA FERNÁNDEZ, J.P. ("Viviendas turísticas cit.").

(11) A tal respecto, permítaseme remitirme a mi trabajo "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", en *Anuario de Derecho Civil*, 2012, nº 3, pp. 1001-1073.

(12) Recuérdese, cuando dice en el siguiente párrafo de su apartado I: "Este desigual y heterogéneo comportamiento del mercado del alquiler de

últimos tiempos ha dificultado la existencia del arrendamiento de vivienda. No parece, pues, que pueda extenderse la aplicación del art. 17.12 LPH más allá de los estrictos alquileres turísticos. *Dura lex, sed lex...*"

Y con tal "lamento" y aquella interpretación teleológica (como razón principal de la letra, tan estricta, de la norma) concluía yo –someramente– la cuestión.

Naturalmente, a tal razón –que es, insisto, la principal– se pueden sumar otras, a cuyo propósito –que justifica su traída aquí– pueden darse algunos consejos prácticos para las comunidades de propietarios que quieran, con aquella mayoría cualificada que permite el art. 17.12 LPH, limitar o condicionar en su título constitutivo o en sus estatutos tan precisa actividad turística; a saber:

3. La consiguiente necesidad de claridad en la cláusula estatutaria que limite o condicione la actividad turística para su inscripción registral y su –consecuente– plena eficacia *erga omnes* (aunque no necesariamente para la *inter partes*)

Como advertía yo también, ya en mi primer trabajo sobre el asunto antes de la reforma de la LPH, en esa posible prohibición del alquiler turístico están también en juego "el derecho a la propie-

vivienda pone de manifiesto la existencia de diversos factores que inciden en esta evolución, y que constituyen el segundo motivo que justifica la urgencia y extraordinaria necesidad de las medidas. Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad. Si se analiza la evolución del alquiler en España de los últimos años, se observa que ha pasado de representar el régimen de tenencia del 20,3 % de la población en el año 2011, al 22,9 % en el año 2017, según los últimos datos de Eurostat, lo que supone un incremento del 12,8 % y puede representar alrededor de 700.000 viviendas más en alquiler en este periodo. Esta tendencia contrasta con la mayor estabilidad de la media de la Unión Europea, en la que el alquiler ha aumentado ligeramente del 29,6 % en 2011 al 30,0 % en 2017".

dad privada, consagrado como derecho fundamental por el art. 33.1 de nuestra Constitución, y la libertad de empresa, que reconoce el art. 38 CE. Tales normas, aunadas por el resto del ordenamiento jurídico (vigente en materia de servidumbres, de prohibiciones de disponer...), hacen que en nuestro Derecho rija como regla, como principio general del Derecho, la libertad del dominio en su ejercicio, y que tal libertad se presuma, salvo que se demuestre lo contrario, es decir, que se acredite que tal libertad en el modo de ejercitar la propiedad está sujeta a limitaciones; y puesto que tales limitaciones constituyen la excepción a la regla (que es la del libre ejercicio de la propiedad), toda duda que genere tal limitación, habrá de ser interpretada restrictivamente, esto es, en contra de la limitación y a favor de la libertad del dominio. De modo que lo que no esté claramente limitado o prohibido para el dominio, se ha de entender permitido⁽¹³⁾. (...) Así las cosas, para la jurisprudencia –habida en materia de pisos turísticos– (por todas, la STS de 27 noviembre 2008, o las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 y 19 mayo 2016 –y de 13 septiembre 2018, habría que añadir–), a la que sigue el común de la doctrina⁽¹⁴⁾, solo cabe que el destino turístico de los pisos en una comunidad de propietarios quede restringido o totalmente proscrito cuando en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad se contenga una prohibición clara y expresa –‘*clara y expresa*’, se dice reiteradamente–, que afectará a terceros adquirentes, dada su innata trascendencia real al limitar la facultad de disfrute de la propiedad de cada elemento privativo, siempre que tal prohibición estatutaria se inscriba en el Registro de la Propiedad (ex art. 5.III LPH *in fine*). (...) De lo contrario, el dueño de cada piso o local tendrá libertad para destinarlo a tal fin vacacional o turístico, o

(13) Estas afirmaciones generales se han consolidado en abundante jurisprudencia, tanto del TS como de la –antes denominada– DGRyN, que puede verse citada y transcrita en GARCÍA GARCÍA, J.M.: *La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*, Navarra, 2017, pp. 894 y ss, 1228 y ss, y 1264 y ss; o en los Comentarios a la LPH dirigidos por BERCOVITZ (pp. 169, 170, 232 y 233, y comentando ÁLVAREZ OLALLA el art. 7.2 LPH).

(14) Entre otros, GUILLÉN NAVARRO, N.A. (“La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45-46, 2015); o DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (“Alojamientos turísticos y economía colaborativa: problemática jurídica en España”, inédito aún, cuyo estudio he podido conocer por deferencia de su autor); o ARNÁIZ RAMOS, R. (“Las viviendas de uso turístico y el Registro de la Propiedad”, en el *Boletín del Servicio de Estudios Registrales*, nº 185, 2017, p. 165).

a cualquier otro no prohibido expresa y claramente, pudiendo luego cambiarlo, también, a cualquier otro destino... (15)".

(15) Permítaseme aquí solo traer los pronunciamientos judiciales que llevan tales afirmaciones al tema que nos ocupa, el de los pisos turísticos, siendo, sin duda, a tal respecto destacable como pionera, la STS de 27 noviembre 2008, de la que merecen ser transcritos casi íntegramente sus Fundamentos Jurídicos 2º y 3º: Comienza diciendo en el Fundamento 2º que *"en un sistema en el que la propiedad privada está reconocida constitucionalmente (art. 33 CE) y en el que los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización sobre su inmueble, las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo (SSTS 20 de septiembre y 10 de octubre de 2007). Tal conclusión determina que la mera descripción del uso y destino del edificio en los Estatutos o en el Título, no supone por sí misma limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello es necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento, pero la descripción del edificio y de sus partes contenida en los estatutos o en el título de propiedad constituye un elemento relevante en la labor interpretativa que debe llevarse a cabo para determinar el alcance de la aplicación a la realidad concreta de un determinado edificio en régimen de comunidad de los conceptos que la Ley utiliza para acotar los elementos comunes llamados esenciales (SSTS de 23 de febrero 2006; 10 de octubre de 2007)".* Y añade en su Fundamento 3º: *"La jurisprudencia de esta Sala ha declarado con absoluta reiteración la libertad de los derechos dominicales y la posibilidad que cada uno de los propietarios bajo el régimen de la Propiedad Horizontal pueda realizar cuantas actividades parezcan adecuadas sobre su inmueble, otorgándole las máximas posibilidades de utilización, por lo que ningún interés casacional justifica un pronunciamiento que siente la doctrina adecuada. Esta es y ha sido la línea constante seguida por esta Sala, como recuerda la sentencia de 23 de febrero de 2006, respecto a la facultad de decisión de cada titular: así, la STS de 7 de febrero de 1989 permitió el cambio de cine a discoteca; la STS de 24 de julio de 1992 ha acogido la modificación del destino de una vivienda a consulta radiológica; la STS de 21 de abril de 1997 admitió la instalación en un piso para vivienda de una oficina –o, al revés, de oficina en vivienda, según la posterior STS de 12 septiembre 2013 (añadimos nosotros)–; la de 29 de febrero de 2000, en similar circunstancia, ha consentido el ejercicio de la profesión de médico; y la STS de 30 de mayo de 2001 lo declaró también para la práctica profesional de quiromasaje. Ahora bien, una cosa es que lo excepcional sea la prohibición o límite al ejercicio de los derechos y otra que no se actúen aquellas prohibiciones de cambio por voluntad unilateral de su propietario... No estamos, por tanto, ante un supuesto en el que puede conjugarse un uso diferente del que resulta de la propia configuración de la vivienda, "sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias", sino ante un cambio sustancial y prohibido en sí mismo de destino, que esta Sala ha negado en otros casos: Sentencia de 9 de mayo de 2002 (almacén, a que estaba des-*

“Tal jurisprudencia –añadía yo en mi segundo trabajo, hecha ya la reforma del art. 17 LPH– es plenamente válida y aplicable también hoy, debiéndose, pues, entender que tal acuerdo prohibitivo del alquiler turístico sí sería de los que afectan al título constitutivo o a los estatutos de la propiedad horizontal (ex art. 5.III LPH) (16)”.

Tal vez haya quien vea en lo dicho otro argumento para la interpretación estricta del art. 17.12 LPH, trasladando a la ley lo dicho por nuestra jurisprudencia para los acuerdos comunitarios: que toda limitación de la propiedad ha de ser interpretada restrictivamente. Lo cual es cierto, pero rectamente solo para los casos de duda (de falta de claridad en la redacción del acuerdo comunitario, o en la de la norma); lo que, sin embargo, no sucede con el art. 17.12 LPH, de diáfana redacción acorde a su *ratio* (según lo visto), y que, por ello, ha de ser interpretado estrictamente, sin mayor restricción.

En lo que más importa aquella jurisprudencia –al exigir que el acuerdo comunitario limitativo de la propiedad privativa sea expreso y claro– es a los efectos prácticos, para las comunidades de propietarios que quieran, con aquella mayoría cualificada que permite el art. 17.12 LPH, limitar o condicionar en su título constitutivo o en sus estatutos tan precisa actividad turística; parece, por ello, aconsejable que el acuerdo limite o condicione “el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la LAU, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística”; o bien, incluso, que reproduzca literalmente tal art. 5.e) LAU.

Si comparamos estos textos propuestos con el acuerdo adoptado en el caso resuelto por la DGSJyFP (recuérdese, aquel que decía: las “viviendas o pisos del edificio no podrán destinarse a alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero”), se observará que este se excedía en su extensión objetiva, pues el acuerdo no se limitaba a recoger el ámbito de la excepción, sino que se extendía a otras situaciones como el mero alquiler vacacional en régimen dis-

tinado, en garaje para guarda y circulación de vehículos), o la más reciente de 20 de septiembre de 2007 (locales industriales o almacenes en garaje: la modificación interesada –dice– conllevaría no solo “la realización de importantes obras que afectarían a los elementos comunes”, sino que alteraría la naturaleza del local, “pues tal destino se deriva de la propia configuración de los mismos”). Secundando tal jurisprudencia, cabe citar, entre otras, refiriéndose también específicamente a los pisos turísticos, las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 y 19 mayo 2016.

(16) Así también lo cree FUENTES-LOJO RIUS, A. (p. 6-9), quien insiste, sobre todo, en la importancia de inscribir el acuerdo comunitario de prohibición del uso turístico en el Registro de la Propiedad.

tinto al específico derivado de la normativa sectorial turística, para cuya aprobación se requeriría la unanimidad que, como regla, exige el art. 17.6 LPH.

A falta de tal claridad o precisión, por exigencias del principio de especialidad registral, la cláusula estatutaria no tendrá acceso al Registro de la Propiedad, con el consiguiente perjuicio de que la cláusula no será plenamente oponible *erga omnes* –según ha quedado antes advertido–. Ahora bien, ¿acaso será por ello también inválida e ineficaz, incluso, *inter partes*, para la comunidad de vecinos que aprobó tal acuerdo, falto de claridad o más amplio del que permite el art. 17.12 LPH aprobar con una mayoría inferior a la unanimidad? Así parece insinuarlo aquella Resolución de 5 de abril de 2020 cuando, refiriéndose al art. 17.6 LPH (no a la regla especial de su nuevo ap. 12), dice que “determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos –válidos, dice– cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad”.

Por mi parte, aun sin poder dar una solución apriorística y absoluta para todo caso a tal cuestión, atendida en cada caso en particular la redacción de la cláusula estatutaria, y conforme al principio de interpretación restrictiva de toda limitación a la presunta libertad de la propiedad privada –antes recordado–, es posible, en efecto, que la cláusula sea nula, que no haya, pues, limitación ninguna para la propiedad de cada piso; pero también es posible, conforme al principio del *favor contractus* –en nuestro caso, de conservación de los contratos– (cfr., arts. 1284, 1741, 1768 CC...), que se admita su validez, aunque parcial, limitando su alcance al alquiler vacacional del art. 5.e) LAU a que se refiere el art. 17.12 LPH cuando tal cláusula haya sido aprobada por la mayoría en dicha norma prevista, y estimando como nulo el exceso del acuerdo, que sería *contra legem*, al requerir su aprobación de la unanimidad que, como regla, exige el art. 17.6 LPH.

Esta última solución, la de la validez –o nulidad– solo parcial, en mi opinión, sería la del caso particular resuelto por la Resolución aquí comentada; lo que no se contradice con lo en ella acertadamente resuelto: una cosa es la trascendencia real del acuerdo, su inscribibilidad registral y su consiguiente eficacia plena frente a terceros –que fue la denegada en aquel caso– y otra bien distinta su validez –aunque solo parcial– y eficacia –solo *inter partes*–, cuando

menos, para la comunidad de propietarios que adoptó tal acuerdo (cfr., de nuevo, el art. 5.III *in fine* LPH).

Ese es, al menos, mi parecer que, naturalmente, someto a cualquier otro mejor fundado.

BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA SOBRE EL ART. 17.12 LPH)

BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G.: "La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 776, 2019, pp. 3040-3060.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.:

— "Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho", en *Revista de Derecho Privado*, nº 1, enero-febrero, 2018, pp. 53-88.

— "De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH", también en la *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33.

FUENTES-LOJO RIUS, A.:

— "El Real Decreto-Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico", en *Diario La Ley*, 19 de diciembre de 2019.

— "5 vías para que la Comunidad pueda prohibir el alojamiento turístico", en *Diario La Ley*, nº 9506, Sección Tribuna, 25 de octubre de 2019.

GOMÁ LANZÓN, F: "Limitación del uso turístico de las viviendas en el RDley 21/2018, de 14 de diciembre", en www.hayderecho.com, 22 de enero de 2019.

MAGRO SERVET, V.: "¿Pueden las juntas de propietarios prohibir sin justa causa el alquiler vacacional o solo 'limitarlo o condicionarlo'?", en www.elderecho.com, de la ed. Lefebvre, 8 de junio de 2019.

MESA CASTILLO, C.: "Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil", en *Indret*, 3/2019.

MURGA FERNÁNDEZ, J.P.: "Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 775, 2019, pp. 2221-2276.

Derecho Civil autonómico



ESTUDIOS DOCTRINALES

EL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN CASO DE VENTA DE CUOTA DE HERENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Antoni Vaquer Aloy (1)

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Lleida

Resumen: El artículo 463-6 del Código civil de Cataluña regula el derecho de adquisición preferente de los coherederos cuando alguno de ellos transmite a título oneroso su cuota hereditaria. La regulación dista de ser completa y plantea diversas cuestiones que se intentan resolver mediante el recurso al derecho comparado.

Palabras clave: Derecho de adquisición preferente. Tanteo. Retracto. Derecho de sucesiones. Coheredero.

Abstract: Article 463-6 of the Civil Code of Catalonia rules hereditary pre-emption. The right of pre-emption entitles the coheirs to dislodge a purchaser when one heir purports an onerous transfer of his hereditary share. However, the regulation is far from complete and there is a number of questions that are analysed from a comparative perspective.

Key words: Pre-emption. Law of Successions. Coheir.

(1) Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el MEC "Los derechos de adquisición y de preferencia" (PGC2018-094243-B-C21) y el grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya 2017 SGR 997.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. FUNCIÓN DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE HEREDITARIO
- III. PRESUPUESTOS GENERALES DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE HEREDITARIO
 - 1. La enajenación de una cuota hereditaria
 - 2. El enajenante de la cuota hereditaria
 - 3. La enajenación de la cuota hereditaria
 - 4. El adquirente de la cuota hereditaria
 - 5. Legitimación activa: el titular del derecho de adquisición preferente
 - 6. Extensión del derecho de adquisición preferente
 - 7. Renunciabilidad
 - 8. Intransmisibilidad
- IV. EL DERECHO DE TANTEO HEREDITARIO
- V. EL RETRACTO HEREDITARIO
 - 1. Subsidiariedad del retracto
 - 2. Condiciones de la enajenación
 - 3. Plazo de ejercicio
 - 4. Pluralidad de retrayentes
 - 5. Efectos del ejercicio del retracto hereditario
- VI. CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE
- VII. EXTINCIÓN
- VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil de Cataluña (CCCat) trata en el primer apartado del artículo 463-6, dentro del capítulo III del Título VI, dedicado a la comunidad hereditaria, de la disposición de la cuota hereditaria, y en sus apartados segundo y tercero regula los derechos de tanteo y retracto hereditarios. Fue en el Código de Sucesiones cuando por

primera vez se reguló en derecho catalán un derecho de adquisición preferente a favor de los coherederos en caso de venta de una cuota hereditaria, con una regulación similar a la actualmente vigente; a pesar del tiempo transcurrido desde la aprobación del Código de Sucesiones y de contar con un cuerpo doctrinal y con jurisprudencia tanto del retracto de coherederos del art. 1067 del Código Civil (CC) como de otros ordenamientos jurídicos cercanos, la regulación sigue sin ser completa y quedan abiertas innumerables cuestiones; en cuanto a la forma y plazo de ejercicio se efectúa ahora una remisión al art. 552-4.2 CCCat, es decir, a las normas sobre retracto de comuneros.

De este modo, el CCCat sigue la estela de la mayoría de ordenamientos europeos de sucesiones que se han decantado por el sistema de *successio* universal romano en que no hay liquidación previa del pasivo a cargo de quien no es heredero y, por consiguiente, en caso de pluralidad de llamados a título universal se constituye una comunidad hereditaria. En el supuesto de que uno de los coherederos enajene su cuota hereditaria, estos ordenamientos disponen un derecho de adquisición preferente de la cuota a favor de los restantes coherederos, que puede ser doble –tanteo y retracto: § 2034 y 2035 BGB, art. 732 *Codice civile*– o solo en forma tanteo –el art. 815-14 del Código civil francés vigente– o de retracto –el art. 841 del *Code Napoléon* de 1804(2), que pervive en el Código civil belga con el mismo número y redacción, y el art. 1067 CC–.

(2) La razón que explica que ahora el art. 815-14 *Code civil* contemple únicamente un derecho de tanteo (“L’indivisaire qui entend céder, à titre onéreux, à une personne étrangère à l’indivision, tout ou partie de ses droits dans les biens indivis ou dans un ou plusieurs de ces biens est tenu de notifier par acte extrajudiciaire aux autres indivisaires le prix et les conditions de la cession projetée ainsi que les nom, domicile et profession de la personne qui se propose d’acquérir. Tout indivisaire peut, dans le délai d’un mois qui suit cette notification, faire connaître au cédant, par acte extrajudiciaire, qu’il exerce un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés. En cas de préemption, celui qui l’exerce dispose pour la réalisation de l’acte de vente d’un délai de deux mois à compter de la date d’envoi de sa réponse au vendeur. Passé ce délai, sa déclaration de préemption est nulle de plein droit, quinze jours après une mise en demeure restée sans effet, et sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent lui être demandés par le vendeur. Si plusieurs indivisaires exercent leur droit de préemption, ils sont réputés, sauf convention contraire, acquérir ensemble la portion mise en vente en proportion de leur part respective dans l’indivision. Lorsque des délais de paiement ont été consentis par le cédant, l’article 828 est applicable”) estriba según GRIMALDI, M., *Droit des successions et libéralités*, 7ª ed., Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 480, en que afecta con menos

II. FUNCIÓN DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE HEREDITARIO

El derecho de adquisición preferente que dispone la ley a favor de los restantes coherederos cuando uno de ellos enajena su cuota hereditaria puede contemplarse como un límite a la libre disposición de la cuota(3). Se dice que este es el motivo por el que el Código civil italiano de 1865 se apartó del modelo del Código Napoleón y no incorporó el retracto hereditario a su articulado(4). Esto podría conducir a pensar que, en tanto que límite a una facultad jurídica y, en general, a la autonomía privada, el retracto hereditario en particular debería ser interpretado restrictivamente y tratar de reducir su aplicación al menor número de casos posible(5). Con todo, es preciso tener en cuenta cuál es la función que persigue esta figura(6). Las

intensidad a la libertad de disponer y en el menor número de cuestiones que suscita en relación con los terceros que hayan podido adquirir derechos del cesionario de la cuota.

(3) PUIG FERRIOL, L., "Art. 463-6", en Egea Fernández, J., Ferrer Riba, J. (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 1598.

(4) DI RENZO VALLALTA, G., voz "Retratto successorio (storia)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 21-23, con detalle; mucho más sucintamente, CICU, A., *Derecho de sucesiones. Parte general. Con extensas anotaciones de Derecho español común y foral por Manuel Albaladejo*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1964, p. 688, y ATLANTE, N., "Il diritto di prelazione del coerede", en Rescigno, P. (dir.), *Tratatto breve dele successioni e donazioni*, 2ª ed., Milano, CEDAM, 2010, p. 189: "Il codice civile italiano del 1865 abolì il retratto successorio per il principio della libera contrattazione dei beni".

(5) Esta era la opinión en el *ius commune*; por ejemplo, DE AFFLICTIS, M., *Commentarius solemnus et absolutus super Constit. Friderici Imperatoris de Jure Protomiseos, sive de Jure Congrui*, t. I, Neapoli, 1777, cap. 1, nº 1. En la tradición jurídica catalana merece destacarse a DE CORTIADA, M., *Decisiones Cancellari et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Venetiis, 1727, *Decisio* 150, nº 5: "ista statuta juris retractus (...) sint contra jus commune, dicuntur potius odiosa, quam favorabilia, & consequenter stricte interpretanda, & restringenda sunt". Pero así, también, la SAP Las Palmas de Gran Canaria, sec. 4ª, 8/2017, de 10 de enero, Roj: SAP GC 2060/2016: "la facultad de ejercitar el derecho de retracto de coherederos debe ser interpretada de forma restrictiva dado que supone una limitación al principio de autonomía de la voluntad".

(6) Tiene razón, pues, COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, Real Colegio de España, 1988, p. 300, cuando afirma que debe "zanjarse definitivamente la disputa entre si las normas que establecen y regulan los derechos de tanteo y retracto han de ser objeto de interpretación restrictiva o extensiva, y apos-

situaciones de comunidad suelen ser poco eficientes, por cuanto el interés en adquirir una cuota hereditaria abstracta es mínimo salvo que quien adquiere sea alguien que especule con una compra a bajo precio(7). La concurrencia de una pluralidad de coherederos legitimados todos ellos para administrar los bienes de la herencia (art. 463-3.1 y 463-4.2 CCCat) augura una complejidad en la gestión(8). Por ello, la función del retracto hereditario es, por una parte, evitar la entrada de extraños en la comunidad(9), que todavía puede hacer más complicada esta gestión, y, por otra, concentrar las cuotas en el menor número posible de coherederos(10), lo que puede aliviar estas dificultades y lograr que el bien pueda resultar más atractivo en el mercado.

tar en todo caso por lo segundo, e incluso por la interpretación y aplicación analógica, dada la función social que encarnan”.

(7) Esta idea también en GRIMALDI, M., *Droit des successions et liberalités*, 7ª ed., Paris, 2016, p. 480, nº 823, y ATLANTE, ob. cit., p. 191.

(8) Una muestra de ello en la STSJ Cataluña 27 de mayo de 2020, Roj: STSJ CAT 2643/2020.

(9) Así, por ejemplo, BENOIT. X., *Traité du retrait successoral*, Grenoble, Prudhomme éditeur, 1838, pp. 1, 12 y 127. En la doctrina española actual, Díez Soto, C. M., “Art. 1067”, en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2011, p. 1781; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Com. STS 28 abril 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 45, 1997, p. 979; COLINA GAREA, R., “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”, *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, 2002, p. 256; PUIG FERRIOL, “Art. 463-6”, p. 1598 (“evitar la ingerencia de terceros personas”). Lo mismo la jurisprudencia: “la finalidad que persigue (...) es evitar la intromisión de extraño en el complejo problema hereditario y familiar” (STS 7 de junio de 1956. RJ 1956\2472). Esta es una idea común en la doctrina de distintos países: en Cuba, PÉREZ GALLARDO, L. B., “Tanteo y retracto legales en las cuerdas del Código civil cubano”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, 2016, pp. 144-145; en Alemania, LÖHNIG, M., § 2034, en Staudinger, BGB, Berlin, Sellier, 2016, nº 1, o RÖTHEL, A., *Erbrecht*, 18ª ed., München, Beck, 2020, p. 313; en Italia, PREITE, F. y PREITE, A., “La prelazione testamentaria e il retratto successorio”, en Tagliaferri, V., Preite, F., Carbone, C. (ed.), *Le successioni. Manuale notarile*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 613 nota 1, 615 y 622.

(10) CUTILLAS TORNOS, J. M., *El retracto legal de coherederos*, Granada, Comares, 2000, p. 70; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “El retracto de coherederos en el art. 1067 del Código civil”, *Actualidad Civil*, 2013, p. 501; ROMÁN GARCÍA, A., PERALTA CARRASCO, M., CASANUEVA SÁNCHEZ, I., *Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2018, p. 139; GÓMEZ TABOADA, J., *Derecho de sucesiones de Cataluña. Teoría y práctica*, Valladolid, Lex Nova, 2013, p. 465. En Italia, COPPOLA, C., “La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede”, en Bonilini, G., (dir.), *Tratatto di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 72.

Esta finalidad de reducir el número de comuneros debe presidir la interpretación de las normas legales, tal como establece el art. 3.1 CC(11). A la vez, el retracto supone una solución de compromiso entre los intereses opuestos de los coherederos enajenantes y los restantes coherederos: aquellos no ven perjudicados sus intereses económicos, pues van a enajenar en las mismas condiciones a los tanteantes o retrayentes que al tercero, y estos consiguen evitar la entrada de terceros ajenos a la comunidad.

Por otra parte, este propósito al que sirve el derecho de adquisición preferente hereditario le otorga un carácter personal que justifica su carácter inalienable separadamente de la cuota hereditaria(12).

III. PRESUPUESTOS GENERALES DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE HEREDITARIO

1. La enajenación de una cuota hereditaria

El presupuesto básico del nacimiento del derecho de adquisición preferente hereditario es la enajenación de la cuota hereditaria de un coheredero. Solo cabe en situación de comunidad hereditaria; por lo tanto, debe haberse abierto la sucesión, deben haber sido llamados una pluralidad de herederos y por lo menos varios de ellos deben haber aceptado la herencia, sin que haya completado la partición. El derecho de adquisición preferente de coherederos exige que cuando menos dos de los llamados a título universal hayan aceptado, con lo que nace la comunidad hereditaria, y esta debe permanecer. Puesto que la causa natural de extinción de la comunidad hereditaria es la partición, una vez esta se ha practicado ya no opera el derecho de adquisición preferente(13), en la medida en que cada heredero deviene titular exclusivo de los bienes y derechos que le hayan sido adjudicados (art. 464-10 CCCat).

(11) La misma idea en Alemania: LÖHNING, § 2034, nº 1.

(12) Lo mismo en Alemania TSCHICHOFLOS, U., § 2034, en Prütting, H., Wegen, G., Weinrich, G. (ed.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2010, nº 2.

(13) PUIG FERRIOL, "Art. 463-6", p. 1598; CUTILLAS TORNÉS, *El retracto*, pp. 73 y 75-76; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "El retracto", p. 500. La jurisprudencia es constante: STS 7 de junio de 1956, RJ 1956\2472: "tal retracto (...) surge al momento de la venta del derecho hereditario si entonces existía la indivisión de la herencia y subsiste"; SAP Pontevedra 10 de junio de 2020, Roj: SAP PO 979/2020.

La cuota hereditaria de que se trata es la ideal de cada coheredero sobre la herencia en situación de comunidad, o una parte de la cuota(14). En la comunidad hereditaria no hay cuota sobre los concretos bienes de la herencia, por lo que en el hipotético caso de la venta de una futura cuota sobre un concreto bien hereditario no habría lugar al ejercicio del retracto de coherederos; en su caso, pudiera corresponder el de comuneros(15). Tampoco la venta de la herencia por el heredero único da lugar a derecho de adquisición preferente a favor de cualquier otro posible potencial sucesor. Del mismo modo, extinguida la comunidad hereditaria, si permaneciera algún concreto bien en comunidad, procedería, en su caso, el retracto de comuneros y no el retracto de coherederos(16).

2. El enajenante de la cuota hereditaria

El art. 463-3 CCCat dispone en su apartado 1 que “cada coheredero” puede vender su cuota hereditaria(17), mientras que el apartado 2 señala que quienes pueden tantear o retraer son “los otros coherederos”; puesto que en otros preceptos se menciona al “llamado” (por ejemplo, art. 461-11, 461-22 o 461-13 CCCat, entre otros), hay que conceder que el enajenante es el llamado a título de heredero que ha aceptado la herencia, puesto que, además, la venta de la cuota supone un acto de aceptación tácita de la herencia conforme al art. 461-5.2 CCCat.

(14) Yerra la SAP Coruña, sec. 3ª, 163/2007, de 27 de abril, Roj: SAP C 985/2007, cuando entiende que la venta de los bienes hereditarios que radican en España constituye una parte de la cuota, puesto que se trata de bienes concretos, aunque no se conozca con exactitud en el momento de la venta de qué bienes exactamente se trata.

(15) Por ejemplo, SAP Oviedo, sec. 6ª, 223/2008, de 25 de julio, Roj: SAP O 1390/2008, o Madrid, sec. 21, 395/2009, de 15 de septiembre, Roj: SAP M 10293/2009. Véase CORBAL FERNÁNDEZ, J., “Art. 1067”, en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código civil*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 656; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Art. 1067”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2009, p. 1247.

(16) Como indica DOMÍNGUEZ LUELMO, CCJC 45, p. 979, “o existe una comunidad ordinaria o una comunidad hereditaria, pero no pueden recaer ambas a la vez sobre un mismo objeto”.

(17) No, por tanto, la enajenación de una cuota sobre un concreto bien hereditario, con independencia de la eficacia que pueda tener tal negocio jurídico; así, COBACHO GÓMEZ, J. A., “Com. STS 22 febrero 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 44, 1997, p. 750.

Ahora bien, que el precepto se centre en el coheredero no significa que el ejercicio del derecho de adquisición preferente deba reducirse a la enajenación realizada por aquel de una cuota hereditaria. Es preferible prescindir de la interpretación literal en favor de la interpretación finalista. El título o calidad de heredero es intransferible, lo que significa que el adquirente de una cuota hereditaria que no es heredero no deviene coheredero, pero siendo la adquisición válida y eficaz, sí se convierte en partícipe en la comunidad hereditaria. Ello significa que en la comunidad hereditaria pueden convivir coherederos y copartícipes que no sean coherederos. Pues bien, si la finalidad del derecho de adquisición preferente hereditario es reducir el número de partícipes en la comunidad hereditaria, y dado que si ha entrado en dicha comunidad alguien que no es coheredero es porque ninguno de los coherederos ejercitó en su momento su derecho de tanteo o de retracto, no tiene sentido limitar la legitimación a los coherederos y excluir a los copartícipes no coherederos, puesto que ello va a implicar con toda probabilidad que entre un nuevo copartícipe no coheredero, lo que es contrario a la finalidad de la norma. Por consiguiente, es preferible entender que el enajenante debe ser cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria, tenga o no la cualidad de heredero, como es el cesionario de una cuota hereditaria que luego revende el objeto de su adquisición (18).

El anterior razonamiento sirve para excluir los supuestos en que el enajenante es un sucesor que no toma parte en la partición. Así, los legatarios (19) y asimilados a legatarios, como el heredero en cosa cierta o el instituido en usufructo que concurren con herederos, si enajenan su derecho, no opera el retracto. En cuanto al legatario de parte alícuota, en derecho civil catalán no se plantea la cuestión, por cuanto es un mero acreedor de la herencia, conforme al art. 427-36 CCCat, por lo que la cesión de su derecho no da lugar al nacimiento del derecho de adquisición preferente (20).

Aunque para referirse al enajenante el legislador se refiere al coheredero, en atención a la finalidad del derecho de adquisición preferente, debe concederse que ha lugar cuando quien enajena es el administrador concursal del coheredero insolvente; ello no per-

(18) Así lo presupone la SAP Alicante, sec. 6ª, 323/2009, de 14 de octubre, Roj: SAP A 3588/2009. En Alemania, el § 2037 BGB establece un derecho de adquisición preferente al que se aplica analógicamente el § 2034 para el supuesto que el adquirente de cuota la enajene.

(19) Por ejemplo, SAP Badajoz, sec. 1ª, 157/1999, de 22 de abril, Roj: SAP BA 441/1999: legado de bien ganancial.

(20) Así, también, PUIG FERRIOL, "Art. 463-6", p. 1598.

judica para nada a la masa concursal, pues obtiene idéntica contraprestación y se evita el ingreso de un extraño en la comunidad hereditaria (21).

En cuanto a los legitimarios, en el derecho civil catalán –lo mismo en el derecho civil gallego y en el derecho de la isla de Menorca–, son meros acreedores por un valor líquido de la herencia (art. 451-1 CCCat, 243 LDCG, 82 CDCIB (22)), por lo que no hay cuestión: no siendo coherederos deben ser considerados extraños.

3. La enajenación de la cuota hereditaria

En cuanto al acto de enajenación de la cuota hereditaria, el art. 463-6.2 CCCat se refiere a la compraventa y a la dación en pago (23). La mención de estas dos figuras conduce a concluir que debe tratarse de un negocio de disposición a título oneroso, tomando el legislador como paradigma a la compraventa, a la que se equipara la dación en pago. No hay distinción si la venta tiene lugar mediante subasta judicial (24). Cualquier otro negocio funcionalmente equivalente, como por ejemplo una compraventa disimulada bajo forma de donación, para evitar que pueda ejercerse el derecho de adquisición preferente, da lugar a que opere en virtud del art. 6.4 CC (fraude de ley) (25).

Un negocio que tradicionalmente ha dado lugar a discusión es la permuta. La doctrina que propugnaba una interpretación restrictiva excluía la permuta de los negocios que permitían el ejercicio del derecho de adquisición preferente, con el argumento añadido de que

(21) En contra, el Alemania, ANN, C., § 2034, en Kroiß, L., Ann, C., Mayer, J. (ed.), *BGB Erbrecht*, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2018, nº 10, y TSCHICHOFLOS, § 2034, nº 8.

(22) Expresamente dispone el apartado 3 de este art. 82 que “el legitimario, por el mero hecho de serlo, no tiene derecho de retracto en el caso de venta por el heredero de los bienes hereditarios”. Ahora bien, conforme al apartado 2, “entre legitimarios procederá el derecho de retracto, en caso de cesión del derecho a la legítima a un tercero que no lo sea”.

(23) La propuesta de Código Civil de la APDC también menciona expresamente la dación en pago (art. 468-4.2 y, en general, art. 3113-3).

(24) PUIG FERRIOL, “Art. 463-6”, p. 1598. La misma idea en MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, 7ª ed. revisada por Francisco Bonet Ramón, t. VII, Madrid, Reus, 1956, p. 811; LASARTE, C., *Derecho de sucesiones*, 13ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 314. Lo admite, *obiter*, la SAP Coruña, sec. 3ª, 297/2018, de 14 de septiembre, Roj: SAP C 1799/2018.

(25) LÖHNIG, § 2034, nº 5.

no se podía obligar al adquirente a aceptar una contraprestación distinta a la pactada con el coheredero transmitente(26). Pero justamente por esta razón debe matizarse la respuesta, pues nada impide que la prestación que debe realizar el adquirente en la permuta sea fungible y, por consiguiente, la contraprestación resulte realizable por cualquiera de los restantes coherederos(27). En conclusión, siendo fungible la contraprestación no hay motivo para excluir el tanteo y retracto de coherederos(28), en otro caso la permuta no permite tantear o retraer(29).

Las mismas razones apuntadas permiten resolver otro supuesto discutible, cual es la aportación de la cuota hereditaria a una sociedad. Si la entrada de una persona extraña a la comunidad hereditaria ya constituye la ratio del precepto, más aún la entrada de una sociedad que, a su vez, aúna como norma la voluntad de más de un socio. Si la aportación a la sociedad sustituye al capital, no hay razón para excluir el derecho de adquisición preferente(30): la cuota puede valorarse monetariamente sin dificultad excesiva y ello

(26) CALVO CAMINA, P., "Retracto de coherederos", *Revista de Derecho Privado*, 1915, p. 177; CORBAL FERNÁNDEZ, "Art. 1067", p. 656; MARTÍNEZ ESPÍN, "Art. 1067", p. 1247. La doctrina alemana limita el retracto a la venta; por todos, ANN, § 2034, nº 7.

(27) Lo mismo, en relación al derecho de adquisición preferente de *fadiga* del art. 565-26 CCCat, cuya letra a) excluye la permuta mientras que la letra d) relega otras enajenaciones en que no se pueda dar o hacer aquello a que se ha obligado el adquirente, lo defienden DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 6ª ed., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 473. Con todo, considera en general que la permuta permite el retracto VICENTE DOMINGO, E., "Art. 1067", en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, p. 1163. Por su parte, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "El retracto", p. 505, entiende que opera el retracto cuando la permuta que cubre una verdadera venta (aunque entonces estaríamos en el ámbito del fraude de ley del art. 6.4 CC). ROMÁN/PERALTA/CASANUEVA, *Derecho de sucesiones*, p. 138, señalan que basta cualquier tipo de transmisión onerosa apta para poder sustituir el precio.

(28) Díez Soto, "Art. 1967", p. 1781. En derecho alemán, RÖTHEL, *Erbrecht*, p. 314: en derecho italiano, BURDESE, A., "La divisione ereditaria", en *Trattato del diritto civile italiano diretto da F. Vassalli*, vol. 2, t. 5, Torino, UTET, 1980, pp. 58-59; PREITE/PREITE, "La prelazione", p. 63 (señalando la dación en pago y la permuta con contraprestación fungible).

(29) Así, por ejemplo, si la contraprestación consiste en la entrega de diversos elementos en un edificio que debe construirse, supuesto de la SAP Oviedo, sec. 5ª, 276/2007, de 5 de julio, Roj: SAP O 1849/2007.

(30) En contra de esta opinión, PUIG FERRIOL, "Art. 463-6", p. 1599; CUITILLAS TORNÉS, *El retracto*, p. 79, que cita en su apoyo la STS 30 de junio de 1994, Roj: STS 5042/1994, sobre retracto de comuneros.

no causa ningún perjuicio a la sociedad, sino más bien al contrario, pues en vez de una cuota hereditaria abstracta que no proporciona una utilidad inmediata se incorporará una cantidad de dinero; y se alcanza la finalidad de la norma de reducir el número de partícipes. Si el supuesto es que todos los copartícipes aportan su cuota a la constitución de cualquier tipo de sociedad no cabe el ejercicio del retracto, por cuanto no se trata de la enajenación a tercera persona distinta de los propios coherederos(31).

En cambio, debe excluirse del ámbito del tanteo y retracto de coherederos a la transacción, por la complejidad de las prestaciones a las que se obliga cada parte en el negocio y que no siempre poseen contenido económico(32).

4. El adquirente de la cuota hereditaria

Así como el enajenante puede ser cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria, reúna o no la condición de coheredero(33), el adquirente debe ser alguien que carece de dicha condición de copartícipe. El art. 463-6 CCCat habla de "persona que no sea coheredera"(34), corrigiendo el vocablo "extraño" que el art. 51 del Código de Sucesiones (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) había tomado del art. 1067 CC; la ley 329 de la Compilación navarra, similarmente, se refiere a "persona distinta de los otros coherederos o legatarios de parte alícuota". Es "extraño", pues, a efectos del nacimiento del derecho a ejercer el tanteo y el retracto heredita-

(31) CUTILLAS TORNOS, *El retracto*, p. 77.

(32) Así, también, PUIG FERRIOL, "Art. 463-6", p. 1599. En Italia, ATLANTÉ, N., "Il diritto di prelazione del coerede", en Rescigno, P. (dir.), *Tratatto breve delle successioni e donazioni*, vol. II, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2010, p. 201.

(33) Lo mismo, en Italia, PREITE/PREITE, "La prelazione", pp. 632-633.

(34) Lo que evoca el art. 916 del Proyecto de Código civil de 1851: "Si algún otro que no fuere de los coherederos hubiera comprado". GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, reimp., 1974, p. 454, cita como antecedente el art. 760 del Código civil de las Dos Sicilias, que sin embargo se expresa de manera distinta: "Qualunque persona, ancorchè parente del difunto, *ce non abbia diritto a succedergli*". Aquí el "extraño", literalmente, no es el no copartícipe, sino el carente de derecho a la herencia del difunto. El otro referente que cita GARCÍA GOYENA, el art. 1064 del Código civil de Cerdeña, se aproxima más: "Qualunque persona ancorchè parente del difunto, *che non sia fra i coeredi*". "Extraño" ya aparecía en Partidas 5,5,55, el texto legal castellano en que se introduce el retracto de comuneros.

rios, tanto quien no ha tenido nunca la condición de coheredero (35) –los legatarios en cualquiera de sus modalidades– como quien la ha perdido –el coheredero que enajenó su cuota hereditaria previamente (36) o el que renunció a la herencia (37)–; el cónyuge, incluso aunque en el supuesto de sucesión intestada sea usufructuario de la herencia, porque carece de título universal y, por ende, de cuota hereditaria; y, evidentemente, quien carece de derecho alguno en la herencia, por más que sea pariente o cónyuge (38). En cambio, no es “extraño” quien forma parte de la comunidad hereditaria, tenga

(35) La SAP Lugo, sec. 1ª, 325/2013, de 17 de septiembre, Roj: SAP LU 597/2013, plantea el interesante supuesto de si es “extraño” a los efectos del art. 1067 la sociedad formada por tres coherederos. La Sala entiende que el asunto es muy discutible, y acaba, por ello, por no enmendar el criterio del juez de primera instancia que la consideró como “extraña” por tener personalidad jurídica propia, distinta de los coherederos, pese a que podría argumentarse que el fin de la norma de evitar la entrada de personas ajenas no concurre al ser los únicos socios coherederos. En el caso la solución es aún más discutible pues el retrayendo es uno de los socios.

(36) SAP Coruña 40/2010, de 2 de febrero, Roj: SAP C 76/2010, y 127/2010, de 6 abril, Roj: SAP C 193/2010. En la doctrina, LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al*, *Elementos de derecho civil V. Sucesiones*, 3ª ed. revisada y puesta al día por Rams Albesa, J., Madrid, Dykinson, 2007, p. 152; COLINA GAREA, “Comunidad hereditaria”, p. 257; CUTILLAS TORNOS, *El retracto*, p. 121.

(37) Así, ya CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions suivant l'ordre du Code civil*, t. 2, 7 ed., Bruxelles, Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, 1834, p. 132. También CUTILLAS TORNOS, *El retracto*, p. 121.

(38) Como dice la SAP Las Palmas de Gran Canaria, sec. 3ª, 98/2000, de 4 de febrero, Roj: SAP GC 313/2000, “el vocablo ‘extraño’ se opone al de partícipe en la herencia, es decir, al de comunero miembro de la comunidad hereditaria. Y los hijos de los herederos –cesionarios de los derechos de sus padres a título oneroso– son claramente extraños a dicha comunidad hereditaria, toda vez que sus padres sobrevivieron al causante y aceptaron el llamamiento hereditario legal, por lo que no puede ya jugar el derecho de representación (“ius representationis”). Similarmente, la SAP Pontevedra 25 febrero 1993, AC 1993\200: “el demandado es extraño a la comunidad hereditaria, pues tal condición se predica no respecto del ámbito familiar sino de la comunidad de herederos en sentido estricto; es extraño quien no está integrado en dicha comunidad”. Lo mismo CORBAL FERNÁNDEZ, “Art. 1067”, p. 656, y MARTÍNEZ ESPÍN, art. 1067, p. 1247: “extraño” se opone a “partícipe”; LACRUZ/RAMS, *Elementos. Sucesiones*, p. 152, se refiere a la venta a “persona ajena al grupo de partícipes en el activo hereditario”; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., en Pérez Álvarez, M. Á. (coord.), Martínez de Aguirre Aldaz, C., De Pablo Contreras, P., Cámara Lapuente, S., *Curso de derecho civil*, vol. V, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2013, pp. 440-441, indica que “el retracto es aplicable a todos los partícipes en la comunidad, sean o no coherederos”.

o no la condición de coheredero(39). En efecto, si la finalidad del retracto es la concentración de las cuotas hereditarias evitando la incorporación de nuevas personas, cuando el adquirente ya es un copartícipe en la comunidad, sea porque fue llamado como coheredero o porque adquirió la cuota de un coheredero, no procede el ejercicio del retracto cuando esa finalidad ya se logra por ser el adquirente copartícipe(40).

5. Legitimación activa: el titular del derecho de adquisición preferente

Por lo que a la legitimación activa se refiere, una vez que se ha resuelto quién es enajenante y quién es "extraño", los mismos argumentos conducen a afirmar que goza de legitimación activa cualquier partícipe en la comunidad hereditaria en el momento de la enajenación(41), posea o no la cualidad de heredero, de modo que tanto los coherederos como los cesionarios de cuota están legitimados para ejercitar el derecho de tanteo y el de retracto(42). O, en otras palabras, está legitimado cualquiera que podría participar

(39) Por tanto, el cesionario de cuota no es "extraño" a estos efectos. Así, CUTILLAS TORNOS, *El retracto*, p. 120; VICENTE DOMINGO, "Art. 1067", p. 1163.

(40) De la misma opinión Díez Soto, "Art. 1067", p. 1782. La opinión opuesta es mayoritaria en Alemania (LÖHNIG, § 2034, nº 11a; TSCHICHOFLOS, § 2034, nº 7 y 14; RÖTHEL, *Erbrecht*, pp. 313-314), lo que tiene el notable inconveniente de que si ningún coheredero ejerce el retracto –lo que es factible, puesto que en una anterior enajenación ya entró un extraño– adquiere otro extraño y no se cumple la función de la norma.

(41) No tiene legitimación quien adquiere posteriormente, sin que opere el derecho de transmisión. Véase la SAP Las Palmas de Gran Canaria, sec. 4ª, 8/2017, de 10 de enero, Roj: SAP GC 2060/2016.

(42) DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., "Apuntes en tema de enajenación de herencia", *RDP*, 1967, p. 397; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "Art. 1067", en Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz, R., Díez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P. (dir.), *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 2505; Díez Soto, "Art. 1067", p. 1783; FERNÁNDEZ ARROYO, M., "Una aproximación al estudio del retracto legal en el Código civil español", *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 1992, p. 269; ROMERO HERRERO, H., "La comunidad hereditaria", *Novenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Actas*, Zaragoza, 2000, p. 31; COLINA GAREA, "Comunidad hereditaria", p. 257; CORBAL FERNÁNDEZ, "Art. 1067", p. 657; MARTÍNEZ ESPÍN, "Art. 1067", p. 1247. En derecho italiano, BURDESE, "La divisione", p. 54

en la partición de la herencia(43), aunque no tenga la cualidad de coheredero.

Sin embargo, no es esta la línea que ha seguido la jurisprudencia española(44), que se ha mostrado reacia a reconocer la legitimación activa del adquirente de cuota hereditaria. Niegan tal legitimación la STS 7 de febrero de 1944(45), que solo permite al adquirente el ejercicio del retracto de comuneros; y la STS 27 de junio de 1986(46), con el único argumento de la literalidad del art. 1067 al hablar de “coheredero”(47). Con todo, alguna sentencia de audiencias provinciales más moderna se inclina ya por admitir la legitimación del adquirente de cuota(48).

Por otra parte, el derecho de adquisición preferente es transmisible *mortis causa* por cada coheredero a sus propios herederos, que se subrogan en la posición de aquel en la comunidad hereditaria, por lo que estos podrán ejercitar, si concurre el resto de presupuestos, el derecho de adquisición preferente de coherederos(49). En el caso de institución sucesiva de heredero, la legitimación activa

(43) Así se expresaba el exégeta TOULLIER [C. B. M.], *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 2, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1845, p. 305: “tous ceux qui sont à partager ensemble une succession indivise”.

(44) Lo mismo la doctrina alemana (LÖHNIG, § 2034, nº 11a; TSCHICHOFLOS, § 2034, nº 7 y 14; RÖTHEL, *Erbrecht*, pp. 313-314; STÜRNER, R., § 2034, en Jauernig, O., *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, 17ª ed., München, Beck, 2018, nº 4), lo que tiene el notable inconveniente que si ningún coheredero ejerce el retracto –lo que es factible, puesto que en una anterior enajenación ya entró un extraño– adquiere otro extraño y no se cumple la función de la norma.

(45) RJ 1944/229.

(46) Roj: STS 8101/1986.

(47) CUTILLAS TORNOS, *El retracto*, pp. 102-106. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “El retracto”, p. 502, entiende que el cesionario solo puede ejercitar el retracto de comuneros, aunque él mismo había afirmado con anterioridad que en la comunidad hereditaria no hay cuotas sobre bienes concretos.

(48) SAP Cádiz, sec. 2ª, 266/2018, de 19 de septiembre, Roj: SAP CA 1208/2018: “la mejor doctrina siempre ha considerado que ese cesionario sí tendría derecho a ejercitar el tan citado derecho de retracto frente a la enajenación que intentara cualquier otro heredero”.

(49) MANRESA, *Comentario*, p. 814; PUIG FERRIOL, L., en Ennecerus, L., Kipp, T., Wolff, M., *Tratado de derecho civil, V, Derecho de sucesiones, II*. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas de Ramón María Roca Sastre. Segunda edición, a cargo de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll, Barcelona, Bosch, 1976, p. 263; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “Art. 1067”, en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1989, t. XIV, vol 2º, p. 432; MARTÍNEZ ESPÍN, “Art. 1067”, p. 1247; CUTILLAS TORNOS, *El retracto*, pp. 69 y 83;

corresponde a quien pertenezca a la comunidad hereditaria en el momento de la enajenación, sea el heredero fiduciario o el fideicomisario; la legitimación de uno excluye la del otro, porque o ya ha dejado de ser partícipe o todavía no lo es. Parecidamente, el heredero instituido bajo condición tendrá derecho a tantear o a retraer según forme parte o no de la comunidad hereditaria; si es heredero bajo condición resolutoria, tras la aceptación es heredero pleno y, por tanto, se integra en la comunidad hereditaria y goza del derecho de retracto, y si se cumple el hecho-condición y deja de ser heredero, desde ese momento no pertenece a la comunidad hereditaria y deberá restituir la cuota retraída junto con la cuota adquirida por delación (50); mientras que si es heredero bajo condición suspensiva, en tanto esta no se cumpla, carece de legitimación para aceptar la herencia, no se integra en la comunidad hereditaria y, por ende, no tiene derecho de retracto (51).

Es indiferente el tamaño de la cuota, pues el legislador no distingue: el coheredero que solo tiene una cuota de 2/10 goza de plena legitimación para adquirir con preferencia la cuota de 8/10 que enajena el otro coheredero (52).

Carecen de legitimación activa los acreedores del legitimado, quienes no pueden subrogarse en el ejercicio del derecho de adquisición preferente vía art. 1111 CC, en atención al señalado carácter personal de este derecho (53).

6. Extensión del derecho de adquisición preferente

El derecho de adquisición preferente debe ejercitarse íntegramente, tanto si el retrayente es uno solo de los copartícipes como si concurren diversos. La razón es obvia y resulta de la ratio legal: si se permitiera el ejercicio parcial –por ejemplo, de la mitad de la cuota enajenada– no se impediría la integración en la comunidad hereditaria del adquirente extraño ni se reduciría el número de cotitulares, sin olvidar que, además, se estarían modificando el objeto y las condiciones del contrato inicialmente estipuladas entre

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "El retracto", p. 504. En la doctrina alemana, ANN, § 2034, nº 3.

(50) CUTILLAS TORNS, *El retracto*, pp. 91-92.

(51) CUTILLAS TORNS, *El retracto*, p. 122.

(52) BAYER, W., § 2034, en Erman, *BGB*, 15ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2017, nº 2.

(53) Así también, en Italia, BONILINI, G., COPPOLA, C., "Il retratto successorio", en Bonilini (dir.), *Tratatto*, p. 102.

enajenante y adquirente, lo que no se compadece con la idea de que el legitimado activamente adquiere en las mismas condiciones [art. 568-1.b) CCCat] o se subroga en el lugar del adquirente, en la expresión el art. 568-1.1.c) CCCat –que es la misma del art. 1067 CC– (54).

7. Renunciabilidad

El derecho de adquisición preferente que otorga el 463-6 CCCat es renunciable(55). El interés que persigue este derecho es esencialmente privado, por lo que no hay diferencia con otros derechos subjetivos en materia de renuncia. No se prevé expresamente para el derecho de adquisición hereditario, pero sí hay norma general en el art. 552-4.4 CCCat, del que se desprende que caben dos modalidades de renuncia. La primera es la renuncia individual de cada coheredero o copartícipe. La segunda es el pacto entre los copartícipes en la comunidad hereditaria. Este precepto añade un requisito de forma para la renuncia anticipada: si en la comunidad hay bienes inmuebles, debe tener lugar en documento público.

8. Intransmisibilidad

Los derechos de tanteo y de retracto hereditarios van ligados a la condición de coheredero o de copartícipe en la comunidad hereditaria y el derecho se fundamenta en una finalidad muy concreta, con lo que, como se ha advertido, adquiere un tinte personal. Por ello, el derecho de adquisición preferente no es cedible a terceros(56).

IV. EL DERECHO DE TANTEO HEREDITARIO

El tanteo es el derecho a adquirir la cuota hereditaria con preferencia al extraño, antes de que se consume la enajenación, y, por lo tanto, es fundamental la notificación de la voluntad de transmitir la cuota hereditaria y las condiciones en que va a efectuarse la transmisión. El tanteo y el retracto hereditarios no son derechos cumulativos, sino subsidiarios, en cuanto solo sabe acceder al re-

(54) MORELLI, M. R., *La comunione e la divisione ereditaria*, Torino, UTET, 1986, pp. 83-84.

(55) Por todos, LÖHNIG, § 2034, nº 30.

(56) BAYER, § 2034, nº 4; HOEREN, T., § 2034, en Schulze, R. *et al* (ed.), *BGB Handkommentar*, 10ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2019, nº II.2.b.

tracto cuando no se han observado los presupuestos de ejercicio del tanteo.

Para la regulación de esta notificación, el art. 463-6 CCCat remite a la regulación del tanteo y retracto de comuneros, en concreto al art. 552-4.2 CCCat, que en su caso deberá completarse con las normas generales de los derechos de adquisición preferente. Lo primero que indica este precepto es que esta notificación tiene que ser fehaciente, por lo que el plazo no empieza a correr en caso de no observarse la prescripción legal (57); no obstante, si no hay notificación o si, habiéndola, esta no es fehaciente, aún los copartícipes gozarán del recurso del retracto. En segundo lugar, en esta notificación no solo debe comunicarse la intención de enajenar, sino, también, las circunstancias pactadas de la enajenación (art. 568-1.b CCCat). Es decir, debe notificarse a los restantes copartícipes el negocio jurídico que se propone realizar y que ya está perfectamente acordado, con sus "mismas condiciones". Esto es, el importe del precio (58) que paga el extraño para adquirir la cuota y que el tanteante debe abonar al coheredero que pretende enajenar. Por ello, plantea alguna duda el caso de la dación en pago que expresamente menciona el art. 463-6.2 CCCat. La dación en pago supone la entrega de cosa distinta a la debida pero con efecto extintivo de la obligación porque así lo acepta el acreedor; trasladado al supuesto de hecho del tanteo hereditario, conlleva que el coheredero enajenante cede su cuota hereditaria en cumplimiento de una obligación cuya prestación era distinta. Entonces, cabe cuestionarse qué debe satisfacer el tanteante: ¿el valor que tenga la cuota hereditaria o el importe de la deuda que extingue con dación? Concurren argumentos para defender ambas posibilidades, pero hay que entender que el ejercicio del tanteo no puede perjudicar al coheredero enajenante más allá de lo que exige la satisfacción del interés del tanteante: si mediante la enajenación planeada el coheredero enajenante va a extinguir una obligación entregando su cuota hereditaria, el monto a pagar por el tanteante debe ser el importe de la deuda a extinguir, sea cual sea el valor de la cuota; si este valor fuera mayor que el de la

(57) Lo mismo en Alemania: OTTO, D.-U., § 2034, en *Juris PraxisKommentar BGB*, vol. 5, 9ª ed., Saarbrücken, 2020, nº 26; ANN, § 2034, nº 12.

(58) El art. 468-47 de la propuesta de Código Civil de la APDC indica que el retrayente debe reembolsar al adquirente "el precio o el valor del bien". No se entiende esta referencia al "valor del bien", puesto que lo que se enajena es la cuota hereditaria y no un bien. Véase, además, lo que se dice seguidamente en el texto.

deuda, el coheredero enajenante no pierde, pues ya está dispuesto a desprenderse de la cuota por tal cantidad, y si el valor fuera menor, es cierto que el acreedor pagará más que lo que vale la cuota, pero es que de otro modo el disponente no estaría en condiciones de extinguir la deuda. Por otra parte, en el caso de venta en subasta –judicial o extrajudicial– comunicada por el coheredero enajenante, no basta con comunicar la venta, sino que deberá comunicarse la mejor postura, que es lo que debe pagar el tanteante, pues el art. 568-14.2 CCCat señala que, en el caso de la venta en subasta, debe igualar el mejor precio ofrecido.

Entre las “condiciones pactadas” que deben notificarse a los legitimados para ejercer el derecho de adquisición figuran las relativas al pago: por ejemplo, la moneda o el modo en que debe cumplirse la obligación (pago único, fraccionamientos, etc.). Debe, además, identificarse en la comunicación la persona del adquirente de la cuota, pues es posible que no se desee ejercitar el derecho en función de quién sea el adquirente(59).

El plazo para el ejercicio del derecho de tanteo es de un mes, de acuerdo con la remisión al art. 552-4.2 CCCat, plazo que es de caducidad. Puesto que la notificación debe ser fehaciente, no hay cuestión en cuanto al *dies a quo* de cómputo del plazo. Ahora bien, puede ser que esa notificación la haya recibido cada copartícipe en fecha distinta. En tal caso, aunque cada coheredero tiene su propio plazo y debe tantear dentro del plazo mensual, si son varios los copartícipes que desean ejercer el derecho de adquisición preferente, el resultado final no se conoce hasta que finaliza el plazo para todos(60).

La ley no establece en qué plazo debe efectuarse la notificación. En realidad, ello es irrelevante. Lo importante es que se lleve a cabo la notificación, porque es a partir de que la notificación llegue a los potenciales tanteantes que comienza a correr el plazo de caducidad de ejercicio del derecho. La notificación, técnicamente, debe calificarse de carga(61), pues si no se observa, los copartícipes no

(59) SAP Navarra 90/2013, de 13 de mayo, Roj: SAP NA 328/2013.

(60) Véase DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, *Derechos reales*, p. 238. No se comparte la opinión de PUIG FERRIOL, “Art. 463-6”, p. 1600, cuando recurre al argumento del art. 568-4 CCCat. Este artículo se refiere a la cotitularidad de los derechos de adquisición preferente, esto es, cuando un único derecho de adquisición pertenece a varios titulares, lo que no es el caso, pues en la comunidad hereditaria cada copartícipe tiene su propio e individual derecho de tanteo y retracto hereditarios.

(61) Igualmente en Italia PREITE/PREITE, “La prelazione”, p. 642.

notificados tienen derecho a ejercer el tanteo mientras no se verifique, incluido el supuesto en que algún copartícipe sí hubiere sido notificado y hubiere ejercido el derecho de tanteo.

Para ejercitar el derecho de tanteo, el copartícipe debe comunicar al enajenante su voluntad de adquirir la cuota que pretende transmitir. Se trata de una declaración de voluntad recepticia, a la que el ordenamiento jurídico no anuda ninguna exigencia formal, con lo que basta cualquier tipo de comunicación, incluso oral, por más que al tanteante le convenga preconstituir prueba de que ha participado al enajenante su voluntad de adquirir la cuota, en vistas a una posible transformación del tanteo en retracto.

V. EL RETRACTO HEREDITARIO

1. Subsidiariedad del retracto

El ejercicio del derecho de retracto es subsidiario, pues solo cabe retraer en defecto de notificación o si esta no ha tenido naturaleza fehaciente, o si, habiéndose efectuado la notificación, ha sido desleal, pues no contenía las condiciones verdaderas en que se ha realizado la enajenación (art. 568-15.1 CCCat). En caso contrario, es decir, si la notificación se ha efectuado y ha sido leal, el copartícipe que no ha ejercitado el tanteo tiene vedada la vía del retracto.

2. Condiciones de la enajenación

El retrayente debe reembolsar al extraño el importe del precio que paga para adquirir la cuota. En el bien entendido de que se trata de subrogarse en la posición del adquirente, lo que significa que debe abonar a este el precio que realmente haya pagado, no únicamente el precio escriturado o que figure en el documento contractual (62). Así, se dice que “la jurisprudencia tiene declarado con carácter general para todos los retractos legales que si bien es verdad que, en principio, el precio que ha de tomarse para dar lugar a la subrogación que el retracto entraña es el que figura en el contrato causal, ello no elimina la procedencia de admitir prueba tendente a demostrar que la cantidad figurada en la escritura pública es ficticia y muy otra de la realmente pagada, debiendo operarse en tal caso con la realidad resultante”, pero que esa prueba pesa sobre quien

(62) “El precio de la compra”, decía gráficamente el art. 916 del Proyecto de Código civil de 1851.

alegue que la cantidad realmente pagada fue otra, de modo que, de no suministrarse esa prueba, habrá que pagar la cantidad consignada en el contrato (63). En resumen, salvo que el retrayente conozca de otro modo las condiciones reales de la transmisión, basta pagar el precio "oficial", pero el adquirente puede acreditar que el precio verdaderamente pagado es otro; si lo consigue, habrá que pagar ese precio (64). Si en lugar de venta hubo dación en pago, como se ha señalado anteriormente, debe satisfacerse el importe de la deuda extinguida.

El ejercicio del derecho de retracto exige que se consigne exactamente la cantidad efectivamente pagada en la enajenación. Cualquier error en el proceso de consignación perjudica exclusivamente al retrayente, cuyo derecho decaerá (65). El art. 1681 LEC 1881 requería, para que pudiera darse curso a la demanda de juicio de retracto, en su apartado 2º, la consignación del precio conocido o la fianza de consignarlo luego que fuera conocido. Ahora el art. 266.2º LEC 2000 exige aportar el documento que acredite haber consignado. La referencia de la consignación había sido interpretada como que solo cabía consignar en metálico, de modo que el aval bancario no se reputaba suficiente (66). Sin embargo, y a raíz de la STC 12/1992, de 27 de enero (67), que consideró que "la interpretación dada por el órgano judicial de segunda instancia al art. 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue excesivamente rigurosa y desproporcionada máxime si tenemos en cuenta que dicho artículo habla de consignación en sentido legal, sin imponer expresamente la consignación en metálico, ni excluir de algún otro modo forma alternativa de garantía y que la consignación que dicho precepto legal impone no tiene por objeto realizar un pago con efectos liberatorios de una

(63) SAP Madrid, sec. 1ª, 503/2001, de 2 de julio, Roj: SAP M 9711/2001.

(64) Véase, con detalle, GÓMEZ CALLE, E., "El precio a pagar por el retrayente para ejercitar su derecho de adquisición preferente", *Anuario de Derecho Civil*, 2009, p. 613 ss. Como señala la autora, el valor de mercado de la cuota hereditario –en el caso del retracto hereditario– no es relevante. La misma idea la expresan en Italia BONILINI/COPPOLA, "Il retratto", p. 109.

(65) SAP Tenerife, sec. 3ª, 264/2008, de 23 de mayo, Roj: SAP TF 1377/2008.

(66) STS 357/1994, de 20 de abril, Roj: STS 2653/1994: "La presentación de un aval, aunque sea por el importe exacto del precio de la enajenación, no es equiparable a la consignación de este, por cuanto el precepto legal solo considera suficiente el afianzamiento en el supuesto de que el precio no fuere conocido".

(67) Reiterada en la STC 145/1998, de 30 de junio.

obligación anteriormente contraída y sancionada por una resolución judicial”, el Tribunal Supremo procedió a modificar su doctrina jurisprudencial, y aunque lo hizo en una sentencia que trataba del retracto de comuneros, debe entenderse igualmente aplicable al retracto de coherederos. Así, en la STS 340/1998, de 15 abril (68), se razonó que “no cabe ignorar que hoy el aval bancario constituye un instrumento ordinario de garantía de pago de la cantidad asegurada en los espacios económicos y se utiliza, y es admitido, para el cumplimiento de cualesquiera clase de obligaciones”, por lo que se muda la doctrina “por otra permisiva de la consignación del precio en el retracto mediante aval bancario”. Esta doctrina resulta especialmente útil en el supuesto en que el retrayente deba satisfacer al adquirente una contraprestación fungible que no consista en dinero y que no pueda consignarse, pese a la mayor amplitud con que los arts. 98 y 99 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria contemplan ahora la consignación. En tal caso debe ser suficiente el ofrecimiento de la contraprestación acordada acompañada del correspondiente aval bancario como garantía de la seriedad del ofrecimiento.

Aunque ningún precepto del Código Civil de Cataluña lo disponga expresamente, hay que convenir en que el retrayente debe satisfacer, además del precio, los gastos en que haya incurrido el adquirente por razón de la adquisición; así lo prevé, por lo menos, el art. 1518 CC en materia de retracto convencional, que la doctrina entiende aplicable por el silencio al respecto del art. 1067 CC (69). Entre otros, pues, los gastos de otorgamiento del contrato o de notaría, o el pago de impuestos a causa de la transmisión (70). Igualmente, deberán abonarse los gastos necesarios hechos en la cosa vendida por el adquirente entre la adquisición y el ejercicio del retracto que fueren necesarios para la conservación de la cosa y los útiles (71), del mismo modo que en cualquier liquidación de estado

(68) Roj: STS 2425/1998.

(69) SAP Madrid 503/2001.

(70) STS 357/1994 (impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana); SAP Valladolid 300/2011 (impuesto de bienes inmuebles).

(71) DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, “Apuntes”, p. 398; VALLET, “Art. 1067 CC”, p. 442; Díez Soto, “Art. 1067”, p. 1785; SAP Tenerife 264/2008 citada en la nota 65. Con todo, debe indicarse un límite: no deben indemnizarse los gastos realizados de mala fe y con la única finalidad de encarecer el coste del ejercicio del retracto, como advertiera GARCÍA CANTERO, G., “Art. 1506 ss”, en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XIX, Madrid, 1980, pp. 560-561.

posesorio. Por el contrario, no deben abonarse aquellos gastos en que haya incurrido el adquirente por sus propias necesidades y que únicamente le han reportado utilidad a él, como pueden ser las comisiones por aval bancario o los intereses satisfechos por préstamos(72).

3. Plazo de ejercicio

El plazo para el ejercicio del retracto es de tres meses, de acuerdo con la remisión que efectúa el art. 463-6.2 CCCat al art. 552-4.2 CCCat(73). Como todos los plazos en materia de retracto, es de caducidad. En cuanto a su *dies a quo*, en la medida en que el presupuesto es el desconocimiento de la enajenación o de sus condiciones, el plazo comienza a correr desde el momento en que se conoce tanto la enajenación como todas sus condiciones, en los términos analizados con anterioridad. Ahora bien, debe matizarse esta afirmación señalando que el plazo debe comenzar a correr desde que se ha tenido la oportunidad razonable de tomar conocimiento de la transmisión (por ejemplo, si no se recoge el burofax en que se comunica la transmisión ya consumada). En particular, ese conocimiento es cuando menos posible desde que la enajenación figura inscrita en el Registro de la Propiedad(74). De ahí que el art. 552-4.2 CCCat estipule una alternativa entre el conocimiento efectivo y

(72) Así, SAP Alicante, sec. 6ª, 51/2006, de 2 de febrero, Roj: SAP A 829/2006.

(73) Otros ordenamientos jurídicos ligan la temporalidad del ejercicio del retracto a la permanencia de la comunidad hereditaria; es el caso de Italia (art. 732 *Codice Civile* y BONILINI/COPPOLA, "Il retratto", p. 110).

(74) En el caso de la SAP Albacete 20.3.2020, Roj: SAP AB 213/2020, el retrayente pretendía que el *dies a quo* del plazo fuera el del conocimiento efectivo de todas las condiciones de la venta mediante certificación registral. La sentencia razona así: "Lo que no resulta ajustado a derecho es computar dicho plazo desde la fecha en que el retrayente obtuvo del Registro de la Propiedad la información completa de la venta, que lo fue el día 28 de junio de 2017, según revela el documento nº 4 de la demanda, y ello porque según el mismo documento esa certificación se pidió el día 26 de junio de 2017, esto es, 14 días después de que (...) tomara conocimiento de la venta. Demora en dicha solicitud que obviamente solo puede perjudicar al que incurre en ella pues en otro caso quedaría a la voluntad del retrayente el comienzo del cómputo del plazo de ejercicio de su derecho dado que le bastaría con dilatar la petición de certificación hasta el momento que considerase conveniente, posibilidad de todo punto rechazable más aun cuando el retracto es un derecho que, como indica reiterada jurisprudencia, supone una limitación a la libre disponibilidad de los bienes por su propietario y una

la fecha en que se inscribe la transmisión en el Registro. Desde la fecha de la inscripción corre el plazo de caducidad, aunque no se tome conocimiento de ello. Ello tiene, sin embargo, una salvedad que ha señalado la STSJ Cataluña 75/2016, de 29 de septiembre(75): "si por medio del acto transmisivo que tiene acceso al Registro de la Propiedad lo realmente buscado es hacer inefectivos tanto el tanteo como el retracto en contra de la tradición jurídica catalana que busca la concentración de la propiedad en la comunidad ordinaria indivisa e impedir, de mala fe, el legítimo ejercicio de los derechos que la legislación ha previsto para promover dicha concentración, la consecuencia no puede ser otra que el efectivo ejercicio de los derechos desconocidos".

4. Pluralidad de retrayentes

Si son varios los copartícipes que desean retraer, el ejercicio es proporcional a su respectiva cuota hereditaria (art. 463-6 CCCat); por consiguiente, cada uno de los interesados ejercita el retracto y adquiere una parte de la cuota hereditaria enajenada en proporción a su respectiva cuota(76). De este modo, se rechaza expresamente la solución alemana e italiana del ejercicio por partes iguales(77).

Pero cuando se trata del ejercicio del retracto puede surgir el siguiente problema: como se acaba de indicar, el plazo de ejercicio del retracto va ligado al conocimiento de la enajenación y de sus concretas condiciones, con lo que puede suceder que cada retrayente tenga conocimiento en un momento distinto. Por otra parte, la ley no impone el ejercicio conjunto del derecho de retracto, ni el ejercicio del retracto constituye una obligación para cada legitimado. La conclusión, teniendo en cuenta que la finalidad del precepto radica en la reducción del número de copartícipes, es que, salvo que concurra mala fe, el ejercicio por uno solo de los copartícipes del retracto ya satisface la finalidad legal, por lo que habiendo ejercitado uno el retracto, no sabe que los demás le compelan a cederles la parte proporcional(78). Sin embargo, si el retracto se ejercita por otro co-

excepción al principio de libertad de contratación que exige una interpretación restrictiva de su regulación legal".

(75) Roj: STSJ CAT 8268/2016.

(76) Díez Soto, "Art. 1067", p. 1784; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "El retracto", p. 502.

(77) En Alemania, por todos, LÖHNIG, § 2034, nº 16; en Italia, art. 732 *Codice civile*.

(78) Esta era la opinión de GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y co-*

partícipe dentro del plazo trimestral en que caduca el derecho para el primer retrayente y antes de que el ulterior retrayente conozca del ejercicio del retracto, el primero vendrá obligado a ceder al otro u otros la respectiva parte proporcional en función de la respectiva cuota hereditaria.

5. Efectos del ejercicio del retracto hereditario

En la expresión que emplea el art. 568-1.1.c) CCCat, el retrayente se subroga en la titularidad del adquirente en el negocio transmisivo ya realizado. Por lo tanto, adquiere del enajenante, sin que haya lugar a una doble transmisión(79), y asume cualquier obligación pendiente de ejecución (por ejemplo, si quedaba por pagar alguna parte del precio)(80). Por ello, no cabe el ejercicio parcial del derecho de retracto(81). Como consecuencia, la cuota que ya tenía en la comunidad hereditaria el coheredero o el copartícipe se incrementa en la misma proporción en la que ha ejercido el retracto, lo que, evidentemente, se reflejará tanto en cuanto a los derechos en la comunidad como en las obligaciones.

En tanto que límite al derecho de propiedad, el ejercicio del retracto se impone frente a posibles subadquirentes que hayan adquirido en el ínterin entre la comunicación o el conocimiento de la transmisión y el ejercicio del tanteo o del retracto. Como advierte DÍEZ SOTO, hay que tener en cuenta, además, que la cuota heredi-

mentarios, p. 454, en el comentario al art. 916 del Proyecto de 1851, precedente del actual 1067 CC: "Si uno de los coherederos se ha subrogado ya en el lugar del comprador, no podían los otros reclamar parte en el derecho hereditario tanteado, aunque ofrezcan su parte proporcional del precio al coheredero que retrajo; porque el objeto de la ley ya está cumplido y consumado desde que se alejó al comprador extraño"; en Francia, BENOIT, *Traité*, p. 183. En el mismo sentido, MANRESA, *Comentario*, p. 816. Entre los exégetas, MOURLON, Fr., *Répetitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon, II*, Paris, A. Marescq, 1855, pp. 148-149: "Ce n'est pas d'ailleurs pour procurer un bénéfice aux cohéritiers du cédant que le retrait a été organisé; la loi n'a eu d'autre but que de maintenir la paix dans les familles en écartant les spéculateurs des partages des successions"; asimismo, TOULLIER, *Le droit civil français*, pp. 304-305, CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire*, p. 136, y AUBRY, C., RAU, F. C., *Cours de droit civil français d'après le méthode de Zachariæ*, t. II, Paris, Marchal et Billard, 1918, p. 140.

(79) Así, también, PUIG FERRIOL, "Art. 463-6", p. 1601.

(80) PUIG FERRIOL, "art. 463-6", p. 1601. Igualmente para el Código Civil, DÍEZ SOTO, "Art. 1067", p. 1786.

(81) Lo mismo, en Italia, PREITE/PREITE, "La prelazione", p. 648, y BONILINI/COPPOLA, "Il retratto", p. 107.

taria o derecho hereditario en abstracto solo puede ser objeto de anotación, con lo que no opera con toda su intensidad el principio de la fe pública registral(82).

VI. CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

El art. 463-6 CCCat no establece ninguna previsión en cuanto al posible conflicto entre distintos derechos de adquisición preferente que puedan concurrir ante la enajenación de la cuota hereditaria. Previamente, hay que señalar que no puede haber concurrencia con el retracto de comuneros, por cuanto se trata de la enajenación de cuota global sobre la herencia, no de cuota sobre un bien concreto, de forma que se excluyen entre sí. Los otros retractos legales suscitan la misma cuestión: se refieren todos ellos a bienes inmuebles concretos (la finca colindante, arrendada, gravada por cierto derecho real o de origen familiar). El presupuesto del retracto de coherederos no es la enajenación de un bien concreto, sino de una cuota global sobre la herencia en su conjunto. De entrada, pues, habría que excluir la concurrencia con cualquier otro derecho de retracto. Sin embargo, cabe argumentar que la concesión de derechos de adquisición legal responde a un interés específico que el legislador ha estimado oportuno proteger, y que la enajenación de la cuota hereditaria no deja de tener repercusión, ni que sea futura cuando se verifique la partición, en la suerte de ese bien inmueble. Siendo esto cierto, no lo es menos que el posible ejercicio por el colindante, el enfiteuta o el pariente legitimado en el caso de la *tornería* plantea problemas irresolubles. El primero es que el retrayente debe satisfacer al adquirente el precio que este está dispuesto a abonar o que efectivamente ha abonado, pero ese precio se refiere a la total cuota hereditaria y no al concreto bien sobre el que recae el retracto; esta objeción podría salvarse si se entendiere que, en tal caso, debería estimarse el bien y satisfacerse su valor, de modo que el bien en cuestión dejaría de formar parte de la comunidad hereditaria y en su lugar entraría la parte proporcional de metálico que no correspondería al enajenante (en caso de tanteo) o al adquirente extraño (en caso de retracto). Pero, justamente, esto conduce a una segunda objeción insalvable. Por un lado, se estaría expropiando a los coherederos no enajenantes de una parte de su titularidad, la que se corresponde con el reflejo ideal de la cuota global en el concreto bien,

(82) Díez Soto, "Art. 1067", p. 1787.

que les proporciona la posibilidad de que ese bien caiga en su lote particional. Por otro lado, se rompería con la idea de subrogación que informa el retracto: el retrayente no se subrogaría en el negocio jurídico (tanteo) o en la titularidad (retracto), pues no adquiriría la cuota hereditaria, sino un bien que no se enajenó, y sin tener que asumir todos los derechos y obligaciones dimanantes del negocio transmisivo. Por consiguiente, hay que concluir que el retracto de coherederos no da lugar a concurrencia con los demás derechos de adquisición preferente de naturaleza legal.

El derecho civil de Cataluña prevé expresamente la constitución de derechos de adquisición voluntarios. En este caso, las partes son libres de pactar los supuestos en que proceden tales derechos, entre los que podrían incluir la transmisión de una cuota hereditaria. Si tal fuere el caso, el conflicto de concurrencia se resuelve en función de la fecha de respectiva constitución, y prevalece el que se haya constituido antes, de modo que prima el derecho legal si antes de que acaezca el supuesto de hecho que lo genera no estuviera constituido el derecho voluntario, y a la inversa(83).

En cualquier caso, el art. 568-27.1 CCCat establece un orden de prelación entre los derechos legales de adquisición preferente, otorgando primacía al retracto de comuneros y al de coherederos. Puesto que, como se ha dicho, su ejercicio es incompatible, en principio el retracto de coherederos prevalece sobre cualquier otro derecho real de adquisición. La única salvedad es que el art. 568-26 CCCat señala que, en el Valle de Arán, el derecho de *tornería* es preferente a cualquier otro derecho de adquisición legal. Por razón de especialidad, habrá que convenir que, en caso en que se considere que cabe retraer respecto de un bien inmueble concreto –finca rústica de origen familiar–, lo que aquí se rechaza, el derecho de *tornería* sería preferente al retracto de coherederos(84).

VII. EXTINCIÓN

La causa específica de extinción del derecho de adquisición hereditario es la partición: la disolución de la comunidad hereditaria conlleva la extinción del tanteo y retracto, por cuanto desde ese momento ya no existen cuotas hereditarias abstractas, sino que cada coheredero ha adquirido su respectivo lote de bienes. El art. 568-7

(83) DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derechos reales*, p. 525.

(84) Así, DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derechos reales*, p. 525; PUIG FERRIOL, "Art. 1067", p. 1601.

CCCat señala como causas de extinción de los derechos de adquisición preferente, además de las generales de los derechos reales que resulten aplicables, su ejercicio, el vencimiento del plazo de caducidad en que deben ejercitarse y la renuncia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ANN, C., § 2034, en Kroiß, L., Ann, C., Mayer, J., (ed.), *BGB Erbrecht*, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2018.
- ATLANTE, N., "Il diritto di prelazione del coerede", en Rescigno, P. (dir.), *Tratatto breve dele successioni e donazioni*, 2ª ed., Milano, CEDAM, 2010, pp. 189-203.
- AUBRY, C. y RAU, F. C., *Cours de droit civil français d'après le méthode de Zachariæ*, t. II, Paris, Marchal et Billard, 1918.
- BAYER, W., § 2034, en Erman, *BGB*, 15ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2017.
- BENOIT, X., *Traité du retrait successoral*, Grenoble, Prudhomme éditeur, 1838.
- CALVO CAMINA, P., "Retracto de coherederos", *Revista de Derecho Privado*, 1915, pp. 175-179.
- CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions suivant l'ordre du Code civil*, t. 2, 7 ed., Bruxelles, Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, 1834.
- CICU, A., *Derecho de sucesiones. Parte general. Con extensas anotaciones de Derecho español común y foral por Manuel Albaladejo*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1964.
- COBACHO GÓMEZ, J. A., "Com. STS 22 febrero 1997", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 44, 1997, pp. 739-754.
- COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, Real Colegio de España, 1988.
- COLINA GAREA, R., "Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria", *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, 2002, pp. 237-261.
- COPPOLA, C., "La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede", en Bonilini, G., (dir.), *Tratatto di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 71-98.
- CORBAL FERNÁNDEZ, J., "Art. 1067", en Sierra Gil de la Cuesta, I., (coord.), *Comentario del Código civil*, Barcelona, 2000, pp. 656-658.
- CUTILLAS TORNS, J. M., *El retracto legal de cohederos*, Granada, Comares, 2000.
- DE AFFLICTIS, M., *Commentarius solemnus et absolutus super Constit. FridERICI Imperatoris de Jure Protomiseos, sive de Jure Congruí*, t. I, Neapoli, 1777.
- DE CORTIADA, M., *Decisiones Cancellari et Sacri Regii Senatus Cathaloniae, Venetiis*, 1727.

- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "Art. 1067", en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, 1991, pp. 2503-2506.
- DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., "Apuntes en tema de enajenación de herencia", *RDP*, 1967, pp. 383-402.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 6ª ed., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2018.
- DI RENZO VALLALTA, G., voz "Retratto successorio (storia)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 16-23.
- DÍEZ SOTO, C. M., "Art. 1067", en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2011, pp. 1778-1787.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Com. STS 28 abril 1997", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 45, 1997, pp. 973-985.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M., "Una aproximación al estudio del retracto legal en el Código civil español", *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 1992, pp. 243-274.
- GARCÍA CANTERO, G., "Arts. 1506 ss.", en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XIX, Madrid, 1980.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, reimp., 1974.
- GÓMEZ CALLE, E., "El precio a pagar por el retrayente para ejercitar su derecho de adquisición preferente", *Anuario de Derecho Civil*, 2009, pp. 613-645.
- GÓMEZ TABOADA, J., *Derecho de sucesiones de Cataluña. Teoría y práctica*, Valladolid, Lex Nova, 2013.
- HOEREN, T., § 2034, en Schulze, R. et al (ed.), *BGB Handkommentar*, 10ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2019.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al, *Elementos de derecho civil V. Sucesiones*, 3ª ed. revisada y puesta al día por Rams Albesa, J., Madrid, Dykinson, 2007.
- LASARTE, C., *Derecho de sucesiones*, 13ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2018.
- LÖHNIG, M., § 2034, en Staudinger, *BGB*, Berlin, Sellier, 2016.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, 7ª ed. revisada por Francisco Bonet Ramón, t. VII, Madrid, Reus, 1956.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Art. 1067", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2009, pp. 1247-1248.
- MORELLI, M. R., *La comunione e la divisione ereditaria*, Torino, UTET, 1986.
- MOURLON, F., *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon, II*, Paris, A. Marescq, 1855.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (coord.), Martínez de Aguirre Aldaz, C., De Pablo Contreras, P., Cámara Lapuente, S., *Curso de derecho civil*, vol. V, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2013.

- PÉREZ GALLARDO, L. B., "Tanteo y retracto legales en las cuerdas del Código civil cubano", *Revista Crítica de Derecho Privado*, 2016, pp. 135-176.
- PREITE, F. y PREITE, A., "La prelazione testamentaria e il retratto successorio", en Tagliaferri, V., Preite, F., Carbone, C. (ed.), *Le successioni. Manuale notarile*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 613-656.
- PUIG FERRIOL, L., "Art. 463-6", en Egea Fernández, J., Ferrer Riba, J. (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 1596-1601.
- ROMÁN GARCÍA, A., PERALTA CARRASCO, M., CASANUEVA SÁNCHEZ, I., *Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2018.
- ROMERO HERRERO, H., "La comunidad hereditaria", *Novenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Actas*, Zaragoza, 2000, pp. 9-83.
- RÖTHEL, A., *Erbrecht*, 18ª ed., München, Beck, 2020.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., "El retracto de coherederos en el art. 1067 del Código civil", *Actualidad Civil*, 2013, pp. 499-510.
- STÜRNER, R., § 2034, en Jauernig, O., *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, 17ª ed., München, Beck, 2018.
- TSCHICHOFLOS, U., § 2034, en Prütting, H., Wegen, G., Weinrich, G. (ed.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2010.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., "Art. 1067", en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1989, t. XIV, vol 2º, pp. 429-442.
- VICENTE DOMINGO, E., "Art. 1067", en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010.

Derecho Fiscal



LA FISCALIDAD DE LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIUDAL
EN EL ISD

José María Vázquez Moreno

LA FISCALIDAD DE LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIUDAL EN EL ISD

José María Vázquez Moreno

Graduado en Derecho, empleado de notaría

Co-administrador de la web www.tottributs.com

Resumen: La fiscalidad de la conmutación del usufructo viudal está estrechamente vinculada a la naturaleza civil de la figura y a su consideración como acto de naturaleza particional o dispositiva.

Palabras clave: Conmutación de usufructo, acto particional, acto dispositivo, devengo, permuta, consolidación de dominio.

Abstract: The taxation of the commutation of the viudal usufruct is closely linked to the civil nature of the figure and to its consideration as an act of a partitional or dispositive nature.

Keywords: Commutation of usufruct, partition act, dispositive act, accrual, exchange, consolidation of dominion.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA REGULACIÓN DE LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIUDAL EN EL ISD
- III. EL CRITERIO DEL TS SOBRE LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIUDAL

I. INTRODUCCIÓN

La conmutación del usufructo viudal es una institución jurídica que busca paliar los inconvenientes de la atribución al cónyuge viudo de su haber legitimario en forma de usufructo(1).

Efectivamente, el hecho de que determinados bienes de la herencia queden gravados por el usufructo viudal puede dificultar su circulación o bien dar lugar a un aprovechamiento inadecuado de estos, al recaer sobre bienes no fructíferos o de difícil explotación.

Así, mediante la conmutación del usufructo atribuido al cónyuge viudo, se sustituye dicho derecho por bienes en pleno dominio, por un valor equivalente al mismo.

De esta manera, tanto los herederos como el cónyuge viudo pueden disponer de bienes en pleno dominio, sin situaciones de cotitularidad que dificulten la realización de estos(2).

La posibilidad de conmutar el usufructo atribuido al cónyuge viudo está prevista tanto en el CC como en las legislaciones de los territorios con derecho civil propio.

Desde un punto de vista fiscal, la tributación de la conmutación del usufructo viudal ha sido abordada en diversas ocasiones por la doctrina de la DGT, perfilando los contornos fiscales de la figura, en ocasiones de una manera poco precisa.

El TS, asimismo, en fechas recientes, ha tenido ocasión de ocuparse de la fiscalidad de la citada figura.

En ellas, el Alto Tribunal ha resuelto en qué casos la conmutación del usufructo viudal tributa únicamente por el ISD, y cuando, al exceder dicho acto las previsiones contenidas en la norma civil y fiscal, genera un hecho imponible adicional al del ISD, en forma de consolidación de dominio y permuta.

Como tendremos ocasión de ver más adelante, la doctrina fijada por el TS es poco clara, pudiendo incluso inducir a confusión.

II. LA REGULACIÓN DE LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIUDAL EN EL ISD

La regulación de la conmutación del usufructo viudal en el ISD está contenida en el artículo 57 del RISD, que señala que:

(1) En general, véanse los artículos 807, 834 y 837 a 840 del CC.

(2) Sobre la conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código Civil, véase el artículo de FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., "La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código Civil", publicado en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, número 16, 1998, pp. 53-73.

"Cuando en virtud de lo dispuesto en los artículos 839 y 840 del Código Civil se hiciese pago al cónyuge sobreviviente de su haber legitimario en forma o concepto distinto del usufructo, se girará una liquidación sobre la cantidad coincidente del valor comprobado de los bienes o derechos adjudicados y el asignado al usufructo, según las reglas del artículo 49, sin que haya lugar, en consecuencia, a practicar liquidación alguna por la nuda propiedad a los herederos ni, en su día, por extinción del usufructo. Pero cuando el valor de lo adjudicado en forma distinta del usufructo fuese menor o mayor de lo que correspondería al cónyuge viudo, el exceso o diferencia se liquidará como exceso de adjudicación a cargo del heredero o herederos favorecidos en el primer caso, o del cónyuge viudo en el segundo."

De la lectura del citado artículo se desprende, **en primer lugar**, que únicamente la conmutación del usufructo viudal en los términos contenidos en los artículos 839 y 840 del CC tributará en concepto de ISD.

En este sentido, el artículo 57 del RISD parece referirse únicamente al **pago del haber legitimario del cónyuge viudo**, esto es, a aquellos derechos que la norma civil atribuye, *ex lege*, **en las herencias intestadas**, a este.

Por tanto, **parecen quedar fuera de la órbita del citado artículo los supuestos de herencias testadas** en las que el causante atribuya el usufructo universal y vitalicio de toda la herencia al cónyuge viudo, que parece exceder del concepto estricto de "haber legitimario".

Así parece desprenderse de la doctrina sentada recientemente por el TS, si bien los casos que aborda el Alto Tribunal no se refieren a la regulación contenida en el CC si no al Código Civil de Cataluña(3).

Curiosamente, la DGT ha sostenido hasta la fecha la aplicabilidad del artículo 57 del RISD a los **usufructos atribuidos vía testamentaria al cónyuge viudo** en las consultas V1462-12, de 4 de julio y V1545-12, de 18 de julio. También en la V1880-16, de 27 de abril, si bien en esta última ya empieza a exhibir reparos.

A nuestro parecer, el usufructo universal y vitalicio de toda la herencia atribuido en las herencias testadas al cónyuge viudo tiene un difícil encaje en el concepto de "haber legitimario" de los artícu-

(3) Sobre la doctrina establecida por el TS acerca de la conmutación del usufructo nos referiremos más adelante.

los 839 y 840 del CC. En este sentido, la **naturaleza jurídica** de dicho derecho, que suele atribuirse en forma de legado, impide configurar su conmutación como un acto particional.

Efectivamente, si dicho usufructo se entrega en forma de legado, este, desde un punto de vista civil, se entiende adquirido, *ipso iure*, en el momento de la defunción del causante, de acuerdo con el sistema germanista de adquisición de los legados del CC.

Por tanto, la conmutación posterior parece que dará lugar a un acto de naturaleza traslativa y no particional, ya que el legado de usufructo no precisa partición. En cambio, el haber legitimario atribuido en forma de usufructo en las herencias intestadas al cónyuge viudo sí que precisa partición, y es aquí, donde, a nuestro parecer, está el matiz.

El usufructo universal y vitalicio de toda la herencia, al ser atribuido en forma de legado, se entenderá adquirido desde el momento de la defunción, sin precisar de un acto particional, por lo que su conmutación posterior será un acto de naturaleza traslativa.

En cambio, la conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo sí que precisa de partición, y es en ese momento cuando el cónyuge viudo podrá concretar su derecho en forma de usufructo o de bienes en pleno dominio, encontrándonos ante un acto de naturaleza claramente particional, sujeto al ISD, y no dispositiva o traslativa (4).

En todo caso, ello no quiere decir que en las herencias testadas no sea posible conmutar el usufructo viudal legado por el testador. Así, si este prevé, **de manera expresa**, la posibilidad de conmutar el usufructo, mediante el establecimiento de un legado alternativo, la elección de la forma de materializar la adquisición del cónyuge viudo en ningún caso excederá del título sucesorio, por lo que únicamente tributará en concepto de ISD.

También deben quedar fuera aquellos **supuestos de conmutación del usufructo viudal que excedan del ámbito de los**

(4) La cuestión dista de ser clara. Así, GUERRA REGUERA, M., en "La conmutación del usufructo del cónyuge por otros bienes y derechos. Artículo 57 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Análisis y comentario de la Doctrina de la Dirección General de Tributos", publicado en *Quincena fiscal*, N.º 22, 2016, **sostiene un concepto amplio de "haber legitimario" del artículo 839 del CC** para incluir no solo el usufructo atribuido *ex lege* al cónyuge viudo sino aquel que también pueda atribuirse por vía testamentaria. **La cuestión, a nuestro parecer, es** ¿puede incorporarse en el artículo 839 del CC un concepto amplio de haber legitimario, cualquiera que sea la forma de atribución del usufructo (legado)? A nuestro parecer, no, por lo apuntado anteriormente.

citados artículos 839 y 840 del CC, de manera que dicho acto **no tendrá una naturaleza particional, sino dispositiva o traslativa**, por lo que, además de devengarse el gravamen de ISD, de acuerdo con el título sucesorio, habrá un hecho imponible adicional en forma de permuta y consolidación de dominio(5).

Tampoco parece que quede amparado por lo dispuesto en los artículos 839 y 840 del CC y 57 del RISD la conmutación de un legado de **usufructo universal y vitalicio con facultad de disposición** en una herencia testada, por los mismos motivos apuntados anteriormente(6).

En segundo lugar, otro elemento que incorpora el citado artículo 57 del RISD es que la conmutación del usufructo viudal debe ser por bienes que tengan un **valor equivalente** al del derecho de usufructo, de acuerdo con las reglas del artículo 49 del RISD.

Así, si se da dicha equivalencia, tal y como señala el artículo 57 del RISD, no habrá lugar a practicar liquidación alguna por la nuda propiedad a los herederos ni, en su día, por extinción del usufructo, pues al no haber desmembración de dominio ni se adquiere nuda propiedad ni habrá derecho de usufructo a extinguir(7).

Asimismo, por la misma razón, en relación a la adquisición de los herederos, **se aplicará la tarifa general conforme a las reglas generales del impuesto, y no el tipo medio efectivo de gravamen**, ya que no se ha producido ningún desmembramiento del dominio que justifique la aplicación de dicha regla.

En tercer lugar, cuando el valor de lo adjudicado en forma distinta a usufructo, por haberlo conmutado, **fuese menor** de lo que le correspondería al cónyuge viudo, sin perjuicio de la tributación que corresponda por el concepto de ISD, el exceso o diferencia se liquidará como **exceso de adjudicación** a cargo del heredero o herederos favorecidos, tributando por TPO o bien por el impuesto de donaciones en atención a si dicho exceso es compensado o no.

(5) La **clave** de la fiscalidad de la conmutación del usufructo viudal legitimario reside en **su consideración como acto de naturaleza particional y no traslativa o dispositiva**. Si se considera un acto particional, tributará únicamente por ISD. Por el contrario, si la conmutación excede de lo previsto en la norma civil o fiscal, el acto tendrá naturaleza dispositiva, con una tributación adicional al la del ISD en forma de permuta y consolidación de dominio.

(6) Véase consulta de la DGT V2035-18, de 9 de julio de 2018, que considera no aplicable el régimen de la conmutación a los usufructos con facultad de disposición.

(7) Véanse las consultas de la DGT V1462-12, de 4 de julio y V1545-12, de 18 de julio, citadas.

Y a la inversa, si el exceso de adjudicación se produce en el cónyuge viudo, sin perjuicio de la tributación que corresponda por el concepto de ISD, se producirá una tributación adicional en concepto de TPO o bien por el impuesto de donaciones en los términos antes apuntados.

En este orden de cosas, **una cuestión muy interesante** que puede plantearse es aquella referida a los excesos de adjudicación producidos en sede de conmutación del usufructo viudal legitimario cuando este **recaiga o se concrete sobre un bien indivisible o que desmerezca mucho con su división.**

A nuestro parecer, si se cumplen los requisitos del artículo 1062 del CC, no debería haber inconveniente en que el exceso de adjudicación quede no sujeto a TPO, siempre, claro está, que dicho exceso se compense en metálico(8).

De hecho, la misma naturaleza y finalidad de la conmutación del usufructo viudal legitimario justificaría dicha solución, pues tan poco práctico es tener el usufructo de una parte indivisa de un bien como el pleno dominio de una parte indivisa del mismo.

Si la finalidad de la conmutación del usufructo viudal legitimario es precisamente evitar situaciones de cotitularidad poco manejables en la práctica, entendemos que dicha solución es la más coherente con la ratio de la norma.

En cuarto lugar, ¿cuál es la consecuencia de conmutar el usufructo viudal en aquellos supuestos no previstos en la norma, ya sea civil o fiscal?

Pues bien, en estos casos, la DGT entiende que se produce una permuta entre el viudo/a y los hijos/as de este, de manera que habrá que practicar las siguientes liquidaciones:

a) En primer lugar, se deberá liquidar el ISD de acuerdo con el título sucesorio.

b) En segundo lugar, el cónyuge viudo deberá liquidar TPO por la adquisición de la nuda propiedad de los bienes entregados.

c) En tercer lugar, los hijos deberán liquidar por la adquisición del usufructo vitalicio que ingrese en su patrimonio. En este sentido, debe tenerse en cuenta la regla establecida en el artículo 51.4 del RISD, que señala que, cuando la consolidación de dominio se produjese por una causa distinta al cumplimiento del plazo o la defunción del usufructuario, **deberá realizarse la liquidación más grande**

(8) La Agencia Tributaria de Cataluña parece admitir dicha posibilidad en la consulta 217E/14, de 13 de febrero de 2015.

de entre la que quedó pendiente por la desmembración del dominio (la del impuesto de sucesiones) y la correspondiente al negocio jurídico en cuya virtud se extingue el usufructo (TPO)(9).

III. EL CRITERIO DEL TS SOBRE LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIUDAL

Tal y como hemos apuntado con anterioridad, el TS se ha pronunciado recientemente sobre la fiscalidad de la conmutación del usufructo viudal en una batería de sentencias(10).

Todas ellas tienen en común que **tratan la conmutación del usufructo universal y vitalicio en las herencias testadas en el marco del Derecho Civil de Cataluña**, si bien ello no quita un ápice de interés a la cuestión(11).

El **supuesto de hecho** común a todas ellas trata de una **herencia testada** en la que el causante lega el usufructo universal de toda la herencia al cónyuge viudo, nombrando como herederos a los hijos.

En la partición de la herencia, los herederos adjudican al cónyuge viudo, en pago del usufructo universal, bienes en pleno dominio, por un valor equivalente al del derecho de usufructo conmutado.

El TS, acogiendo el criterio del TSJ de Cataluña, sostiene que, en dicho caso, la conmutación del usufructo universal supone la realización de un hecho imponible adicional al del ISD, gravando la adquisición, además, por el concepto de permuta y consolidación de dominio.

Los **argumentos** del Tribunal fueron los siguientes:

(9) La consecuencia fiscal de la conmutación del usufructo cuando la norma civil o fiscal no lo permite es durísima. En todo caso, hay que tener presente que en la **elección de la liquidación más alta** de entre las señaladas por el artículo 51.4 del RISD, **la valoración de los bienes puede diferir en sede de ISD y TPO**, por tanto, mucha atención. Por todo, véase la consulta V1880-16, de 27 de abril.

(10) STS de 21 de 2020, número de resolución 1078/2020, SSTs de 23 de julio de 2020, número de resolución 1113 y 1112/2020 y la más reciente STS de 1 de octubre de 2020, número de resolución 1248/2020.

(11) Sobre la conmutación del usufructo universal en el Código Civil de Cataluña, véanse las consultas de la ATC 223E/09, de 16 de noviembre de 2009, entre muchas otras. Un caso curioso es el de la consulta de la ATC 339E/17, de 27 de abril de 2018, en la que se trata de la conmutación del usufructo viudal de un matrimonio con vecindad civil catalana pero cuyo régimen económico matrimonial es el aragonés.

El TS parte de la idea de que el artículo 24 de la LISD consagra un sistema de adquisición de la herencia de carácter germanista.

Con fundamento en dicha premisa, sostiene que la adquisición tanto del usufructuario como de los herederos se realiza en el momento de la defunción del causante, sin que sea necesaria ninguna partición.

En consecuencia, la partición posterior, en la que se conmuta el usufructo, supone un negocio jurídico diferente al de la adquisición hereditaria, tributando de manera separada.

En este sentido, apunta que el artículo 57 del RISD es la norma que permite configurar, desde un punto de vista fiscal, la conmutación del usufructo viudal como un único acto.

De ello parece inferirse que, *a sensu contrario*, de no existir dicho artículo, la conmutación del usufructo viudal tributaría por un concepto diferente al de ISD, esto es, tendría una naturaleza traslativa y no particional (12).

Acaba concluyendo que, en cualquier caso, la norma fiscal no ampara la conmutación del usufructo viudal en las herencias testadas en el caso del Derecho Civil de Cataluña.

Aunque estamos de acuerdo con la conclusión a la que llega el TS, **no podemos compartir los argumentos** que utiliza el Tribunal, que distorsionan la relación entre norma civil y fiscal, dando preeminencia a esta última.

En primer lugar, la LISD no configura ningún sistema de adquisición hereditaria. Dicho con otras palabras, al legislador fiscal le es indiferente la controversia civilista entre sistema de adquisición germanista o romanista de la herencia. No es esta la función de la norma fiscal.

La norma fiscal lo que hace es fijar un momento temporal a partir del cual pueda exigirse el pago del impuesto. Y lo hace fijando el devengo en la fecha de defunción por una cuestión de técnica legislativa, esto es, para no tener que hacer depender el devengo del tributo del hecho que se haya aceptado, expresa o tácitamente, la herencia.

(12) Nos referimos a este pasaje, a nuestro parecer, controvertido: "Frente a ello no cabe oponer la infracción de lo dispuesto en el artículo 57 del RISD, anteriormente transcrito, **que permite, a efectos fiscales, no configurar la conmutación del usufructo vitalicio por bienes en pleno dominio como un negocio jurídico nuevo, implicando, en consecuencia, la práctica de una única liquidación.**" Si civilmente es un acto particional, fiscalmente ha de serlo también.

En segundo lugar, en consonancia con lo que sostenemos, resulta claro que la adquisición de los herederos precisa de la correspondiente partición, para concretar la cuota abstracta sobre la comunidad hereditaria en bienes concretos, procediendo a su adjudicación.

En este sentido, que la partición civil, a efectos de determinar el devengo del impuesto, sea irrelevante, no quiere decir que esta no deba ser tenida en cuenta a la hora de ponderar cuando estamos ante un acto de naturaleza particional o dispositiva.

En cambio, la adquisición que realiza el usufructuario universal que, en el caso concreto del Derecho Civil de Cataluña, se realiza en forma de legado, se adquiere *ipso iure*, sin necesidad de partición.

Pero que no sea necesario partir no se deriva de la norma fiscal, como sostiene el TS, sino de la norma civil, que configura la adquisición del legado de usufructo de acuerdo con el sistema germanista.

En tercer lugar, conviene tener presente que, en el caso del Derecho Civil común, el haber legitimario del cónyuge viudo, atribuido *ex lege*, sí que es necesario proceder a su partición, ya que este forma parte de la comunidad hereditaria.

Por tanto, al contrario de lo que afirma el TS, si no existiera el artículo 57 del RISD, la conmutación del usufructo legitimario del CC no supondría la realización de un hecho imponible adicional al del ISD, ya que la conmutación del usufructo legitimario es un acto particional, esto es, de concreción de la cuota hereditaria, no dispositivo, por lo que encontraría su acomodo en el artículo 27 de la LISD (13).

Por lo que hace a la conmutación del usufructo universal en sede del CC, atribuido en las herencias testadas, dependerá, como hemos apuntado con anterioridad, por un lado, que podamos incluirlo dentro del concepto de "haber legitimario" del artículo 839 del CC, para incardinarlo en el artículo 57 del RISD y, por otro, de la naturaleza que le demos a dicho derecho.

A nuestro parecer, como hemos sostenido con anterioridad, tiene difícil encaje, por lo que su conmutación tendría naturaleza traslativa.

A modo de conclusión, aunque coincidimos con la solución adoptada, la doctrina construida por el TS para resolver dichos supuestos **resulta algo artificial**, al cargar la argumentación sobre la norma fiscal para resolver una cuestión, que es si la conmutación del

(13) Véase STS de 10 de junio de 2020, número de resolución 735/2020, que trata sobre el alcance del artículo 27 de la LISD.

usufructo es un acto particional o dispositivo, que es estrictamente civil.

Ambos grupos de normas, civil y fiscal, actúan en planos diferentes y su finalidad, por tanto, es diversa.

En este sentido, los casos planteados se podrían haber solventado desde un punto de vista estrictamente civil, apuntando simplemente, por un lado, que la legislación civil catalana no contempla la conmutación del usufructo viudal en las herencias testadas, y, por otro, que la atribución del usufructo universal y vitalicio de toda la herencia en las herencias testadas se produce vía legado, por lo que, si este se entiende adquirido *ipso iure*, la conmutación posterior no es un acto particional sino que tiene una naturaleza dispositiva, lo que debe dar lugar a un hecho imponible adicional al del ISD en forma de permuta y consolidación de dominio.

Primero, lo civil. Luego, lo fiscal.

Panorama



ENTREGA DE LA MEDALLA DE HONOR DEL COLEGIO NOTARIAL
DE ALDALUCÍA A LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA. DISCURSO DEL ILTMO SR.
DECANO D. ALFONSO CASTRO SÁENZ: "DE LA CASA DE LAS
DUDAS A LA CASA DE LAS CERTEZAS"

**ENTREGA DE LA MEDALLA DE HONOR
DEL COLEGIO NOTARIAL DE ANDALUCÍA
A LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA.
DISCURSO DEL ILTMO SR. DECANO
D. ALFONSO CASTRO SÁENZ:
"DE LA CASA DE LAS DUDAS A LA CASA
DE LAS CERTEZAS"**

El día 29 de noviembre de 2018 tuvo lugar, en la Sede sevillana del Colegio Notarial de Andalucía, el acto solemne de imposición de la Medalla de Honor de dicha Institución a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, otorgada con motivo del 500 aniversario de su fundación. El acto fue presidido por el Ilmo. Sr. don Pedro José Garrido Chamorro, Director General de los Registros y del Notariado.

Abrió la sesión el Ilmo. Sr. Decano del Colegio Notarial de Andalucía, don José Luis Lledó González, quien leyó el acta de sesión de la Junta Directiva del día 25 de septiembre de 2018, en la que se acordó por unanimidad la concesión de la Medalla de Honor del Colegio Notarial a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla "con ocasión de celebrarse los 500 años de la constatación documental de la impartición de estudios de Derecho en la ciudad de Sevilla, estudios estrechamente vinculados a la fundación de la Universidad, en el año 1505".

El Sr. Decano puso de manifiesto cómo la Facultad de Derecho ha estado siempre profundamente incardinada en la vida de la sociedad sevillana y andaluza, habiendo contribuido a formar numerosas generaciones de abogados, procuradores, jueces, fiscales, notarios y registradores que han construido y articulado jurídicamente nuestro país. De esta Facultad han salido –dijo– juristas de prestigio internacional, pero también los más importantes políticos de la Transición y algunos de los que forjaron el nacimiento y desarrollo de la Comunidad Autónoma Andaluza. Escritores, desde Mateo Alemán a

Luis Cernuda, han estudiado en sus aulas, y los fondos de su biblioteca, una de las joyas de la Facultad, son referente del saber jurídico en Europa.

Recordó que la concesión de la Medalla de Honor del Colegio Notarial de Andalucía venía a sumarse a los actos de celebración del aniversario de la Facultad de Derecho que se desarrollaron a lo largo del año y quería servir como reconocimiento a la generosa colaboración entre ambas Instituciones, que se prolonga a lo largo de los años, tanto en el aspecto científico, a través de la Academia Sevillana del Notariado, como en la oferta de prácticas a sus graduados en nuestras oficinas notariales. Más recientemente esta colaboración se ha intensificado tras la creación, en el seno de la Facultad de Derecho, de la Cátedra de Derecho Notarial, permitiendo la participación de notarios en la impartición de asignaturas de Grado y Posgrado, así como el patrocinio de actividades de investigación de interés común para la Universidad y el Notariado.

A continuación tuvo lugar el acto solemne de imposición de la Medalla de Honor, que recibió el Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, don Alfonso Castro Sáenz, catedrático de Derecho Romano, quien agradeció la distinción concedida, pronunciando un discurso cuya versión escrita se incluye a continuación.

Cerró el acto el Ilmo. Sr. Director General de los Registros y del Notariado, don Pedro Garrido Chamorro, quien valoró el acierto de la concesión de la Medalla de Honor a la Facultad de Derecho y manifestó su deseo de una fecunda colaboración entre la Universidad y el Notariado.

DE LA CASA DE LAS DUDAS A LA DE LAS CERTEZAS (1)

Ilmo. Sr. Decano del Colegio Notarial

Director General de los Registros y del Notariado

Autoridades presentes

Compañeros de Facultad

Señoras y señores

(1) Texto del discurso pronunciado por Alfonso Castro como Decano de Derecho de la Universidad de Sevilla al recoger la Medalla de Oro concedida a la Facultad en su Quinto Centenario (1518-2018) por el Colegio Notarial de Andalucía de manos de su Decano José Luis Lledó el 29 de noviembre de 2018, bajo la presidencia de Pedro José Garrido Chamorro, Director General de los Registros y del Notariado.

Querría iniciar mi intervención, que será necesariamente breve, manifestando mi honda satisfacción por estar hoy aquí representando a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla como Decano en el año de su Quinto Centenario, y la de la Facultad que represento, en tan alta ocasión, para recibir tan alto honor. No todos los honores son hermosos en lo hondo: este lo es, porque procede de quien sabe y puede apreciarnos porque nos conoce y está en disposición de juzgar nuestros méritos y de deslindarlos (y aun apreciarlos por contraste más) de las limitaciones, sobre todo de las que no dependen de nosotros: limitaciones de nuestro entorno que nos comprimen, pero que no son en substancia nuestras (nadie más autocrítico que el universitario esencial, por lo demás: el que no se ha pervertido, incluso dentro de la Universidad, para ser otra cosa).

Este que se nos confiere no es un honor contra nadie, como tantas veces se utilizan los "honores", que caen así en el deshonor, como por desgracia ocurre en muchos ámbitos, incluido el universitario, por parte de los que confunden los fines naturales de nuestra institución o de cualquier otra con los medios para alcanzar fines propios de promoción personal, o para ajustar cuentas frente a los que no las llevan y son, simplemente, universitarios libres. Hombres y mujeres libres en una sociedad en la que esto no requiere, aunque tantos lo crean, de ninguna heroicidad, ni pagar ningún verdadero precio. Obvio entrar aquí en el listado de los que verdaderamente tuvieron que pagar "precios", de Ajmátova a Machado, de Castillejo a Mann, en el terrible siglo occidental que los de mi generación y las anteriores aún llamamos el nuestro, pero ya no nuestros alumnos(2). Este es un honor puro, por quien lo recibe y por quien lo da: Facultad y Colegio.

Permítanme que centre el corazón de mi intervención en un ámbito jurídico (el notarial; el universitario) en que la cultura se ama al entender el Derecho como una manifestación (y no cualquiera) de alta cultura, con aquel lienzo de Gauguin, primitivo por elaborado, salvaje de puro desprendimiento, sintético por simbólico –por "ideal"–, *¿Qué somos?*, pues podría servirnos de guía(3). De Flau-

(2) No es este el lugar de acercarse a esto con un mínimo de decoro (baste aludir aquí al tratamiento analítico de M. CROUZET [dir.], *La época contemporánea. Historia general de las civilizaciones* [Barcelona, Destino, 1982, trad. J. M. ESPINÁS], pp. 261 y ss., 307 y ss., 689 y ss., como punto de partida) y recordar la frase de alguien que ha dedicado la vida a estudiar entre otros pero no de modo incidental este mundo, H. CARRÈRE D'ENCAUSE (*El País*, 10-XII-2016): "Europa es la respuesta más bella al totalitarismo".

(3) ¿No debería, de hecho, la obra de arte, en la concepción postimpre-

bert a Mallarmé cuaja la idea de la *poésie pure*, presidida por una premisa clara: es preferible una bella línea sin significado antes que una menos bella aunque signifique(4). Los juristas sabemos que esto es mentira. "La irrepeticibilidad del momento –como decía Arnold Hauser–, que no ha existido antes ni volverá a repetirse después, fue la experiencia fundamental del siglo XIX"(5), un siglo –el codificador por antonomasia, y no solo en Derecho– del que –o en el que– aún seguimos viviendo en tantas cosas: en poesía como en Derecho. Para nosotros ese momento es solo el momento signifi-
ficante. Para nosotros, juristas, lo que no significa es irrelevante, por mucho que la irrelevancia, hoy en día, en este Derecho por vez primera atento a la frágil posición de los débiles frente a los fuertes (sexos, edades, razas), tenga su propio valor jurídico, por obra del mismo Derecho.

La vida pasa rápido. En términos geológicos la de las instituciones no más lentamente que la de los individuos en términos históricos: o intrahistóricos, como quería aquel viejo Rector de Salamanca, Unamuno(6), que aún sigue iluminándonos, incluso en la aterradora contraposición universitaria entre la categoría y los ejemplos –o más bien antiejemplos– concretos: Rector e intelectual él puro. Los juristas sabemos fijar de otro modo lo que los poetas perciben al suyo. ¿Cuerpo y alma? ¿Materia y espíritu? No; formas espirituales del ser elevado: distintas: compatibles. Compartibles. Queda aún por hacer, y no es la primera vez que lo definiendo en público, un estudio definitorio sobre cómo la formación jurídica ahormó la mentalidad –exacta, precisa, nítidamente matizada– de un poeta como Luis Cernuda, alumno y licenciado en Derecho por nuestra Facultad(7). Esa, ante el tiempo, lucha contra el olvido –desde el derecho

sionista de Gauguin, tal y como supo esenciarla emblemáticamente antes de morir G. ALBERT AURIER, "ser «idealista», porque su único ideal es la expresión de una idea; «simbolista», porque expresa esa idea mediante formas, y «sintética» porque el objeto nunca es captado como objeto, sino como signo de una idea concebida por el sujeto": *vid.* I.F. WALTHER (ed.), *La pintura del impresionismo 1860-1920* (Köln, Taschen, 2016), p. 310.

(4) *Vid.* al respecto A. HAUSER, *Historia social de la literatura y el arte*, III (Madrid, Ediciones Guadarrama, 1971), p. 237.

(5) A. HAUSER, *op. cit.*, III, p. 268.

(6) Formulada emblemáticamente en su *En torno al casticismo* (1895) puede hallársela reflejada hasta en sus artículos y/o libros paisajísticos: al respecto, baste cfr. aquí F. J. E. BORREGO, "El concepto de intrahistoria como 'praxis' periodística en 'Andanzas y visiones españolas' de Miguel de Unamuno", en *Anuario de Estudios Filológicos*, 26 (2003), pp. 103-116.

(7) Suele desconocerse el hecho, por lo que conviene destacarlo: Cer-

como desde la poesía— está en la esencia misma de la civilización occidental, como recuerda un sevillano errante o trasterrado y por eso mismo (Velázquez, Blanco White, Bécquer, Machado, Cernuda) universal: Emilio Lledó (8). Punto de una línea que quizás va hacia la nada (quizás no: inseguro!) y que llamamos existir. Maravillosa nada, porque es lo único que tenemos.

Entre el ayer y el mañana discurre el día, participios vistos en la historia (la retina) que son siempre gerundios. Procesos. La línea está hecha de puntos, en términos históricos más incluso que en matemáticos: geométricos. Ente invisible, como quería Kandinsky, que hay que visibilizar (9). “¿Qué somos?” planteaba Gauguin. No cabe aquí trazar una historia breve de la Facultad (quizás ante la Academia de Legislación y Jurisprudencia, que también nos ha honrado este año tan importante para nosotros, representada magníficamente aquí hoy: siempre la Academia Sevillana, es de justicia reconocerlo, presente donde debe estar), pero sí destacar su carácter medular en la historia de nuestra Universidad (aunque esta pretenda olvidarlo en alguna de sus instancias con frecuencia, pensando que su reivindicación como un todo pasa por negar o silenciar a sus partes, incluidas, sobre todo, aquellas sin las que no existiría). Si no una historia aquí, sí podríamos recordar, como hicieron los impresionistas y mucho antes que ellos nuestro Velázquez, o siquiera trazar, una impresión, puntos de una línea, como quien pinta *alla prima* y se queda con algunos trazos: los que identifican: los que significan (10).

nuda ingresó en la Universidad de Sevilla en el otoño de 1919 con diecisiete años para realizar el curso preparatorio (se conservan papeletas de notas incluso de quien en él fue su profesor: Pedro Salinas) y se licenció en Derecho en 1925, examinándose con éxito ese año de Derecho mercantil, Procedimientos judiciales y Práctica forense: por todos, *vid.* J. VALENDER, “Cronología”, en *Entre la realidad y el deseo: Luis Cernuda 1902-1963* (Madrid, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales – Residencia de Estudiantes, 2002, ed. J. Valender), pp. 112-114 y J. M. BARRERA LÓPEZ, *Luis Cernuda: una juventud sevillana 1919-1928*, *ibíd.*, pp. 185-188.

(8) E. LLEDÓ, “El despertar de la memoria”, en *Días y libros* (Salamanca, Junta de Castilla y León, [1994] 1995, ed. M. Jalón), p. 145, previamente aparecido en *El País*, 4-I-1990.

(9) Me refiero ante todo a *Punto y línea sobre el plano*, que en 1926 en cierto sentido continuó su *De lo espiritual en el arte*, de 1911, ambos editados recientemente en español por Paidós.

(10) Está aún por hacerse, quizás también, una aproximación definitoria al valor de la impresión en el mundo jurídico, pero apenas es necesario aquí detenerse en los entresijos de la técnica velazqueña, cada vez más suelta de pincelada, perceptible en una observación cercana de sus telas más em-

Recordar, por ejemplo, que nacida en 1505 sin rastro de docencia efectiva en torno al Colegio de Santa María de Jesús hasta 1518 sobre la base de diez becas de Teología y cinco de Derecho en la fundación de Maese Rodrigo Fernández de Santaella (11), pronto se igualaron ambas, pasando de inmediato el eje de la Universidad a girar en torno a los estudios de Leyes, frente a la competencia feroz del Colegio dominico de Santo Tomás, que emitía títulos en Artes o Teología destinados a clérigos, pero no en Derecho (o Medicina) (12); que, a fines del siglo XVII, cuando mueren Murillo y Valdés Leal en la ciudad, solo se impartía en nuestra Universidad docencia en las cátedras de Derecho y Prima de Medicina (13); que, entre 1715 y 1762, la única Facultad que contó con alumnos en verdad en la Universidad de Sevilla fue Derecho (entre 117 y 193, con un lecho de 89), cuando Medicina osciló entre 22 y 58 entre 1701 y 1730, Teología no tuvo alumnos entre 1708 y 1767 o Artes apenas tres durante largos años a partir de 1704 (14); que en 1855 un jurista, Rector, Antonio Martín Villa, salvó a nuestra Universidad de su probable

blemáticas de madurez, o en su influencia en la pintura francesa del siglo XIX, ante todo en y desde Manet, un *tópos* en la crítica del arte moderna: *vid.* sobre lo primero el análisis de M. MENA MARQUÉS, "La restauración de 'Las meninas' de Velázquez", en *Boletín del Museo del Prado*, vol. V, n.º 14 (Madrid, mayo-agosto de 1984), pp. 87-107 o C. GARRIDO, *Velázquez, técnica y evolución* (Madrid, Museo del Prado, 1992), pp. 582-591; sobre lo segundo, M. FRIED, *La modernidad de Manet o la superficie de la pintura en la década de 1860* (Madrid, Antonio Machado Libros, 2014, trad. A. Bozal), pp. 35-40, 43-44, 73, 79 y ss., 282.

(11) Sobre los substratos históricos de la institución *vid.* M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, "Orígenes medievales de la Universidad de Sevilla", en *V Centenario. La Universidad de Sevilla 1505-2005* (Sevilla, Universidad de Sevilla – Fundación El Monte, 2005), pp. 1-17; sobre el papel de los Reyes Católicos y el papa Julio II en el proceso fundacional, J. SÁNCHEZ HERRERO, *Julio II y la fundación de la Universidad de Sevilla*, *ibíd.*, pp. 19-39; sobre la figura esencial de Santaella, J. GIL, *Maese Rodrigo Fernández de Santaella. Vida y obra*, *ibíd.*, pp. 41-59; sobre colegio y capilla fundacionales, M. J. SANZ, *El Colegio y la Capilla de Santa María de Jesús*, *ibíd.*, pp. 61-79; sobre los primeros pasos de la recién fundada Universidad, J. A. OLLERO PINA, *La Universidad de Sevilla en los siglos XVI y XVII*, *ibíd.*, pp. 135-150; sobre el humus cultural sobre el que se concibió y edificó la primitiva Universidad, añádase J. SÁNCHEZ HERRERO, *De las primeras letras a la Universidad en la Sevilla de fines del siglo XV* (Sevilla, Universidad de Sevilla, 2010).

(12) Al respecto, *vid.* A. OLLERO PINA, *op. cit.*, p. 149.

(13) Al respecto, *vid.* A. OLLERO PINA, *op. cit.*, pp. 173, 182.

(14) Al respecto, *vid.* F. NÚÑEZ ROLDÁN, "La Universidad de Sevilla en el siglo XVIII", en *V Centenario. La Universidad de Sevilla 1505-2005*, *cit.*, p. 209.

disolución (como ocurrió en cambio a tantas otras) al postularse en vísperas de la Ley Moyano que en Andalucía solo cabría una Universidad presupuestariamente, con diez en todo el territorio nacional(15), coexistiendo con la Hispalense la de Granada, mucho más cerca de la Mancha y el Levante; o que, entre 1891 y 1930, la época en que estudiaron en ella Juan Ramón Jiménez o Luis Cernuda, el éxito de alumnos de la Facultad (382 y 1801, respectivamente)(16) sostuvo y permitió el ascenso de la Universidad a lo largo del siglo XX y la aparición progresiva de tantos otros estudios(17). Siempre Derecho, no se olvide, *primus inter pares*, por encima de la cáscara administrativa que aprieta, pero no ahoga, no solo en la Universidad de Sevilla, sino entre las Facultades de Derecho de España, gracias sobre todo a una deslumbrante sucesión de grandes maestros, entre los que querría mencionar, por centrarme solo en los ya idos, a modo de modélico ejemplo, a Manuel Olivencia, fallecido el primer día de este año en que su Facultad de toda la vida celebra su Quinto Centenario, Juan Antonio Carrillo Salcedo o mi maestro José Luis Murga.

Pero, por seguir con la imagen de Gauguin, esta distinción nos honra también por ser quienes son quienes nos honran. Desde los orígenes modestos en que el término *notarius* designaba en la Antigüedad romana (tan moderna, por lo demás, en tantas otras cosas) al simple estenógrafo o copista, floreciente ya en edad republicana(18), pasando por el encumbramiento de los *tabelliones* como

(15) Al respecto, *vid.* R. NAVARRO HINOJOSA, *La Universidad de Sevilla durante la Década absolutista y la consolidación del Estado liberal (1823-1868)*, *ibíd.*, p. 276.

(16) Al respecto, *vid.* R. SÁNCHEZ MANTERO, *La Universidad de Sevilla durante la Restauración (1874-1931)*, *ibíd.*, p. 338, y A. CARRILLO-LINARES – R. SÁNCHEZ MANTERO, *La República y la Guerra Civil*, *ibíd.*, p. 355, respectivamente.

(17) Entre las más importantes, en 1959 se crea la Escuela Superior de Arquitectura; en 1964 la Escuela de Ingenieros Industriales y en 1971 la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, cuyo primer Decano será el hasta entonces de Derecho, Manuel Olivencia, a quien seguirá su discípulo Guillermo Jiménez Sánchez. Sobre este proceso expansivo, *vid.* A. CARRILLO-LINARES, *Crecimiento y masificación de la Universidad (1940-2004)*, *ibíd.*, pp. 371-399. Una cronología puede hallarse en J. AGUILAR PIÑAL, *Historia de la Universidad de Sevilla* (Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1991), pp. 203-212.

(18) El término latino aparece no obstante por vez primera usado por Séneca, *Apoc.*, 9, 2 y enseguida por Marcial, *Epigr.*, V, 51, 2; XIV, 208; Quintiliano, *Inst. orat.*, VII, 2, 24; Plinio, *Epist.*, III, 5, 15; IX, 20, 2; IX, 36, 2.

clase de profesionales que prestan fe(19) (uno de ellos, Macrino, nombrado emperador en 217, a la muerte abrupta de Antonino Caracalla(20)), elevados emblemáticamente por la constitución del emperador León en 472(21), cuatro años antes de la caída de Roma en poder de Odoacro, y su percepción oficial del notario como escritor de documentos(22), hasta el momento histórico de su papel esencial en el tráfico jurídico(23) como científicos de la praxis jurídica *desde ella misma*, el Notariado ha representado como pocos ese espacio donde el Derecho, abierto a la realidad, no se cierra por ello a las inmensidades espirituales de nuestra ciencia. Los universitarios nos sentimos, por ello, naturalmente cómodos entre vosotros. La figura del notario Dioscoro, contemporáneo greco-egipcio de Justiniano, el hacedor del Digesto en 533, me viene siempre a la cabeza, poeta y no solo jurista(24), como ejemplo de este encumbrarse sobre la realidad desde la substancia y no desde el accidente, como desgraciadamente ocurre en otros ámbitos jurídicos (y pseudo-jurídicos): como metáfora de este mundo poroso abierto a la realidad pragmática pero también a la alta cultura y al ascenso intelectual y social que supone y permite el conocimiento jurídico verdadero.

(19) El término aparece por vez primera en un texto puramente jurídico, dedicado ante todo a *tabelliones* y abogados: Ulp. 10 *de off. proc.*, D. 48, 19, 9, 4-7.

(20) *Macr.*, 4, 6.

(21) C. 8, 17 (18), 11.

(22) Remito sobre todo esto, con fuentes, al tratamiento emblemático de M. AMELOTI, "L'età romana", en M. AMELOTI – G. COSTAMAGNA, *Alle origini del Notariato Italiano* (Roma, Consiglio Nazionale del Notariato, 1975), pp. 5-16, 19-23, 72-73, 75, 77-78, sobre el que me apoyo para lo anterior.

(23) Un momento cumbre del notariado de tradición latina cabe hallarlo en la hora de la expansión ibérica ultramarina: *vid.* un ángulo de notable interés en V. PIERGIOVANNI (coord.), *Tra Siviglia e Genova: notaio, documento e commercio nell'età colombiana. Atti di un convegno – Genova, marzo 1992* (Milano, Giuffrè, 1994). Pero sus vibraciones fueron también puramente europeas. Baste un ejemplo, no irrelevante, de la expansión del modelo latino de notariado en el Norte de Europa, sacudida por la influencia francesa en la hora napoleónica, en la propia evolución del denso mundo neerlandés y flamenco, con el surgimiento nacional de Holanda y la más tardía configuración política de Bélgica: *vid.* P. L. NÈVE – A. EL. GEHLEN – F. STEVENS – B. DUINKERKEN, *Il Notariato tra Belgio e Paesi Bassi. Dalle origini ai nostri giorni* (Milano, Giuffrè, 1996), *passim*, pero sobre todo pp. 183 y ss., 220 y ss.

(24) Sobre él, *vid.* AMELOTI, *La età romana*, cit., pp. 51, 54, 58, 86, 88, 136-137 y tav. VIII; sobre su propensión a la poesía, M. NORSI, *La scrittura letteraria greca del secolo IV a.C. all'VIII d.C.* (Firenze, R. Scuola Normale Superiore di Pisa – Tipografia Enrico Arani, 1939), p. 35, sobre el que parcialmente se apoyo AMELOTI, *loc. cit.*, pp. 136-137.

Participios que son siempre gerundios, decía antes. En esa línea hecha de puntos encuentra su lugar el Derecho y ese atisbo de certeza y fiabilidad de los que tanto sabe esta casa que hoy nos acoge y que hoy nos honra. Gracias a esta Casa de las Certezas por este honor concedido a la Casa de las Dudas que es y debe ser siempre la Universidad y por antonomasia la Facultad de Derecho. De la certeza notarial que requiere el tráfico jurídico a las dudas sobre las que se construye la ciencia se edifica esta Casa de la Memoria, que es o debe ser siempre el Derecho.

Alfonso Castro Sáenz

Recensión



LOS AÑOS DE LA CRISIS DE LA VIVIENDA. DE LAS HIPOTECAS
SUBPRIME A LA VIVIENDA COLABORATIVA. S. Nasarre Aznar,
Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
Esther Muñiz Espada

**LOS AÑOS DE LA CRISIS
DE LA VIVIENDA. DE LAS HIPOTECAS
SUBPRIME A LA VIVIENDA
COLABORATIVA**

Nasarre Aznar, S., Tirant lo Blanch, Valencia,
2020, 656 páginas.

Esther Muñiz Espada

Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Valladolid.

Se nos presenta en este gran trabajo un profundo análisis de lo que ha sido el mercado inmobiliario en los últimos catorce años para comprender las complejas implicaciones que rodean todo lo que concierne a la política de la vivienda, que después del sector primario habría que decir que es el ámbito más relevante para los derechos de la persona. Su importancia no se ha visto, sin embargo, compensada con el adecuado tratamiento que merecería. Una revisión de los planes de vivienda y del sucesivo parcheo que se ha hecho de la normativa del mercado inmobiliario dicen lo suficiente como para comprender tanto desacierto. El fenómeno actual “okupa” (o el sinhogarismo) es una de las evidencias, entre otras, del fracaso de las políticas de vivienda, y seguimos con operaciones de préstamo hipotecario que justifican la necesidad de una revisión de nuestra hipoteca para hacerla más flexible, así lo ha hecho Francia en su última reforma; y aquellos argumentos que se dieron sobre la necesidad de la armonización de la hipoteca en Europa –eurohipoteca–, compatible con los modelos propios de cada ordenamiento, siguen siendo igual de actuales, pues demostrado quedó su aportación al dinamismo de la economía europea, y lo que supondría de relieve para la función notarial y registral.

Como ya he tenido la oportunidad de advertir, y esta obra me lo permite recordar, algunos problemas son generales a todos los países, y la raíz del problema en buena medida viene determinada por la complejidad de la coordinación de todos los factores que con-

fluyen en la realidad de la vivienda, un mercado que forma parte de un contexto más amplio, que se resumen en la expresión “cohesión territorial”, cuya implementación exige el sacrificio, como mínimo, del 4 % del PIB de cada uno de los Estados miembros, pues esta política de cohesión territorial tendría que abordarse desde Europa. Dentro de ella, la vivienda y la promoción para su acceso es solo una pequeña parte de una realidad mucho más extensa, excesivamente compleja. En efecto, un gran problema es la prodigiosa descoordinación de la actuación de los poderes públicos en las políticas de vivienda; como es bien sabido, los fracasos serán constantes si no hay una política integral o una coherencia y adecuada coordinación de todas las actuaciones que convergen sobre ella; así, el sistema financiero, cuya solidez está todavía por llegar; los aspectos fiscales y tributarios, con su exceso o sobreimposición a la vivienda –con acierto refiere el autor una especie de expropiación de la propiedad encubierta–; la necesaria recuperación del mercado hipotecario; la búsqueda del reequilibrio entre los distintos usos del espacio –urbano-rural–; y una innovación o posible desarrollo de los distintos títulos jurídicos que permiten el acceso a la vivienda, incluso la delimitación del mismo concepto de la función social de la propiedad, y, en todo caso, queda pendiente en nuestro ordenamiento una verdadera protección de la vivienda familiar habitual, sus ineficiencias siguen presentes tanto en el ámbito concursal como civil. Toda esta confluencia lo convierte en un esfuerzo titánico, que requiere de grandes especialistas en aquellas instituciones responsables de su gestión. Por ello insisto en la importancia de la debida integración entre todas las instancias y normativas que inciden sobre el mercado inmobiliario, que empiece por una eliminación de una legislación enormemente fragmentada; simplificación y coordinación son las claves en este terreno, pues por muy bien que se hicieran las cosas en uno de sus ámbitos resultaría debilitada si no hubiera una correlación con el resto de políticas. Teniendo en cuenta que la política es la racionalización del derecho, política y derecho no son cosas distintas, por ello a veces hay que confundir lo que la mayoría erróneamente distingue. Y como defiende el autor, es el derecho el que ha de liderar esta ordenación y la debida seguridad, una ordenación que cada vez resulta más interconectada con otros problemas y con otras políticas que hasta hace poco le resultaban más ajenas.

La exposición que se hace en esta obra es un viaje en el tiempo y en el espacio a través de la sucesión de acontecimientos que han ido marcando las condiciones y la normativa de la vivienda a lo largo de los últimos quince años. Frente a las declaraciones de conformismo

de buena parte de la doctrina, y también entre los economistas, de que la hipoteca o este mercado "habían funcionado razonablemente bien", un mercado hipotecario que se reputaba sólido no solo en aquel presente, sino también para el futuro, y con una regulación de la hipoteca que se consideraba por el sector, y como se exponía en muchos congresos, técnicamente perfecta, tanto el autor, como los miembros de investigación de su equipo, en sus numerosas publicaciones, se han esforzado por poner de relieve los vacíos, insuficiencias legislativas o desaciertos que hacían ineficiente el sistema, junto a sus respectivas propuestas *de lege ferenda*. El autor, perfecto conocedor de la problemática de la vivienda en Europa y EEUU, destaca en esta obra las causas jurídicas y económicas que han llevado a la actual crisis mundial desde 2007, sus consecuencias, y el modo en que la deficiente base legal la ha propiciado, contribuyendo, en correlación, con valiosas soluciones.

Como ya me explicara el autor hace años en el aeropuerto de Madrid con destino a un *workshop* en Berlín, es difícil comprender bien el mercado hipotecario o la hipoteca sin conocer a fondo la estructura de la titulización; por eso una de las aportaciones más valiosas que tiene esta obra es ofrecer una amplia explicación del problema en su conjunto, tanto desde el mercado primario como secundario de hipoteca, pues, precisamente, desde la titulización fue desde donde se causó la generalización y la globalización de la crisis. Si bien, a los problemas de refinanciación hay que añadir las malas prácticas bancarias, el modo de participación entre los agentes intervinientes, errores por parte de las agencias de calificación sin ningún tipo de responsabilidad o la escasa atención a las formas de tenencia de la vivienda, entre otras cuestiones.

Así, en su análisis, parte, en el capítulo I, de los fundamentos de la crisis: el mercado hipotecario y la vivienda; el capítulo II explica la problemática de la hipoteca norteamericana; el capítulo III trata de la titulización hipotecaria norteamericana como inicio de la globalización de la crisis; el capítulo IV aborda las consecuencias y reacciones a la crisis en España, y el capítulo V trata el nuevo marco civil de la vivienda.

El capítulo I, sobre los fundamentos de la crisis, el mercado hipotecario y la vivienda, comienza con el análisis de las operaciones financieras organizadas con hipoteca inmobiliaria, así la originación de hipotecas y su refinanciación, de las operaciones activas, la concesión de créditos y préstamos hipotecarios y las operaciones pasivas, de cómo las entidades de crédito pueden refinanciar los préstamos y créditos hipotecarios. Para ello, hace una revisión exhaustiva

de toda la normativa, centrándose especialmente en la crítica de la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, que sigue sin resolver cuestiones claves, lo que afecta gravemente no solo a los inversores, sino también a la protección de los consumidores. Así mismo, para que el lector pueda comprender en toda su extensión la cuestión, se centra en la distinción entre los diversos tipos de títulos del mercado secundario de hipotecas, destacando la importante interrelación entre la concesión de hipotecas –prestatario, y su refinanciación, inversor–, pues lo que afecta a uno de los lados de la ecuación repercute necesariamente en el otro, tensión que recae sobre la vivienda. Desde este análisis explica cómo se desarrolló esta compleja estructura en Estados Unidos para mostrar el inicio y las consecuencias de la crisis, deteniéndose en cada uno de los factores que formaron parte del proceso de su generalización y globalización.

En cuanto a la crisis internacional se inició por una preponderancia del aspecto financiero de la vivienda en propiedad, pues la financiación de la vivienda en propiedad está en el origen de la crisis y es, precisamente, la vivienda en propiedad la que ha sufrido sobre todo sus consecuencias, se hace un análisis de las cualidades y características de la vivienda en propiedad, y de esta en oposición con el alquiler, una exhaustiva comparativa a efectos jurídicos, económicos y sociológicos, ventajas e inconvenientes, externalidades positivas y negativas del dominio y el alquiler, reflejando la importancia de la variedad de tenencias, pues diversas son las necesidades y la situación patrimonial de cada uno. Y habría que advertir que el éxito de las nuevas formas que se pudieran ofrecer, más allá de la clásica formulación propiedad-arrendamiento, no está en su uso mayoritario, sino en que esa variedad pueda resolver los problemas de las distintas coyunturas dignas de protección jurídica por el ordenamiento y ello permita adaptarse a las particulares circunstancias de cada cual.

Esa vinculación del inicio de la crisis con la generalización de la vivienda en propiedad lleva a plantear sus peculiaridades en cada uno de los países donde se presentó con especial relieve, como Estados Unidos, Reino Unido, Islandia, Irlanda o España, desmontando algunos de los mitos de la vivienda en propiedad en España y haciendo una valiosa comparativa con aportación de excelentes estadísticas y datos económicos; se destacan, pues, las especialidades de cada uno de los ordenamientos en este ámbito, ordenamientos con un denominador común, que sus políticas de promoción del dominio tendrían que haber venido también acompañadas de

mecanismos de protección del deudor. Todos estos datos tienen una gran trascendencia, pues es importante orientar sobre cómo ha de incentivarse con dinero público las diversas formas de tenencia.

A lo largo del capítulo II, "La problemática de la hipoteca norteamericana", se analizan las importantes deficiencias del marco legal de las operaciones activas hipotecarias en Estados Unidos, en todo lo que se refiere, pues, a la originación, cesión y ejecución de sus hipotecas o, mejor, de sus *mortgages*, para que el lector pueda comprender cómo ese deficiente marco legal favoreció la crisis del 2007. Resalta cómo la falta de solidez del sistema hipotecario norteamericano va desde la esencia misma de su hipoteca hasta su forma de comercialización a los consumidores, pasando por su deficiente cesión, registro y ejecución. En definitiva, un sistema muy poco garantista, complejo y caro, que a medida que va desarrollando el autor de forma prolija y exhaustiva cada una de sus especialidades va ofreciendo una comparación, para su mejor entendimiento, con las circunstancias propias de la situación en Europa.

La primera cuestión es qué se entiende por "hipoteca norteamericana", que no es lo mismo que lo que se pueda entender en otros ordenamientos por hipoteca o gravamen, por ello en la obra se hace una profunda diferenciación entre esta figura con las de otros países europeos, y entre los países europeos entre sí, e incluso diferencias entre el Estado en el que se cree de los EEUU. Las diferencias analizadas lo son desde su naturaleza jurídica, su constitución y registro hasta su ejecución. La cuestión es trascendente, pues afecta a la solidez de los activos que en último lugar respaldan los valores hipotecarios titulizados. Se analizan, así, las características particulares de las *mortgages* norteamericanas, tanto en su origen, constitución, como transmisión; explica las cualidades de la *note* –obligación garantizada por la hipoteca– y la *mortgage oblation*.

Entre los problemas de la originación de la hipoteca norteamericana están la ausencia de control y atomización; para empezar, la protección de los consumidores es distinta en el mercado *prime* que en el *subprime*, una diferencia que está relacionada con la falta de supervisión pública en relación al *reckless lending*; otros aspectos tratados son la comercialización de productos financieros arriesgados y quién los comercializa y cómo; así mismo, la participación de numerosos intermediarios, que sirve especialmente para aumentar el precio de los inmuebles, lo convierten en una práctica difícil de regular y controlar, y da cuenta ya de la inseguridad intrínseca del sistema. A su vez, las particularidades propias del sistema norteamericano sobre el *historial crediticio de los consumidores*, para

valorar la concesión de una hipoteca, favorece de por sí, perjudicialmente, los niveles de endeudamiento, por otro lado, con un escaso control de quién maneja estos datos, propiciando, de modo contradictorio y perverso, el paso a la incorporación al mercado *subprime* precisamente para aquellos que hayan sido más cautos para evitar el endeudamiento. Las particularidades del Registro de la Propiedad es otro escollo en el camino, pues sus deficiencias o la falta de seguridad preventiva, explicadas con exhaustividad por el autor, han desembocado en el generalización de los seguros y en la creación del *Mortgage Electronic Registration System* –MERS–, una especie de registro privado, cuyas características y problemática son expuestas detalladamente, y, en definitiva, cuyas secuelas clarifican suficientemente la limitación de la supervisión pública en las operaciones hipotecarias con los resultados consabidos; se dedica, así, de manera extensa, a delimitar de qué manera este registro privado –MERS– ha contribuido decisivamente a la crisis del mercado hipotecario estadounidense; se fija, igualmente, en el ineficiente mecanismo de cesión de hipotecas, poniendo de relieve el escándalo *robo-signing*. En definitiva, opacidad en las transacciones a efectos de titulización, evasión de tributos, conflictos de intereses o entidades como Fannie Mae y Freddie Mac, entes *too big to fail*, en el que cada eslabón y participante va aportando su dosis de distorsión. Así mismo, se ponen de relieve las consecuencias de la no pertenencia de EEUU –excepto Luisiana– al sistema del notariado latino y las funciones que mínimamente alcanza el llamado *notary public*.

Los problemas en orden a la ejecución de la hipoteca norteamericana son también tratados ampliamente, analizando cada uno de los aspectos que contribuyen a la ineficacia del sistema de ejecución hipotecario norteamericano, que comienza, al igual que sucede con la constitución, con la gran disparidad de normativa entre Estados que dificulta un adecuado funcionamiento de su sistema hipotecario, junto a los correlativos costes que ello implica, ya simplemente de información. La explicación sobre su funcionamiento se completa con aquellos mecanismos que representan, en correspondencia a las dificultades de ejecución, una alternativa a la ejecución judicial, como la *deed in lieu*, *short sale* o *friendly foreclosure*. Las deficiencias de la subasta también son destacadas, junto al fenómeno del *equity skimming*. El mecanismo *strategic defaulter* se explica desde la diferencia entre los distintos Estados en relación con aquellos donde la ejecución obligatoria está limitada a la finca.

Todo ello hace comprender, como destaca el autor, que desde la titulización se ha creado un sistema hipotecario distorsionado, a ello

se añade "su desentendimiento de las mínimas reglas de financiamiento en la transacción y financiación inmobiliarias y permitieron obviar a los *gatekeepers* y a los supervisores públicos. Debe tenerse en cuenta que sin un sistema optimizado de cesión de hipotecas que prescindiera de los rigores legales tradicionales en derecho civil o, incluso, en *common law*, hubiese sido imposible un desarrollo tan enorme de la titulización y, desde luego, no se hubiesen empaquetado con tanta facilidad ni falta de control miles de hipotecas *subprime* que luego resultaron impagadas y que fueron difíciles, si no imposibles, de ejecutar. Tampoco se hubiesen concedido tantas hipotecas *subprime* si hubiese sido más complejo y garantista cederlas inmediatamente; de ser así, el originador no hubiese podido conseguir deshacerse de los riesgos de dichas hipotecas desde el primer minuto de su concesión".

Precisamente, a la problemática de la titulización hipotecaria norteamericana, como hecho de expansión de la globalización de la crisis, se dedica el siguiente capítulo, cuyas cien páginas exponen con rigor el mecanismo de la técnica de titulización, su naturaleza, los tipos de titulización hipotecaria, su funcionamiento económico, sus problemas jurídicos estructurales y ventajas y riesgos de la titulización. La creación de un mercado secundario de hipotecas en Estados Unidos, que técnicamente no es idéntico a operaciones pasivas del mercado hipotecario –emisión de valores hipotecarios–, explica la cesión masiva de hipotecas en un mercado organizado desde quien las crea, el originador, hacia el que las adquiere, entidades titulizadoras como las GSEs –*Government Sponsored Enterprises*– o entidades privadas, para entender el modo y la especialidad americana en la refinanciación hipotecaria. De esta manera, el preludio de la crisis de 2007 se señala sobre la problemática de las *Government Sponsored Enterprises* –GSEs–, cuyo objetivo es la dinamización del crédito territorial y la aportación de liquidez al mercado primario de hipotecas mediante la refinanciación hipotecaria a través de la emisión de MBS –*Mortgage-backed securities*– (la refinanciación hipotecaria especial en EEUU se venía realizando prácticamente mediante MBS), su papel en la originación y globalización de la crisis ha sido esencial, el sistema distorsionador del mercado de las GSEs ha desembocado particularmente en la crisis de 2007, cuyos efectos aún perduran. Para su mayor clarificación se explica la estructura de los mercados *agency* y *non agency*, y la situación actual en la que se encuentran las GSEs en EEUU y el intento de impulsar una GSE europea con el respaldo de la UE. A ello hay que sumar la contribución especial en la provocación o profundización de la crisis del com-

portamiento de las agencias de calificación crediticia, cuya misión, como bien se sabe, es el análisis de la fortaleza de las emisiones de valores, hasta el punto de que “si debemos hallar un máximo responsable de la crisis financiera y de la vivienda mundiales, son ellas”, y puesto que en la vida todo es una paradoja, como señalara CHESTERTON, aquí también nos encontramos con que a pesar de todo ello, y de la forma en que contribuyeron a transmitir el riesgo, no se han hecho, por unas razones u otras, responsables civiles de sus *ratings* defectuosos o de sus errores, –razones convenientemente explicadas por el autor–. Así, se destaca que “las agencias de *rating* han sido, pues, el carburante que ha posibilitado que la crisis se desencadenase y globalizase. Todo ello, unido a la inseguridad jurídica... que implica dejar un sector clave, como es la vivienda y su financiación, en manos exclusivamente privadas”.

La reacción a la crisis fue la Ley Dodd-Frank de 2010, flexibilizada y modificada posteriormente, que pretendió una serie de cambios estructurales para evitar abusos hipotecarios y el completo ataque al sistema, en parte con una filosofía similar a como lo hiciera en Europa la Directiva 2014/17/UE, por cierto, una Directiva no exenta de críticas.

El capítulo IV enlaza toda esta evolución con las reacciones a la crisis en España, que, para valorar su real incidencia, hace un análisis exhaustivo de la sucesión legislativa desde el año 2011 hasta el momento, resaltando sus repercusiones sobre el mercado hipotecario y el acceso a la vivienda; no solo habría que decir que llegaron cinco años tarde, o se tardó cinco años en reaccionar, sino que a día de hoy algunos problemas siguen sin resolverse, y también se han creado otros, algunas reformas reflejan poco calado y las deficiencias técnicas siguen siendo muy evidentes; en este sentido, se expone la incidencia de las malas prácticas bancarias, la repercusión de los desahucios en relación con otros países de la UE y las causas que, en realidad, los produjeron, cuyas cifras hacen difícil poder afirmar que España, en términos de desahucio, ha sido más afectada por la crisis que el resto de los países de nuestro entorno, desmotando, así, algunos mitos sobre nuestro país, sin que se le escape el análisis de la vivienda social. Así mismo, aporta el autor mecanismos de prevención que reducen el riesgo de desahucios o de personas sin hogar, y se hace una valoración de la relación entre crisis de 2007 y desahucio; también se analiza el impacto de las sentencias judiciales que han excedido la normativa civilística –la “robinprudencia”–, y las tensiones entre el TS y los tribunales inferiores, que se expone exhaustivamente a lo largo de diversos periodos; de igual modo, se

nos ofrece el alcance de la normativa de las comunidades autónomas, donde buena parte de ellas no han aportado, desde luego, una mejora del acceso a la vivienda, sino que a lo que han contribuido es a erosionar más la propiedad en contra del principio constitucional; y se trata, igualmente, el impacto de las reformas sobre los consumidores hipotecarios y los arrendatarios. En definitiva, con ello contextualiza la crisis española en el ámbito europeo, tanto en cifras como en medidas, para redimensionar las actuaciones adoptadas, lo que le permite aproximarse a un concepto de vivienda asumible para nuestro ordenamiento al objeto de determinar luego cómo podría reformarse la propiedad y el arrendamiento urbano de vivienda para hacerlo más atractivo, y valorar cómo la nueva normativa nacida de la crisis, la colaborativa, está afectando y podría beneficiar al acceso a la vivienda.

Y, así, llegamos al capítulo final, el capítulo V, sobre "El nuevo marco civil para un bien inmueble especial". Los capítulos anteriores evidencian que ni el derecho civil, ni el hipotecario, ni procesalmente, sirvieron para resolver algunos de los problemas más graves planteados por la crisis en relación con la vivienda. Por ello, comienza con los argumentos que desde la normativa iusprivatista ignoran la especialidad de la vivienda y las consecuencias que ello implica. En todo caso, lo que las reformas han dejado, cuyo análisis se ha realizado en el capítulo anterior incluyendo un excelente análisis del arrendamiento con propuestas *de lege ferenda*, es la falta de alternativa para el acceso a la vivienda, la disyuntiva propiedad-alquiler sigue siendo la misma. Tomando en cuenta la definición y los requisitos que constituyen el concepto de vivienda asequible, contemplando además datos de carácter comparado y documentos internacionales, así como abordando la cuestión relativa a la consideración o no como derecho fundamental, propone cuáles deberían ser los principales cambios para modificar las estructuras de la propiedad, la hipoteca y los arrendamientos, buscando alternativas como respuesta capaz de contribuir a hacer política de vivienda.

Así, considera, a imagen de la Ley catalana 19/2015, formas de tenencia alternativas a la vivienda y al alquiler, como las tenencias intermedias: propiedad temporal-propiedad compartida, que son analizadas ampliamente y pueden aportar estabilidad y asequibilidad. Propone también una reformulación de los arrendamientos urbanos siguiendo estándares europeos funcionales; y explora los aspectos más positivos de la vivienda colaborativa; en todo caso, medidas y modelos más funcionales para las necesidades de cada tipo de familia, más estables y que prevengan el endeudamiento. Es

decir, se trata de diversificar las formas de tenencia de la vivienda y crear, como indica, un *continuum* de ellas, lo que pasa por una adaptación estructural de las instituciones de derecho civil afectadas, como se ha recomendado desde diversas instancias internacionales, como en la Nueva Agenda Urbana Habitat III de las Naciones Unidas, 2016. Respecto de ellas, es lo cierto que las clásicas figuras del usufructo, uso y habitación, derecho de superficie..., que podrían aportar alguna solución, no han logrado vertebrar un nuevo mercado de la vivienda o superar la dicotomía propiedad-alquiler, como tampoco se ha resuelto el problema a través del arrendamiento con opción de compra, que arrastra importantes desventajas.

Así, se sugiere que el cambio debería abordarse desde una triple perspectiva: haciendo la propiedad más asequible y más sostenible, evitando el sobreendeudamiento; una reforma de los arrendamientos en profundidad que los haga más estables y previsibles, impulsando su generalización, convirtiéndolos en una verdadera alternativa atractiva al dominio, y a través de las diversas formas de vivienda colaborativa, diseñando aquellas que puedan suponer tenencias tan estables como la propiedad, sin las connotaciones negativas de algunas de las cualidades de la economía colaborativa, pues no todo vale para la vivienda dentro del fenómeno de la *sharing economy*, de modo que concurren requisitos como la universalidad y democratización para un mejor acceso a la vivienda sin sobreendeudamiento.

En relación con la vivienda colaborativa habría que superar la carencia de un marco normativo legal y específico, aunque ni siquiera se comparta una definición de lo que se entienda por economía colaborativa, pero como ya señalara a este respecto CLAVERÍA GOSALBEZ, en *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*, "la expresión citada parece dar a entender que nos hallamos ante un fenómeno unitario, con rasgos comunes definitorios, que, aun permitiendo diferencias de unos casos a otros, aconsejan un régimen jurídico único. Pues bien, ese régimen ni existe ni debe existir, pues dentro de esa denominación se esconden o se comprenden figuras muy distintas y distinguibles". "Debemos rechazar la pretendida existencia de una figura unitaria llamada Economía colaborativa o Consumo colaborativo: hemos visto que los contratos que suelen encasillarse en dicha supuesta categoría son muy diversos entre sí, pues sus funciones económico-sociales, sus causas..., difieren patentemente, lo que aconseja que cada modelo comercial reciba una regulación específica que tenga presentes los intereses en conflicto, diversos en cada caso, así como las diferentes posiciones de poder

real de los partícipes en la relación jurídica –bilateral, trilateral, A con B y con C, B con C, etc.– de que se trate”, de modo que el régimen legal o pactado de cada contrato concreto que se celebre será acorde con la función económico-social efectivamente querida por los contratantes y que pueda ser protegida por el ordenamiento.

En todo caso, para demostrar lo que podrían aportar estas tenencias al mercado de la vivienda, el autor expone extensamente aquellos que pueden encuadrarse en el concepto de vivienda asequible, en cuanto existen diversas maneras de que la economía colaborativa influya en la vivienda, y, en consecuencia, aborda el modo de promover estos nuevos esquemas legales.

En definitiva, son muchos los retos que aún quedan por abordar, que son suficientemente explicitados en este volumen, mostrándonos el autor el camino para ello, a lo que habría que sumar un reto aún más complejo: el de su inserción en el equilibrio de la cohesión territorial.

Por todo ello, podría concluirse que se nos presenta una extensa obra, valiosa por sus argumentos, por sus propuestas y por la nueva visión con la que presenta su problemática, hecha por un experto en la materia, excelente conocedor no solo de la situación práctica y teórica de la vivienda en España, sino también en Europa, y como nos ha dejado reflejado, también de Estados Unidos, de modo que resulta de lectura ineludible para los agentes del sector y para cualquiera que quiera comprender los grandes problemas reales del momento.

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE TRABAJOS DE LA RJN

- Los trabajos remitidos a REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO (en adelante, RJN) para su publicación habrán de ser **originales e inéditos**.

- **Envío:** los trabajos serán enviados a revistajuridica@notariado.org, debiéndose indicar, junto al nombre completo del autor, NIF y domicilio fiscal del mismo.

Los trabajos han de cumplir con los **siguientes criterios**:

- a) **Extensión** de los trabajos: Se premiará ante todo la calidad y el interés del texto, pero con carácter orientativo se indica que como máximo los estudios doctrinales tendrán una extensión de unas 40 páginas, y los artículos de práctica jurídica de 15 páginas.

- b) **Formato del archivo:** Word.

- c) **Fuente y párrafo:**

- Tipo de letra: Times New Roman.
- Estilo: sin negritas ni subrayados.
- Tamaño de letra: 12 (texto principal) y 10 (notas).
- Interlineado: sencillo.

- d) **Estructura.** Todos los trabajos enviados para su publicación habrán de contener, al inicio de los mismos, los siguientes datos en el orden que a continuación se relaciona:

- i. **Título** del trabajo (en español y en inglés).
- ii. **Autoría:** nombre y apellidos del autor/es y grado académico o situación profesional.
- iii. **Resumen** del artículo (entre seis y ocho líneas).
- iv. Resumen del artículo en inglés (abstract).
- v. **Palabras** clave (de 5 a 10 palabras).
- vi. Palabras clave en inglés (key words).
- vii. **Sumario**, según la siguiente numeración y fuente:
 - I. (en mayúscula y negrita)
 - 1. (en minúscula y negrita)

1.1 (en minúscula y negrita)

1.1.1 (en minúscula y negrita)

El último apartado será la **BIBLIOGRAFÍA**, que deberá contener las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente por el primer apellido del autor y según la forma establecida en el apartado siguiente.

- e) Las **notas** se situarán a pie de página, debiendo atenderse, en las **referencias bibliográficas**, los siguientes criterios:

Libro:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), *título de la obra (en cursiva)*, edición, lugar de publicación, editorial, año.

Capítulo de Libro:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), "título del capítulo" (entre comillas), en: apellidos e inicial del nombre (ed./dir./coord.), *título del libro (en cursiva)*, edición, lugar de publicación, editorial, año, pp. inicial y final.

Artículo:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), "título del artículo" (entre comillas), en: *título de la revista (en cursiva)*, número de la revista, año, pp. inicial y final.

Documento electrónico:

A lo indicado en los puntos anteriores (según sea libro, capítulo de libro o revista), deberá indicarse: [consultado el (fecha de la consulta)], dispone en (dirección URL).

La referencia de la obra ha de ser completa la primera vez y abreviada en las siguientes. Igualmente será completa en la bibliografía final.

El Consejo Editorial de la RJN rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación indicadas.

- **Selección y valoración:** Los trabajos recibidos son sometidos a un proceso de evaluación y selección anónimo y llevado a cabo por dos especialistas en la materia, externos al Consejo Editorial y de Redacción, quienes elaborarán un informe, redactado en el idioma en que lo esté el original, sobre su contenido.

El informe de los evaluadores será motivado y recomendará la aceptación, la revisión o el rechazo del trabajo. En caso de discrepancia, el Consejo Editorial de la revista procederá a consultar

a un tercer evaluador experto, quien emitirá un tercer informe decisorio.

Los informes de los evaluadores serán remitidos a los autores a fin de que éstos procedan a incorporar las correcciones y, en la medida de lo posible, las sugerencias en ellos contenidas.

La decisión final sobre la publicación de los trabajos corresponde al Comité Editorial, una vez vistos los informes de los evaluadores.

- **Cesión de derechos:** El autor cede los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de su trabajo para su publicación en la RJN en cualquier tipo de soporte, así como para su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indexada.

