

LaNotaria

Número 2 | 2014

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

Las sentencias del Tribunal Supremo frente a la función notarial

In Memoriam: José Félix Belloch,
Líder Notarial

«Nuestro sistema de notariado latino
es el mejor»

Entrevista a Daniel-Sédar SENGHOR
Presidente de la Unión Internacional del Notariado

«La asignación de la gestión del Registro Civil
a los registradores mercantiles es un error»

Entrevista a Rafael LARA HERNÁNDEZ
Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales

TRIBUNA

Antoni Mirambell Abancó
José Javier Cuevas Castaño
José Alberto Marín Sánchez
Joan Carles Ollé Favaró

DOCTRINA

Existir, estar y ser de las uniones
estables de pareja
Tratamiento legal del contrato de gestación por
sustitución en el Derecho Internacional Privado
español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014

PRÁCTICA

Reflexiones sobre la condición: a propósito de una
compraventa de suelo urbano sujeta a la condición
disolutoria de llegar a ser solar
El Reglamento de Blanqueo de Capitales
y la actuación notarial
Control notarial del certificado de eficiencia
energética y de la licencia de primera ocupación



NOVEDAD

LA COMPRAVENTA



- ➔ La presente obra, constituye **un verdadero Tratado de la Compraventa**, en el que, junto con los aspectos generales, **se estudian por separado y minuciosidad todas las distintas «compraventas»** que existen en el ámbito jurídico-privado.
- ➔ El tratamiento de la materia **se aborda con unidad sistemática, homogeneidad y proporcionalidad de sus diferentes partes y el imprescindible rigor teórico**, pero si entrar en estériles discusiones dogmáticas, para centrarse en los **problemas prácticos y su solución a la luz de la legislación vigente**, cuyo examen, comentario e interpretación ha merecido particular atención; y, especialmente, de la **copiosa jurisprudencia** que se cita a lo largo del texto.
- ➔ Ficha técnica versión papel:
Páginas: 1.332 / Encuadernación: Tapa dura / ISBN: 978-84-9020-338-5.

AUTOR:
**Eugenio
Llamas Pombo**

Versión papel con 5% de dto.

PVP: ~~120,19 €~~ (+IVA)

AHORA: 114,18 € (+IVA)

Versión digital (smarteca)

103,31 € (+IVA)

 **smarteca**

Tu biblioteca profesional al alcance de un clic

La solución que te permite trabajar con tu biblioteca digital profesional en cualquier momento y lugar.



Consulta, actualiza, trabaja y adquiere las últimas novedades desde cualquier ordenador o tablet con un simple clic. Compatible con todos los sistemas operativos.



ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / e-mail: clientes@wke.es / www.laley.es

Internet: <http://tienda.wke.es> • **smarteca:** www.smarteca.es

 **Wolters Kluwer**
LA LEY



COLEGIO NOTARIAL
DE CATALUÑA

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consejo de redacción:

José Javier Cuevas Castaño (*Vida corporativa*), Víctor Esquirol Jiménez (*Jurisprudencia/Resoluciones*), Elisabeth García Cueto (*Internacional*), Antonio Ángel Longo Martínez (*Práctica*), Javier Martínez Lehmann (*Jurisprudencia*)

Consejo editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*), Luis Humberto Clavería Gosálbez (*U. de Sevilla*), Andrés Domínguez Luélmo (*U. de Valladolid*), Joan Egea Fernández (*U. Pompeu Fabra*), Ignacio Farrando Miguel (*U. Pompeu Fabra*), Jacinto Gil Rodríguez (*U. del País Vasco*), José Luis Linares Pineda (*U. de Girona*), Sergio Llebaría Samper (*Esade-URL*), Juan José Marín López (*U. Castilla-La Mancha*), José María Miquel González (*U. Autónoma de Madrid*), Susana Navas Navarro (*U. Autónoma de Barcelona*), Pablo Salvador Coderch (*U. Pompeu Fabra*), Antoni Vaquer Aloy (*U. de Lleida*), Rafael Verdera Server (*U. de Valencia*), Francisco Vicent Chuliá (*U. de Valencia*), Roberto Follía Camps (*Notario - RALJC*), José Antonio García Vila (*Notario*), Ildefonso Sánchez Prat (*Notario*), Josep M.ª Valls Xufré (*Notario*), M.ª Angels Vallvé Ribera (*Notario*)

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión
por Wolters Kluwer España, S.A.

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

Todos los derechos reservados.
Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en estas páginas son de su exclusiva responsabilidad y no coinciden necesariamente con la línea editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en
www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Nueva relevancia de la forma, control *ex ante*, pólizas y escrituras públicas

Alcanzados, prácticamente ya, los tres primeros lustros del siglo XXI, son muchas las cosas que requieren revisarse en nuestro abigarrado entramado legislativo, singularmente en un Estado constitucional con amplia distribución competencial, que no quiere decir «distribución a gusto y conveniencia del que la pretende ejercer», ya sea el Estado, las comunidades autónomas o los ayuntamientos, sino conforme dispone la Constitución y está llamado a resolver el Tribunal Constitucional, y, desde luego, con pleno acatamiento —aunque de forma un tanto reiterada no estemos a la última— a la doctrina de los Tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, singularmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, dicho sea de paso, a pesar de la obstinación de algunos, incluido —lo que es peor— nuestro legislador, vuelve a sentenciar que el deudor hipotecario no goza, ni siquiera tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de los elementales derechos de defensa. No obstante, el problema no es tanto el que pueda o no recurrir, con serlo, sino el que se tendrá que hilar con mucho cuidado al trasponer en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva sobre créditos hipotecarios, pues no se trata solo de lo previo, sino de toda la regulación hasta el momento de ver extinguida su deuda. No sea el caso —como ya se ha recordado por autorizadas voces— que tengamos que satisfacer todos los contribuyentes la condena a España por incumplimiento reiterado —diríase *obcecado*— de la adecuada transposición de las directivas europeas. Unido todo ello, además, a que no se piden otras cosas que las que ya tiene cualquier ciudadano europeo —tal que la regulación del sobreendeudamiento de la persona natural o la nulidad de los intereses de demora abusivos—, y que, en verdad, sea un mercado único, aunque con leyes adaptadas a la singularidad de cada comunidad jurídica.

En lo que es nuestra actualidad jurídica más próxima, requiere ponerse en valor la escritura pública. Así, cabría recordar, por obvio que es, que la escritura —fiel traslado, incluso cuando es parcial, de la matriz— es pública, y no hay medio que exteriorice mejor su exacto contenido, pudiéndola libremente exhibir quien es su legítimo tenedor, pues secreto es el protocolo, y no es lo mismo, salvo para quienes tienen interés legítimo.

La escritura pública goza de oponibilidad —bastante más allá de la simple fecha o de quienes comparecen—, y, también, para los terceros, está su posible utilizabilidad, junto a ser —incluso cuando se trata de elevación a público, pues cabría la *renovatio contractus*— el momento trascendente en que queda perfeccionado el contrato ante un funcionario público y profesional del Derecho como

es el Notario, a lo que se une que también es la fuente habitual de nacimiento — de existencia— incluso de los derechos reales.

La escritura pública, en el nuevo Derecho Contractual europeo, es —y tiene que ser necesariamente, aunque haya pequeños contratos de consumo que solo exijan de documento privado para la defensa del consumidor— *forma informativa* (*Text form* y *textual form*, arts. 1:301 *Acquis Principles* y párr. 126b BGB), como lo tiene que ser también la póliza —para el adherente y consumidor—, que, por cierto, nunca fue un documento privado intervenido —aunque parezca haberlo confundido el legislador en la hipoteca naval— y sí era, y es, más próxima a una auténtica oferta contractual irrevocable —no se acaba de ver para qué tanta reproducción cuasi idéntica de varios documentos previos, cuando puede entregarse el definitivo—, y, desde luego, es un ejemplo típico de contrato de adhesión, con condiciones generales y supuesto epónimo de contratación en masa, pues cada tráfico requiere su circunstancia, con el debido control.

Junto a ello, muy superado ya lo pretendidamente constitutivo —forma *dat esse rei*—, dado que seriamente no puede defenderse que incluso en los supuestos de escritura pública o inscripción constitutiva no hay nada hasta dicho momento —pues pretenderlo sería tanto como olvidar los tratos preliminares, las responsabilidades precontractuales y, en suma, que es ya lo ocasional la contratación *in actu*—, la escritura pública y la póliza son —y así se las debe reconocer— el momento crucial de la prestación del consentimiento. Aunque sea por adhesión, en un caso la unidad de acto parece consustancial, en el otro no encuentra justificación, pues se trata de mera adhesión, de lo que está redactado —previsto y contemplado en sus efectos— por el oferente, por tanto, tampoco puede ser igual su control judicial, ni la facultad de desistimiento. De lo que, por otra parte, tanto falta en la legítima defensa del consumidor, sujeto central en el nuevo Derecho Contractual europeo.

Actualmente, y no solo en la contratación privada —aunque sea la que ahora interesa y, singularmente, desde la óptica y defensa del consumidor—, no puede ser un control *ex post*, en que cabría preguntarse de qué, cuando ya todo ha pasado —es decir, cuando ya se ha entregado la finca, el dinero y se han suscrito contratos vinculados y combinados— y, por tanto, el consumidor confía en que es propietario y deudor conforme a la más estricta legalidad. Se trata, y es la única eficaz defensa del consumidor —de ahí la forma informativa previa, o *ex ante*—, de que preste su consentimiento debidamente informado, por lo que sobra la forma anodina —y mal impresa o de difícil lectura— y falta la forma tipificada en que queden destacados y resaltados los elementos esenciales que tipifican el contrato, pues nada lo impide, aunque, además, se dé otra información añadida e incluso exigida.

En todo ello, la escritura pública no es ya únicamente la vieja forma *ad substantiam*, sino la necesaria nueva forma informativa, en que se incluyen también los datos de hecho —deudas, cargas, datos físicos, etc.—, y el momento de su otorgamiento es el momento definitivo del necesario período de reflexión, siempre que se cuente con la adecuada información; luego ya todo ha pasado, y se está en las soluciones más o menos adecuadas —con frecuencia y sin justificación, distintas del otro lado de los Pirineos o de la otra orilla del Mediterráneo— a las patologías contractuales.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Nueva relevancia de la forma, control *ex ante*, pólizas y escrituras públicas
Ángel Serrano de Nicolás 4



Tribuna

- La actualidad del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña
Antoni Mirambell i Abancó 7
- Lamentaciones de un Notario ante la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre «cláusulas suelo»
José Javier Cuevas Castaño 11
- El Notario como centro de gravedad del sistema de seguridad jurídica preventiva
José Alberto Marín Sánchez 13
- El Estado frente a la función notarial. Análisis crítico de la legislación, jurisprudencia y doctrina de la DGRN en el período 2012-2014
Joan Carles Ollé Favaró 15



Entrevista

- «Nuestro sistema de notariado latino es el mejor»
Daniel-Sédar Senghor 21
- «La asignación de la gestión del Registro Civil a los registradores mercantiles es un error»
Rafael Lara Hernández 27



Doctrina

- Existir, estar y ser de las uniones estables de pareja
Josep M.ª Fugardo Estivill 32
- Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?
Aurelia Álvarez Rodríguez y David Carrizo Aguado 59



Práctica

- Reflexiones sobre la condición: a propósito de una compraventa de suelo urbano sujeta a la condición disolutiva de llegar a ser solar
José Luis del Moral Barilari 76
- El Reglamento de Blanqueo de Capitales y la actuación notarial
Antonio Ángel Longo Martínez 84
- Control notarial del certificado de eficiencia energética y de la licencia de primera ocupación
José Javier Cuevas Castaño 98



Internacional

- Una aproximación al Reglamento 650/2012(l): la *professio iuris*
Elisabeth García Cueto 104



Sentencias

- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Wolters Kluwer 116
- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Redacción Wolters Kluwer 127



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 130



In Memoriam

- José Félix Belloch Julbe (1945-2014)
Joan Carles Ollé Favaró 137

La actualidad del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña



Antoni Mirambell i Abancó

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona
Presidente de la Sección de Obligaciones y Contratos
de la Comisión de Codificación de Cataluña*

Un **Anteproyecto de Ley del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos**, ha sido sometido recientemente a información pública por parte del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, según el Edicto de 16 de julio de 2014 (DOGC n.º 6672, de 25 de julio de 2014).

Dicho texto proviene de un borrador que la actual Sección de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación de Cataluña formuló como *Anteproyecto de Primera Ley del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, el 24 de marzo de 2014, tras ser analizado por el Pleno de la Comisión de Codificación y por el Consejo Rector del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña.

Se trata de un texto que ha tenido en cuenta todos los trabajos realizados durante estos últimos diez años y que ha tomado como uno de sus referentes principales la

Propuesta de Reglamento relativo a un Derecho común de compraventa europea —Documento COM (2011) 635, de 11 de octubre de 2011—, así como el *Proyecto de Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* (publicado el 6 de marzo de 2013 por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo), que quiere incorporar, entre otros aspectos relativos a la parte general del contrato, algunas novedades significativas, especialmente la reserva de dominio y la sugerencia de regulación unificada de los arreglos del comprador y del vendedor.

El Anteproyecto de Ley pretende completar el Código Civil, pese a que no agota toda la materia relativa a las obligaciones y los contratos susceptible de ser objeto de legislación en el ámbito competencial propio de Cataluña, de modo, pues, que la continuidad legislativa, además de posible, será

necesaria en el futuro (como se deduce de la estructura y del contenido del Libro Sexto que determina el propio Anteproyecto).

La formulación de este Anteproyecto ha tenido que superar algunas de las dificultades recurrentes y habituales en relación con el Libro Sexto planteadas durante todos estos años, como: la cuestión de la competencia legislativa, la unificación del Derecho europeo de contratos, las discusiones sobre el contenido y el proceso de elaboración del Libro Sexto, los aspectos relativos a la contratación que afecta a los consumidores o la concepción del Libro Sexto, o, cuando menos, de la regulación de la compraventa, como instrumento opcional.

El presente Anteproyecto parte de la **competencia legislativa consolidada** que constituye la legislación vigente actualmente.

Por un lado, el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, sobre el Texto Refun-



dido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que contiene un Libro Cuarto, con la rúbrica «De las obligaciones y los contratos y de la prescripción», que regula aún la rescisión por lesión (arts. 321 a 325) y la venta a carta de gracia (arts. 326 a 328).

Por otro lado, las leyes especiales de carácter patrimonial, que contienen materias propias del Libro Sexto del Código Civil:

- Ley 6/2000, de 19 de julio, de pensiones periódicas.
- Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores.
- Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura.
- Ley 2/2005, de 4 de abril, de contratos de integración.
- Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo.

En segundo lugar, el contenido del Anteproyecto se ajusta a lo que establece el art. 3 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña, al decir: «f) Libro Sexto, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, comprendiendo los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlament».

Y, en un tercer aspecto, el Anteproyecto responde al modelo de codificación esta-

blecido por el art. 6.2 y 6.5 de la citada Ley 29/2002, que determina el abandono de la técnica legislativa de las leyes especiales.

El Anteproyecto tiene por objeto establecer la estructura del Libro Sexto, regular los contratos de compraventa y de permuta, incorporar los contratos vigentes en leyes especiales y sustituir la Compilación y las leyes especiales

Por todo ello, el Anteproyecto tiene por **objeto:** establecer la estructura del Libro Sexto, regular los contratos de compraventa y de permuta, incorporar los contratos vigentes en leyes especiales y sustituir la Compilación y las leyes especiales.

1. En relación con la **estructura del Libro Sexto**, se determina que tendrá, inicialmente, tres títulos: el Título I, relativo a las disposiciones generales; el Título II, relativo a los diferentes tipos contractuales, y el Título III, relativo a las fuentes no contractuales de las obligaciones. El título relativo a las disposiciones generales se reserva para la regulación, cuando proceda, de la obligación y del contrato en general; el título relativo a los diferentes tipos contractuales se dedica a las fuentes contractuales de la obligación, y el título relativo a las fuentes no contractuales de las obligaciones se reserva para regular separadamente la responsabilidad extracontractual y las obligaciones derivadas de los actos o hechos lícitos y voluntarios no derivados de la existencia previa de un deber o de una obligación, así como la voluntad unilateral. El art. 2 dice, textualmente, que se estructura «inicialmente» en tres títulos, y con tal prevención se quiere indicar que, con toda seguridad, en el futuro deberá reestructurarse la sistemática del Libro en función de las nuevas materias que sean objeto de regulación.

Respecto a los títulos II y III, relativos a las fuentes contractuales y no contractuales, se ha de notar que quieren poner énfasis en la idea de *fuentes de las obligaciones* para alejarse de todo peligro de confusión con el concepto de *bases de las obligaciones contractuales*, establecidas constitucionalmente como límite competencial. En este sentido competencial, cabe recordar que el presente Anteproyecto se sitúa en el punto de vista de interpretación más restrictiva de la competencia legislativa catalana, por el hecho de que simplemente se

efectúa la «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho propio, sin incidir en las bases de las obligaciones contractuales y sin tener que recurrir a la conocida como *tesis de la conectividad* (conforme a las SSTC 88/1993, 156/1993 y 31/2010).

En relación con la sistemática del Título II, cabe señalar que se han establecido unas categorías conceptuales para permitir la agrupación de los diferentes contratos. Efectivamente, dichas categorías se refieren a contratos: con finalidad transmisora, sobre objeto ajeno, aleatorios, de cooperación o de financiación y de garantía. La Exposición de Motivos dice que «el Capítulo Segundo se reserva para los contratos sobre actividad ajena», para poder incluir en él fundamentalmente el contrato de servicios. Las categorías pueden ser discutibles, en función de si se valora la finalidad, el contenido, el objeto o el sujeto del contrato, y pueden ser modificables en el futuro, pero tienen un valor meramente instrumental y no dogmático.

Finalmente, en relación con la expresión «*finalidad transmisora*», quiere remarcar que se trata de contratos «obligatorios» y no dispositivos, dado que solo llegan a transmitir la propiedad o la titularidad del derecho sobre el bien que es su objeto cuando se realiza un acto de entrega del bien que, como cumplimiento de la obligación, implica la tradición.

2. Respecto a la regulación de los **contratos de compraventa y de permuta**, se parte de la preeminencia de la voluntad de las partes con base en los principios de buena fe y de honradez de tratos, de conformidad con el art. 111-7, de modo que la regulación propuesta tiene una función interpretadora e integradora de la voluntad contractual y presenta unas novedades notables.

Los aspectos más destacables en relación con la **compraventa** son los siguientes:

- Los factores reguladores esenciales son, por un lado, la obligación por parte del vendedor de entregar un bien conforme al contrato y de transmitir la titularidad del derecho sobre el bien, mientras que, por otro lado, el comprador se obliga a pagar su precio en dinero y a recibir el bien. El contrato sigue siendo obligatorio, pero tiene una función traslativa de la titularidad del derecho sobre el bien objeto del contrato, que se refiere a todos los bienes y derechos patrimoniales, en el sentido de que ya no deberá dife-

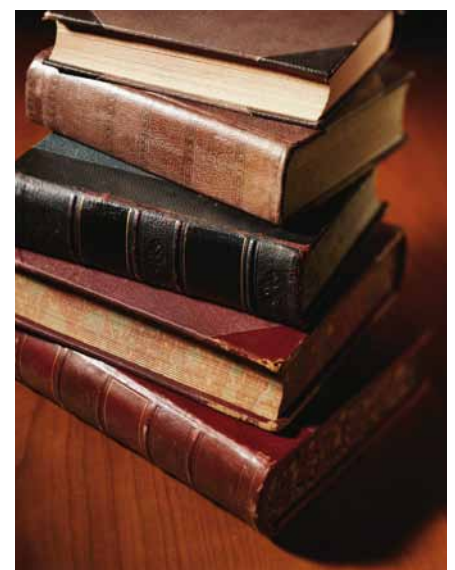


- renciarse la compraventa para los bienes corporales y la «cesión» para los demás bienes, especialmente los créditos o las acciones, y comporta también el tener en cuenta que, en relación con la naturaleza del derecho, se puede tratar de derechos que no tienen carácter posesorio.
- Se regula de forma unificada el contrato con especial atención a la compraventa de consumo y en función de la normativa de protección de los consumidores y usuarios. En este sentido, se regula una compraventa que tiene por objeto tanto bienes muebles como bienes inmuebles y en que el comprador puede ser o no consumidor; por tanto, se regula la compraventa en general y más allá de los trabajos sobre el Derecho europeo de compraventa, especialmente focalizados en la compraventa de bienes muebles y con una alta preocupación por la contratación a distancia y, en cuanto a su objeto, por los contenidos digitales. Ello implica que, pese a que la Ley pretende alcanzar una regulación unificada del contrato, se respeta la legislación específica en materia de consumo y se tienen en cuenta las directivas comunitarias en la materia (Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, y la Directiva 2011/83/UE) en lo concerniente a los aspectos imperativos. Se regula, pues, la compraventa civil, de modo que, pese a la mercantilización que amenaza a la competencia legislativa catalana en materia civil (en virtud del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil* de 30 de mayo de 2014), siempre habrá, aunque sea de forma residual, compraventa civil.
 - La conformidad se presenta como la obligación fundamental del vendedor y es una de las grandes innovaciones, y sus rasgos esenciales, tal y como se destacan en la Exposición de Motivos, son: la obligación de conformidad permite la unificación del régimen jurídico del incumplimiento. Y, por otra parte, implica que el bien entregado al comprador se corresponda con lo pactado en el contrato. No obstante, la conformidad se basa no solo en la voluntad contractual manifestada en las cláusulas del contrato, sino también en las reglas que establece la ley para contrastar si existe correspondencia entre el bien entregado y los pactos contractuales.

- La regulación unificada de los arreglos del comprador y el vendedor por falta de conformidad son otro de los aspectos innovadores. Ciertamente, en algunos casos, se trata de normas de incumplimiento que, en su día, habrá que reubicar en la parte general del contrato. Los arreglos son: el cumplimiento específico, la suspensión del pago del precio o del cumplimiento de las obligaciones, la resolución del contrato, la reducción del precio, en el caso del comprador, y la indemnización por daños y perjuicios. Los arreglos no se formulan de manera jerarquizada y, por tanto, defectiva, de modo que aquellos que no sean incompatibles son acumulables entre sí y, en todo caso, son compatibles con la indemnización por los daños efectivamente causados. La regulación de los arreglos parte del principio de conservación del contrato, de modo que se eviten costosas resoluciones contractuales. En este sentido, se admite expresamente la oferta de corrección a iniciativa del vendedor conocedor de la falta de conformidad, cuando el vendedor ha entregado un bien no conforme, tanto en caso de cumplimiento anticipado como cuando ha vencido el plazo de cumplimiento y dispone de un tiempo adicional. Teniendo en cuenta, aun así, que el comprador tiene la facultad de rechazar la corrección, si tiene motivos razonables para hacerlo o, en todo caso, el incumplimiento es esencial. Y se considera esencial el incumplimiento que priva sustancialmente a la otra parte de aquello a lo que tenía derecho según el contrato.
- La incorporación de la ventaja injusta tiene en cuenta la propuesta sobre el Derecho contractual europeo de compraventa, pero se aparta de ella por el carácter rescisorio de la acción y por admitir un supuesto subjetivo y otro objetivo para introducir la rescisión por lesión, de modo que, tal y como dice la Exposición de Motivos: «Se incorpora una nueva regulación de la ventaja injusta (Subsección Sexta) a nivel subjetivo, con la finalidad de evitar casos claros de abuso de una de las partes hacia la otra velando a la vez por la justicia del intercambio, en sintonía con los textos internacionales del Derecho contractual europeo. A nivel objetivo, se mantiene y se generaliza la antigua doctrina de la *læsio enormis* para resolver supuestos de grave desequilibrio de las prestaciones. Se establece una acción de rescisión, renunciable solo con posteriori-

dad a la conclusión del contrato, y la parte legitimada puede pedir al tribunal en todo caso la adaptación del contrato».

- Se formulan unas especialidades de la compraventa de inmuebles derivadas de la práctica notarial y registral, como: la facultad de desistimiento para el caso en que el contrato haya incluido una previsión de financiación del precio por parte de terceros que, finalmente, queda frustrada; el establecimiento de una regla dispositiva sobre la indicación de la superficie del inmueble, según el modo de determinación del precio por referencia a la cabida, medida o superficie del inmueble, o, de lo contrario, por una cantidad global; el régimen jurídico de una comunidad específica temporal, en los casos de compraventa de una vivienda, local u otro elemento de un edificio en construcción o en rehabilitación; el pacto de condición resolutoria como garantía del vendedor, pero con unos factores de ponderación como protección del comprador, de modo que se regula como una especialidad referida solo a la compraventa de inmuebles y que exige un pacto expreso tanto relativo a la resolución como al procedimiento de ejercicio de la resolución, así como unos estrictos requisitos imperativos de legitimación y ejercicio.
- Se conserva la compraventa a carta de gracia, pero se incorpora solo la parte relativa al contrato. Con una disposición final, se modifica el Libro Quinto, concretamente, el art. 568-1.1, y se introduce una nueva Sección V, con la rúbrica «El





derecho de redimir en la venta a carta de gracia» y con los arts. 568-28 a 568-32, todo ello con la finalidad de regular adecuadamente el derecho de redimir como modalidad de derecho de adquisición preferente de carácter voluntario.

La permuta ha sido regulada como contrato independiente para diferenciarlo de la compraventa y de la cesión de finca a cambio de aprovechamiento urbanístico, calificada, precisamente, como falsa permuta

En relación con la **permuta**, la Exposición de Motivos explica que: «La Sección Segunda del Capítulo Primero se dedica al contrato de permuta, como contrato diferente de la compraventa y de la cesión de solar o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura, se precisa su calificación jurídica en función de la contraprestación pactada y se establece el mismo régimen jurídico de la compraventa». Este contrato no presentaba ningún otro problema que el de su calificación en relación con la compraventa, de modo que si se considera que es intercambio de bien por bien y su régimen ha de ser el de la compraventa, no sería precisa su regulación como contrato autónomo. No obstante, la permuta ha sido regulada como contrato independiente para diferenciarlo de la compraventa y de la cesión de finca a cambio de aprovechamiento urbanístico, calificada, precisamente, como *falsa permuta*.

3. En cuanto a la **incorporación de las leyes especiales**, se efectúa con las mínimas modificaciones sistemáticas y reguladoras.

De este modo, debidamente sistematizadas, se incorporan:

- a) Cesión de finca o aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura: la Ley 23/2001, de 31 de diciembre.
- b) Contratos de cultivo: la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de modo que, dado que no todos los contratos regulados por esta Ley son contratos de cultivo, y teniendo en cuenta la conveniencia de precisar el régimen jurídico de los diferentes contratos, se establecen tres secciones diferenciadas, relativas a los contratos de:

— Cultivo, comprendiendo las disposiciones generales, el arrendamiento rústico, la aparcería y la labranza.

— Custodia del territorio. Se regula a partir del arrendamiento con finalidad de conservación del patrimonio natural y la tipificación de este nuevo contrato se ubica en el Capítulo III, relativo a los contratos sobre objeto ajeno (y no en el capítulo dedicado a los contratos sobre actividad ajena), por el hecho de que es predominante el aspecto del bien inmueble cedido y no la «actividad de custodia». Dicha tipificación se realiza a partir del título constitutivo voluntario, independientemente del derecho constituido, que puede ser personal o real si, en este caso, cumple sus requisitos.

— Arrendamiento de pastos, con la precisión respecto de su régimen jurídico.

- c) Contratos aleatorios: la Ley 6/2000, de 19 de junio, y la Ley 22/2000, de 29 de diciembre. La incorporación de dichas leyes ha requerido distribuir su contenido por razones sistemáticas, especialmente en relación con la separación del violario y el censal, y ha requerido también la regulación de un nuevo contrato oneroso de alimentos para superar la Ley 22/2000, de acogida de personas mayores. Efectivamente, el Capítulo IV se reserva para los contratos aleatorios, de modo que incluye el contrato de violario y el nuevo contrato oneroso de alimentos [derivado del art. 237-14, párrafo 3.º, letra d), de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y del art. 4.3 de la citada Ley 2/2000]. Tal regulación y el hecho de que el pacto de acogida no ha tenido un arraigo práctico, hasta el punto de que el Registro de Acogida de Personas Mayores no ha llegado a desarrollarse reglamentariamente, han permitido prescindir del referido pacto de acogida. En cambio, en el Capítulo VI, que se dedica a los contratos de financiación y de garantía, se ha ubicado el contrato de censal, con el objetivo de readaptar esta institución a su finalidad de financiación a largo plazo, como una alternativa al préstamo.
- d) Contratos de cooperación: la Ley 2/2005, de 4 de abril. Esta modalidad de contra-

to se ha ubicado en el Capítulo V y se ha realizado su actualización y separación de las obligaciones contractuales y administrativas. Por otro lado, los aspectos no vinculados al contrato —es decir, la parte de la Ley relativa a los aspectos más relacionados con la Administración— se trasladan a las disposiciones finales del propio Código Civil.

- e) Contratos de financiación y de garantía: la Ley 6/2000, de 19 de junio. En este capítulo, se incorpora la regulación del contrato de censal, con una configuración que lo presenta como una suerte de préstamo sin amortización del capital.

La sustitución implica que la supresión de vigencia de la ley sustituida depende de la vigencia de la ley sustituyente, de modo que, si la ley sustituyente fuese derogada o anulada, la ley sustituida recuperaría su vigencia automáticamente, dado, precisamente, que no ha sido derogada expresamente

4. En relación con la **sustitución** de la Compilación, se ha utilizado la fórmula de la sustitución normativa con la idea de continuidad y dada su gran significación en la conservación del ordenamiento jurídico civil de Cataluña, aunque puede considerarse que se trata de una verdadera derogación por ser una ley posterior sobre la misma materia. La sustitución implica que la supresión de vigencia de la ley sustituida depende de la vigencia de la ley sustituyente, de modo que, si la ley sustituyente fuese derogada o anulada, la ley sustituida recuperaría su vigencia automáticamente, dado, precisamente, que no ha sido derogada expresamente. De lo contrario, la derogación expés implicaría la pérdida definitiva y absoluta de vigencia de la ley anterior.

El presente Anteproyecto de Ley, innovador y en la línea de construcción del Derecho europeo de contratos, culminaría, si prospera, la gran labor legislativa que se ha realizado desde la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña. Es de esperar que llegue a ser ley y que se alcance un grado más de compleción del Código Civil de Cataluña.

Lamentaciones de un Notario ante la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre «cláusulas suelo»^(*)



José Javier Cuevas Castaño
Notario jubilado

Los Excelentísimos Señores Magistrados del Tribunal Supremo demuestran de vez en cuando que *se puede escribir Derecho con renglones torcidos, o —lo que es lo mismo—* que están dotados de tan fino olfato y paladar jurídico como para *no fallar en el fallo*, aunque, en opinión de algunos —entre los que me cuento—, alguna vez la pifien en su deambular hasta llegar a él.

Quiero con esto mostrar, desde la *discrepancia* en cuanto a sus fundamentos, mi plena conformidad con el fallo de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que, con toda la razón y justicia del mundo, proclamó la nulidad de las llamadas **cláusulas suelo**, utilizadas en la contratación habitual de determinadas entidades financieras y que, de hecho, implicaban la existencia de una fórmula mágica por virtud de la cual los intereses de préstamos

y créditos se convertían en **fijos por abajo y muy flexibles por arriba**.

Quiero mostrar, desde la discrepancia en cuanto a sus fundamentos, mi plena conformidad con el fallo de la STS de 9 de mayo de 2013, que proclamó la nulidad de las llamadas **cláusulas suelo**

La cosa viene de Sevilla, ante cuyo Juzgado de lo Mercantil número 2 se ejercitó una *acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de consumidores y usuarios* por considerar **abusivas, desequilibradas y perjudiciales** para los consumidores las denominadas **cláusulas suelo**.

El asunto se complicó desde el principio, al cuestionarse por las entidades demandadas la legitimación activa de la asociación demandante, materia a la cual el Juzgado tuvo que dedicar una excesiva y preferente atención antes de entrar en el meollo del asunto y considerar efectivamente las cláusulas debatidas como verdaderas *condiciones generales de la contratación no negociadas, sino impuestas, abusivas, desequilibradas, desproporcionadas y faltas de reciprocidad o de semejanza de límites*, por lo que **se declaró la nulidad** de las cláusulas enjuiciadas y **se ordenó la inscripción** de la Sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Apelada la Sentencia ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, fue íntegramente *revocada*, dando lugar al recurso de casación que culminó con la Sentencia del Tribunal Supremo y el Auto aclaratorio



de la misma que nos ocupan y en los cuales el Alto Tribunal, sin duda bajo el paraguas, estímulo o pretexto de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, se enzarza en las más sofisticadas disquisiciones para llegar, al fin y a la postre, al mismo resultado práctico al que, **sin faltar a nadie** y entrándole al toro *por derecho*, había ya llegado la sencilla, clara e inteligente Sentencia del Juzgado de Sevilla.

Para el Tribunal Supremo, no solo se trataba de hacer justicia —¡que la hizo!—, sino también de encontrar *un chivo expiatorio al que cargarle el mochuelo* para dejar así a salvo a los grandes y menos grandes **poderes del Estado**, a los cuales el artículo 51 de la Constitución Española impone «*la obligación de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, los legítimos intereses económicos de los mismos*», a pesar de lo cual, y sin duda por *superiores intereses*, los Excelentísimos Señores Magistrados optaron por:

- Dejar al margen al **Poder Legislativo**, pese a que en sus manos estaba y está fijar reglas de juego justas, ponderadas, proporcionadas o equilibradas para evitar situaciones de desequilibrio, abuso u opacidad como las que se ponen de manifiesto en las cláusulas declaradas nulas.
- Salvar de la quema al **Poder Ejecutivo** y para ello declarar, como se declaró, la suficiencia de las normas de transparencia contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, con lo que el Gobierno habría cumplido su cometido de impulsar la transparencia y el equilibrio en la contratación hipotecaria.
- Justificar la pasividad del **Poder Judicial**, que, en general, no ha ejercitado las decisivas *facultades* reconocidas en la Directiva 93/13 CEE y en abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ya en la Sentencia de 27 de junio de 2000 reconocía la «*fa-*

cultad de los jueces y tribunales de actuar de oficio en la eliminación de cláusulas contractuales abusivas» y en sentencias posteriores (4 de junio de 2009, 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013) ha acentuado aquella *facultad* al decir que «*el Juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional*».

- Preservar la imagen del **Banco de España**, a pesar de que en este, como en otros muchos y sonados casos, estuvo mirando para otro lado, sin cumplir las funciones reguladoras y de protección de los ciudadanos que le impone la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Para no rozar siquiera a todas esas *esferas de poder* —y a alguna otra—, la Sentencia, superando con mucho lo que el *petitum* inicial de la demandante requería y el Juzgador de instancia le había dado, construyó un complicado y artificioso andamiaje que le sirvió para concluir diciendo que las cláusulas en cuestión no conculcaban normativa alguna, que superaban el «filtro de la transparencia» en lo que respecta a su *inclusión* en los contratos, pero que no superaban la segunda barrera o «filtro de la *comprensión*», lo que se consideró imputable al Notariado por no dotar de claridad las cláusulas cuestionadas y por no proporcionar información suficiente para que la dación de fe de lectura del documento y de prestación de consentimiento libre e informado fuera algo real, en vez de un **formalismo carente de eficacia**, según la degradante visión de la función notarial que tienen los Excelentísimos Señores Magistrados, a juzgar por lo que se dice en el Auto aclaratorio.

Lo paradójico es que se exija una actuación beligerante y eficaz precisamente a los notarios, a quienes el propio Tribunal Supremo —Sala de lo Contencioso-Administrativo—, en su memorable e inasumible **Senten-**

cia de 20 de mayo de 2008, ha *desarmado* al privarles de las facultades impeditivas u obstaculizadoras —*control-rechazo*— que podrían y deberían servir para proteger a los consumidores mediante la exclusión de cláusulas abusivas, posibilidad que ya habían cercenado la **Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación**, y el **Real Decreto Legislativo 1/2007 (Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios)**, al *limitar la facultad de los notarios* de negarse a autorizar negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas abusivas a los supuestos de **cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación**, debiendo conformarse, en otro caso, con advertir a los otorgantes, pero sin poder **excluir la cláusula**, por más abusiva que parezca, ni poder tampoco **negar la autorización o intervención** del documento. Parece evidente, al margen de duelos, quebrantos y lamentos corporativistas, que estos recelos constituyen una *erosión constante* del oficio y conducen indefectiblemente al *progresivo desarme* de aquellos a quienes corresponde —y a quienes el Tribunal Supremo exige— la defensa del mismísimo sistema de contratación en primera línea de combate, en la más avanzada de las trincheras.

Resulta paradójico que el TS exija una actuación beligerante y eficaz a los notarios, al mismo tiempo que por la STS de 20 de mayo de 2008 les desarma y les priva de facultades impeditivas u obstaculizadoras, las propias de control-rechazo

Llegados a este punto, no puedo evitar la añoranza de unos tiempos en los que don **José Castán Tobeñas**, Presidente que fue del mismo Alto Tribunal, se refería al Notariado como «*Magistratura de la Paz*», nos consideraba *los profesores de Derecho de las clases más desfavorecidas* y nos dedicaba una obra tan monumental como su **Función notarial y elaboración notarial del Derecho**, cuya lectura puede servirnos de antidepresivo en los tiempos que corren.

(*) Me he ocupado más detalladamente de esta Sentencia y de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 en **Estudios homenaje a José-Luis Mezquita del Cacho** (Colegio Notarial de Cataluña, 2013), y también he abordado la materia en *La Notaria*, n.º 1/2013.



El Notario como centro de gravedad del sistema de seguridad jurídica preventiva

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014



José Alberto Marín Sánchez
Vicedecano del Colegio Notarial de Cataluña

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014 ha provocado ríos de tinta, especialmente en ámbitos notariales y registrales. Más allá de lo de acuerdo que podamos o no estar con el fallo y, especialmente, de la apreciación de la prueba realizada por los órganos jurisdiccionales intervinientes, lo cierto es que en el fondo de la misma **trasluce una visión de la función notarial digna de ser comentada**.

Prestemos atención a estos dos párrafos de la Sentencia:

El art. 146 RN prescribe la responsabilidad civil del Notario respecto de los daños y perjuicios ocasionados por dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Es indudable que el hecho de que el Notario no dejara

constancia del embargo judicial que gravaba el inmueble al tiempo de autorizar la escritura de compraventa ocasionó un grave perjuicio al comprador, quien consintió pagar un precio de 2.450.000 euros por dicho inmueble, que estaba devaluado en una cifra similar como consecuencia del embargo. No puede negarse un nexo de causalidad entre esta conducta, omitir el estado actual de las cargas que pesan sobre el inmueble cuya escritura de compraventa se autoriza, y el detrimento patrimonial del comprador que se obliga a pagar un precio por un inmueble que como consecuencia del embargo apenas vale. Y esta conducta es imputable al Notario, que, aunque pudiera alegar que desconocía la circunstancia del embargo, esta ignorancia no era excusable frente al

comprador. Corresponde al Notario tener los medios técnicos necesarios para prestar sus servicios, en este caso, para cerciorarse de que informa al comprador de las cargas que pesan sobre la finca que compra. En un caso como el presente, en que el sistema de comunicación entre la Notaría y el Registro no funcionó, y se declara probado que el Registro remitió la comunicación en la que informaba del embargo y la Notaría debió recibirla, la ignorancia del Notario sobre la existencia de esta carga es inexcusable, a los efectos de responder, conforme al art. 146 RN, de los daños y perjuicios ocasionados al comprador.

Lo anterior no prejuzga la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir la Registradora de la Propiedad frente



al Notario, si se llega a demostrar que los problemas de comunicación también fueron debidos al sistema informático del Registro.

El Tribunal Supremo establece un sistema de responsabilidad objetiva del Notario frente al usuario del servicio notarial: basta el daño y nexo causal para que surja la responsabilidad objetiva, sin necesidad de culpa o negligencia

Su atenta lectura nos lleva a la **conclusión de que el Tribunal Supremo establece prácticamente un sistema de responsabilidad objetiva del Notario frente al usuario del servicio notarial**: la ignorancia de la existencia de la carga por parte del Notario «no era excusable frente al comprador», y deja abierta la puerta a que el Notario reclame al titular del Registro si los problemas de comunicación se debieron al sistema informático de este. **Basta el daño y nexo causal para que surja la responsabilidad objetiva, sin necesidad de culpa o negligencia.**

La función notarial y la registral están prestadas por funcionarios nombrados



por el Estado, pero, a diferencia del resto de estos, su actuación no genera la responsabilidad del Estado, sino que **son los propios notarios o registradores los que responden, aunque deben responder de acuerdo con la legislación vigente, y esta en ningún caso proclama ese tipo de responsabilidad objetiva que solo puede ser determinada por la ley.**

La libertad de estos operadores es mínima, pues ni pueden elegir los medios a través de los cuales se producen las comunicaciones ni mucho menos el Notario, que es el que trata directamente con el posible perjudicado, puede elegir el Registro de la Propiedad con el que ha de relacionarse para prestar el servicio (no hay intención en este artículo de polemizar sobre la elección del Registrador). **La ley determina el procedimiento de actuación de estos profesionales, la forma y el vehículo a través del cual se debe hacer la consulta del estado de cargas y, sobre todo, en qué Registro debe «confiar» el Notario.** Siendo así, resulta paradójico que el Tribunal Supremo afirme, como fundamento de la responsabilidad del Notario, que «*corresponde al Notario tener los medios técnicos necesarios para prestar sus servicios*», dando a entender que goza de amplia libertad de elección de estos medios, cuando la realidad es que la normativa legal y el incumplimiento de la Ley 24/2005 en cuanto a acceso a la información de los registros obliga a utilizar el telefax. El Notario no solo lo utilizó, sino que incluso ordenó llamar al Registro para confirmar la situación de cargas de la finca y este le remitió en el instante antes de firmar una nota informativa en la que no figuraba la carga. **A pesar de todo, el Tribunal Supremo condena al Notario.**

Lo hasta ahora expuesto nos lleva a concluir que, **con la legislación vigente, el Notario no puede ni debe responder objetivamente de unos daños producidos por la utilización de unos medios deficientes que está obligado a usar facilitados por un «proveedor» que tampoco puede elegir.** Sería necesaria una norma con rango de ley, que no existe, para establecer la responsabilidad objetiva a la que llega el pronunciamiento judicial.

Pero, *¿y lege ferenda?* ¿Debe ser responsable el Notario de cualquier resultado dañoso que se produzca en un ciudadano derivado de su actuación? Dicho de otro

modo: **cuando un ciudadano entra en una Notaría, ¿debe tener la seguridad de que el Notario responde al cien por cien de su actuación, incluso aunque sea un tercero el posible responsable real del daño causado? En mi opinión, la respuesta debería ser «sí», pero ese «sí» debería fundarse en un absoluto control por parte del Notario de todos los elementos que necesita para un otorgamiento absolutamente seguro.**

En el siglo XXI, basar un sistema de información de cargas en un telefax resulta anacrónico, especialmente teniendo en cuenta los sistemas informáticos de que están dotados todos los intervinientes en este proceso. **El sistema requiere mejoras.** Una de ellas podría ser el cumplimiento de la Ley 24/2005. Pero otras muchas dependen de que el Gobierno y el legislador tomen conciencia de que al ciudadano, en el sistema de seguridad jurídica preventiva vigente, se le atiende en la Notaría, oficina pública, y es allí donde se le debe garantizar al cien por cien su indemnidad. Por este motivo, **las próximas reformas legales, que no son pocas, deberían tener presente dónde está el centro de gravedad de esa seguridad y hacer que todo gire a su alrededor como las leyes de la física recomiendan.**

El Tribunal Supremo quiso hacer realidad un deseo: que el ciudadano solo tenga que entenderse con el Notario, funcionario público que le presta el servicio y que debería responder de su actuación por controlar todos los medios que necesita para ello

Como conclusión, podemos afirmar que el Tribunal Supremo, en esta Sentencia, realmente quiso hacer realidad un deseo: que el ciudadano solo tenga que entenderse con el Notario, funcionario público que le presta el servicio y que debería responder de su actuación por controlar todos los medios que necesita para ello. Pero, desgraciadamente, la realidad demuestra que, con la situación actual, ese deseo es inviable e inasumible.

Esperemos que la nueva cúpula del Ministerio de Justicia sea sensible a esta idea y posibilite, con las reformas que se hallan en marcha, que el ciudadano vea hecho realidad el deseo del Tribunal Supremo.

El Estado frente a la función notarial. Análisis crítico de la legislación, jurisprudencia y doctrina de la DGRN en el período 2012-2014



Joan Carles Ollé Favaró
Decano del Colegio Notarial de Cataluña
Director de la Comisión de Codificación de Cataluña

La Constitución garantiza la seguridad jurídica de los españoles (art. 9.3) y reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8), sin duda, por considerar nuclear en el Estado de Derecho la función notarial y la escritura pública, junto con la publicidad y la protección del registro frente a terceros. **Nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, uno de los más reconocidos del mundo occidental**, es un elemento esencial en el andamiaje jurídico y constitucional que **ha de garantizar la seguridad jurídica de los españoles, generando confianza y normalidad en las relaciones jurídicas.**

Tal refrendo constitucional no es ningún privilegio, sino pura y simplemente la plasmación de las cualidades que añade al acto o contrato la intervención jurídica cualificada de un funcionario público como el Notario, del que la ley deriva importantísimos efectos, como la fuerza ejecutiva y probatoria y

las presunciones de capacidad, de facultades representativas y de veracidad e integridad. **La bondad y excelencia del sistema de seguridad jurídica preventiva se basa en un complejo y sofisticado esquema funcional y legislativo que requiere décadas de sedimentación y perfeccionamiento**, como bien saben los países emergentes. Hay un conjunto de normas, de equilibrios y de estructuras administrativas que no se improvisan y que requieren tiempo, leyes, medios y talento. **Sin embargo, basta un breve período de tiempo para laminar y desestabilizar el mejor de los sistemas.**

El agudo contexto de crisis económica que se inició en 2007 y llegó a su punto álgido en el período analizado **dio paso**, entre otros fenómenos, al impulso, **a partir de 2012, de una acentuada política reformista del nuevo gobierno del Partido Popular en el ámbito económico**, seguramente imprescindible, **y en el ámbito de la Justicia**, también

plausible en términos generales, pero, **en este caso, insuficientemente ponderada y consensuada e, incluso, mal enfocada en aspectos clave.** Un análisis detenido de la legislación aprobada en este casi trienio, siendo Ministro de Justicia Alberto Ruiz Gallardón, debe constatar **que la función notarial ha resultado debilitada y que el sistema de seguridad jurídica preventiva ha sufrido diversas modificaciones y desequilibrios que, si no se corrigen pronto, afectarán negativamente a la seguridad jurídica de ciudadanos y empresas y a la confianza de estos en las instituciones del Estado.**

Los Tribunales de Justicia han cumplido en los últimos años una muy importante función de impulso de las reformas en materia hipotecaria, llegando a interpretaciones imaginativas y jurídicamente progresivas. Ese afán justicialista, loable en principio, probablemente haya podido llevar a cometer algún exceso o error. La conocida **Sentencia del Tribunal**

Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo, es emblemática de este enfoque forzado, con una preocupante e injusta valoración de la función notarial, que su «auto aclaratorio» llega a calificar de «*formalismo carente de eficacia*». **Esta Sentencia se suma a otras anteriores y posteriores** dictadas en los últimos años por las salas 1.ª y 3.ª del Tribunal Supremo **que objetivamente debilitan la función notarial y la importante función que esta debe cumplir en nuestro sistema jurídico. También la DGRN ha modificado su doctrina** en numerosos aspectos de la función notarial, sin justificación legal o jurisprudencial que lo avalase, **siempre tendencialmente en la línea de debilitar la función notarial y de reforzar el Registro.**

Legislación

La etapa empezó generando algunas expectativas con la **Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles**, al reconocer el control de legalidad notarial (art. 25), aunque sin utilizar esta expresión y diluyendo en el texto final la reserva de ejecutividad para el documento notarial que contenía el Proyecto de Ley. El punto de inflexión vino marcado por la aparición, en noviembre de ese mismo año, de un **borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros Públicos**, que se había elaborado en la DGRN. **El texto modificaba la Ley 20/2011, de 21 de julio, y atribuía la llevanza del Registro Civil a los registradores mercantiles.**



Pero iba mucho más allá, **encubriendo una verdadera reforma del sistema de seguridad jurídica preventiva, desequilibrando las dos patas del sistema**, con una enorme potenciación del Registro en detrimento de la Notaría, que se relegaba a una posición subordinada. **El texto generó gran polémica y oposición, y terminó aparcándose.**

La **Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios**, supuso un primer y grave golpe a la función notarial en este período, al introducir en una serie de supuestos, entre los que se encuentra la existencia de la cláusula suelo, la necesidad de que el deudor reitere de su puño y letra su consentimiento mediante una **larga, recelosa y ofensiva expresión manuscrita**, suscrita ante Notario y al margen de la matriz (art. 9). No se considera suficiente el consentimiento genérico, libre e informado, del que el Notario da fe en el cuerpo de la escritura. **Es una muestra de desconfianza enorme por el Poder Ejecutivo y Legislativo** hacia uno de los cuerpos de la Administración del Estado, que es precisamente el que en términos estadísticos ha generado, desde siempre, menor conflictividad y judicialización. Debe decirse bien claro y fuerte: los notarios, por regla absolutamente general, han informado de la existencia de estas cláusulas y de su alcance. **Esta norma es injustificada e injustificable y debería ser modificada cuanto antes por el Gobierno**, si quiere evitar que se siga socavando la confianza en las instituciones del propio Estado.

La bondad y excelencia del sistema de seguridad jurídica preventiva se basa en un complejo y sofisticado esquema funcional y legislativo que requiere décadas de sedimentación y perfeccionamiento

La **Ley 14/2013, de 27 de septiembre**, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en el campo de las llamadas *sociedades exprés*, cometió el grave error de suprimir el sistema rápido de constitución telemática notarial, derogando parcialmente el art. 5 del Real Decreto Ley 13/2010 y apostando exclusivamente por la vía CIRCE, dependiente del Ministerio de Industria, que repetidamente había fracasado en el pasado. Se insistió desde el Notariado una y otra vez en la conveniencia de mantener las dos vías, dado que el sistema del Real

Decreto Ley 13/2010 había sido un éxito, alcanzándose en poco tiempo un porcentaje superior al 50 % en la constitución de sociedades limitadas. Fue inútil: la prioridad era el sistema administrativo (y, probablemente, desplazar la centralidad notarial). Pero la realidad es tozuda, y la praxis mercantil sigue transitando *de facto* por ese carril. Lo peor de esta Ley, aún, fue la aprobación del controvertido art. 41, que admite varias lecturas, pero que en una interpretación literal, aunque errónea y precipitada, al decir de la mejor doctrina, parece admitir el acceso al Registro Mercantil del poder mercantil en documento electrónico, es decir, en documento privado. La grieta de inseguridad jurídica en el tráfico jurídico que ello supondría, sobre todo por la gran facilidad de suplantación del poderdante, exige que este precepto sea suprimido, modificado o puntualizado por el legislador cuanto antes.

Mención muy especial merece la **Ley 18/2014, de 15 de octubre**, para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia económica, en la que se atribuye la llevanza del Registro Civil a los registradores mercantiles, y que tiene su origen en el Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, conocido como *decreto omnibus*, tramitado posteriormente como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia. Por cierto, en una enmienda introducida por el propio partido del Gobierno en el Congreso, se estableció que el Registro de Actos de Última Voluntad (que en toda Europa es de llevanza notarial) y el de Seguros quedaban adscritos a la plataforma tecnológica del Ministerio que va a gestionar el Registro Civil. A nadie se le escapa que de ahí a atribuir su llevanza también a los registradores mercantiles hay solo un paso. Casi al mismo tiempo, se aprobó el Anteproyecto de Ley de Fundaciones, que atribuye asimismo a los registradores mercantiles la llevanza del Registro de Fundaciones. Como bien se puede apreciar, la idea de la Administración de crear un *marcorregistro integral*, que tiene su origen en el nonato Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros Públicos, sigue bien vigente y poco a poco va tomando cuerpo.

La atribución a los registradores mercantiles de la llevanza del Registro Civil supondrá un claro retroceso para el sistema jurídico español. El Registro Civil atribuye y garantiza los derechos de la persona, lo que constitucionalmente debería hacer inexcusable su adscripción al ámbito jurisdiccional. Además, la agilidad que exige el tráfico mercantil e inmobiliario es incompatible con la consulta obligada y la calificación constante de la in-



formación del Registro Civil. Lo peor es que va a perjudicar a los ciudadanos, ya que se ralentizarán los procesos y se incrementarán los costes, suponiendo un lastre para el desarrollo y la recuperación económica.

El sistema de seguridad jurídica preventiva español, basado en la actuación sucesiva y complementaria de notarios y registradores en los ámbitos mercantil e inmobiliario, funciona actualmente, en términos generales, a satisfacción de la sociedad y de la Administración

Todo ello hace que sea un grave error unificar el Registro Civil con el Mercantil, el de la Propiedad y otros. El sistema de seguridad jurídica preventiva español, basado en la actuación sucesiva y complementaria de notarios y registradores en los ámbitos mercantil e inmobiliario, funciona actualmente, en términos generales, a satisfacción de la sociedad y de la Administración. Modificar sustancialmente este sistema con una medida de esta envergadura va a suponer una alteración peligrosa para el funcionamiento regular no solo del Registro Civil, sino también del binomio Notaría-Registro. Las formaciones políticas, los jueces, los secretarios judiciales, los empleados y sindicatos, el Colegio Nacional de Registradores y el Notariado son contrarios a esta medida, con muy diversos y justificados argumentos, de modo que no se entiende la insistencia en tomar una decisión que es tan discutida y controvertida.

A la vista del contundente **Dictamen del Consejo de Estado, que ha cuestionado severamente diversos aspectos clave del proyecto**, del hecho que varias formaciones políticas han recurrido esta norma ante el Tribunal Constitucional y que la medida no será efectiva hasta julio de 2015, **debería reconsiderarse muy seriamente tal decisión**. Lo más lógico y sensato sería **aplazar su entrada en vigor un año más**, hasta 2016, y que un nuevo gobierno, con toda una legislatura por delante, pudiese **repensar a fondo el proyecto en su totalidad**. Todavía estamos a tiempo de corregir una decisión que acarreará muchos problemas y de hallar una solución que goce de mayor consenso social.

Puede mencionarse también la **Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima**, donde se prevé el acceso al Re-

gistro de la hipoteca naval en documento privado (art. 128), atribuyéndose a este carácter ejecutivo (disp. final 2.^a). Ciertamente, se podrá argüir que tal regla ya existía en la legislación precedente, pero no deja de chocar el querer mantener una brecha tan perjudicial como esta en el sistema en tanto que, por ejemplo, en la **Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas**, se quiera crear la necesidad de inscribir los contratos de arrendamientos urbanos frente a la realidad social que no siente esa decisión como necesaria. Lógicamente, las normas que no gozan de consenso social acaban no aplicándose, como está sucediendo con la que estamos comentando.

Si entramos en las disposiciones en fase de tramitación, algo similar puede predicarse del **Anteproyecto de Código Mercantil**, donde la escritura pública y la póliza han prácticamente desaparecido en la regulación de la contratación mercantil. Ciertamente, venimos de una normativa donde tradicionalmente ha regido el principio de libertad de forma, pero que **en el Código** que se pretende rija el tráfico mercantil en buena parte del siglo XXI **el legislador no sienta la necesidad de proteger la seguridad jurídica priorizando el documento público**, por supuesto, con pleno respeto al principio de libertad, **es sorprendente y se contradice con las muestras constantes de reforzar el otro pilar del sistema: el Registro**.

En la misma línea, el Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil prevé la inscripción en el Registro del documento público extranjero (art. 60). Es esta una cuestión muy controvertida, que inicialmente tuvo cobertura en una discutida Sentencia del Tribunal Supremo a la que después me referiré y cuyo peligrósimo camino ha seguido más recientemente la DGRN. Consagrar legislativamente una medida como esta, que ha sido y es el caballo de batalla de notarios y registradores, supone tomar partido desde la Administración y abrir una gran vía de agua en nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva. La fe pública notarial forma parte del núcleo duro de la soberanía de un Estado, como bien saben los países de nuestro entorno, que carecen de una norma similar.

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, aceptable en términos generales, contiene también alguna norma sorprendente, como la modificación que se propone en la disp. final 4.^a del art. 58 de la Ley 20/2011: la negativa del Notario a autorizar

matrimonio se prevé recurrible ante el encargado del Registro Civil, es decir, el Registrador Mercantil, lo que es absurdo, pues una cosa es inscribir y otra resolver recursos, y en pura lógica debería serlo ante la DGRN. También se establece que el documento público del matrimonio celebrado ante Notario se inscribirá en el Registro Civil previa calificación del encargado del Registro Civil o Registrador Mercantil, inciso este último que no figuraba en el Anteproyecto. Es decir, el Registrador puede autorizar el matrimonio que, naturalmente, nadie le califica, y a su vez califica el matrimonio notarial. Sabe mal tener que insistir, pero vemos cómo cada vez se aprieta una tuerca más en el desequilibrio de las dos funciones.

En el Proyecto de Ley de Reforma de las Leyes Hipotecaria y del Catastro, aparte otros aspectos más técnicos, lamentablemente se contienen en la materia hipotecaria dos elementos que tenemos que juzgar muy negativamente y que cabe esperar que se corrijan en la tramitación parlamentaria: por una parte, se suprime sin motivo aparente el sistema de doble título como medio inmatriculador, que tan sencillo, útil y beneficioso fue en las zonas rurales españolas; por otra parte, en el art. 8, se propone una modificación del art. 202 LH que rompe radicalmente con la competencia territorial prevista en el Reglamento Notarial, al prever que en el expediente de dominio para inmatriculación de fincas podrá instruirse un solo expediente ante Notario siempre que existan varias fincas pertenecientes a un solo Registro, dando lamentablemente carta de naturaleza legal a las resoluciones de la DGRN (16 de abril y de 18 de septiembre de 2013). En fin, es preciso mencionar un borrador de Anteproyecto de Garantías Mobiliarias que se ha divulgado y que, alejado de toda demanda del sector financiero, jurídico y económico, lo que propone es la hipotecarización de las garantías mobiliarias, la sustitución del documento público por el privado y la inscripción obligatoria. Sin comentarios.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

El *iter* jurisprudencial negativo para el Notariado de los últimos años arranca de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, que anuló, entre otros preceptos relevantes, el art. 145 RN, aprobado conforme al Real Decreto 45/2007, que regulaba el control de legalidad notarial que realiza el Notario en los negocios que interviene y que le facultaba para abstenerse de autorizarlos si se infringen las leyes. La anulación se produjo, como es bien conocido, por un principio de reserva de ley, al entender el Tribunal que



el Reglamento Notarial se había extralimitado al regular un deber de abstención (control de legalidad negativo) que, con carácter general, no consta en la Ley del Notariado ni en ninguna otra norma con rango de ley.

Urge que el Consejo General del Notariado siga insistiendo una y otra vez al Gobierno de la Nación en un explícito y claro reconocimiento legal del control de legalidad notarial que evite cualquier género de duda

Posteriormente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013 anuló, también por una cuestión de reserva de ley, el art. 30.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia financiera, aunque, en este caso, la solución es mucho más discutible, pues el art. 18.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, sí reconoce el «deber genérico de control de legalidad» de los actos y contratos que autorizan los notarios. Es decir, hay un reconocimiento en una ley posterior a la Sentencia y tiene carácter genérico. El Notariado no se ha planteado con suficiente determinación hacerse fuerte en este precepto en cuanto al reconocimiento del control de legalidad notarial y su correlativo derecho de abstención.

Es este un problema de la máxima gravedad, por lo que urge que el Consejo General del Notariado siga insistiendo una y otra vez al Gobierno de la Nación en un explícito y claro reconocimiento legal del control de legalidad notarial que evite cualquier género de duda. Debe recordarse que, en el momento de dictarse la Sentencia comentada, el equipo del Ministerio de Justicia de la época, muy consciente del problema que se creaba, se comprometió a subsanar el defecto «meramente formal» señalado por la Sentencia de falta de rango legal. No hay en el ordenamiento jurídico español ningún otro caso de un funcionario público que no pueda negarse a autorizar un acto contrario a las leyes. Es insólito e inaudito. Es una gran carencia de base en el sistema de seguridad jurídica preventiva que está perjudicando, más que al Notario, al ciudadano y al Estado. Por si fuera poco, del criterio consagrado en la Sentencia de 20 de mayo de 2008 de que el Notario carece de control de legalidad, el Tribunal Supremo parece haber extraído algunas consecuencias muy poco favorables a la función notarial que se han dejado traslucir en sentencias posteriores, como ahora veremos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 cayó como un verdadero jarro de agua fría en el mundo notarial y, en general, en la comunidad jurídica. Para esta Sentencia, una escritura de compraventa autorizada por un Notario extranjero, en este caso, un Notario alemán, que se ajusta a las formas legales exigidas por la ley española y que contiene un acto jurídico válido conforme a las leyes que le sean de aplicación, produce los efectos de la *traditio ficta* del art. 1462 CC y es inscribible en el Registro de la Propiedad español. Dice el Tribunal que no puede exigirse la equivalencia de formas, pues rige el principio *actor regit actum*, bastando el «control de la seriedad formal» en el otorgamiento de la escritura ante Notario europeo. Esto podría abrir la puerta a la entrada e inscripción en los registros españoles de escrituras de la mayoría de países, pues, según esta doctrina, basta con que el Notario haya actuado de modo serio y el contrato sea válido y haya seguido las formalidades de su país de origen, lo que, evidentemente, sucederá en la mayoría de casos.

Sorprende sobremanera el pronunciamiento de esta Sentencia y, sobre todo, el hecho de que no exija que se acredite que la intervención notarial haya realizado un control o juicio de legalidad de la intensidad que debe realizar el Notario español: sobre la validez civil del contrato, el asesoramiento reequilibrador a las partes y sobre aspectos normativos esenciales de carácter público y de carácter fiscal, control de medios de pago y blanqueo de capitales. De consolidarse esta línea jurisprudencial laxa, fácilmente **podría eludirse el ordenamiento español acudiendo a fedatarios de otros países, cuya normativa estatal no es tan exigente, y burlar estos y otros aspectos clave de Derecho Privado y Público de la legislación española.**

La fe pública notarial forma parte de la soberanía de los Estados y del control jurídico del Estado sobre los actos y contratos. «Levantar la barrera» de manera prácticamente indiscriminada a escrituras públicas de otros países es una decisión que creemos profundamente errónea. Además, hay base legal más que suficiente para mantener una posición más exigente y equivalente. Lo preocupante es que en esta Sentencia parece latir una concepción de la función notarial pareja a la de 20 de mayo de 2008, aunque aquí se da todavía un paso más: **si el Notario español no realiza un control de legalidad, lo único relevante es la forma, por lo que las diferencias entre escrituras españolas y de otros países se diluyen.** Según esto, da prácticamente igual que sea una escritura de un Notario

rumano, español, canadiense, marroquí, japonés o alemán. Tiene los requisitos formales de una escritura y con eso basta. Pero **este planteamiento resquebraja toda la arquitectura institucional, jurídica y de garantías del Estado español.**

Y con esto llegamos a la conocida y de gran trascendencia social **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo.** Como es sabido, en dicha Sentencia se declaró que las cláusulas suelo de las hipotecas de determinadas entidades no eran abusivas, pero que, sin embargo, podían anularse (y, de hecho, se anularon, aunque sin efectos retroactivos), por no pasar el llamado *control de transparencia* y entender que en esos contratos, aun figurando la cláusula en cuestión, tanto en la información previa bancaria como en la escritura pública autorizada por Notario, el consumidor carecía de información suficientemente clara y comprensible para entender el significado y alcance de la cláusula.

No podemos compartir en absoluto la *ratio decidendi* de la Sentencia: el Notario está obligado legalmente a realizar un asesoramiento reequilibrador (arts. 1 y 147 RN) en favor de la parte más débil del contrato, que es el consumidor, y a garantizar el consentimiento informado (art. 17 bis LN) de las partes que celebran el contrato. Podrá demostrarse que en uno o unos casos concretos el Notario no cumplió con tales obligaciones y anular por falta de transparencia el contrato, pero **concluir con carácter general que la intervención notarial no garantiza el control de transparencia y que el consumidor careció de información suficiente para entender la cláusula supone negar lo que el Notario es conforme a la legislación española y las funciones de garantía y seguridad que ejerce por imperativo constitucional.**

Este planteamiento se explicitó de manera más grave todavía en el auto de aclaración de dicha Sentencia, de fecha 3 de junio del mismo año, al decir: «*la Sala declara que [...] el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, constituye un resultado que no puede sustituirse por formalismos carentes de eficacia en tal sentido —lectura por el Notario, etc.—*». Es una afirmación tremenda, que es preciso sea matizada o modificada en un futuro próximo, pues pone frontalmente en cuestión el valor de la fe pública notarial y del conjunto de la seguridad jurídica preventiva en España.



Tristemente, es un eslabón más en el *iter* que inició la Sentencia de 20 de mayo de 2008: el razonamiento de fondo es que el Notario es un funcionario que garantiza la autenticidad de la forma, pero poco más, llegándose a decir de manera muy desafortunada que su intervención es una mera formalidad y que su actuación se reduce a la lectura, con lo que parece desconocerse el asesoramiento y el control jurídico que está legalmente obligado a realizar y que es lo que da o debería dar el valor añadido al documento notarial. Es preciso poner de relieve las consecuencias devastadoras que, si se consolidase en el futuro, tendría esta doctrina para la seguridad jurídica de la contratación financiera y, en general, para la seguridad jurídica de ciudadanos y empresas. Si desde el propio Estado, en este caso, desde el Poder Judicial, se pone en duda que el Notario asesora e informa correctamente a las partes contratantes, se desmorona nuestro sistema. Lo cual es, además, totalmente injusto y arbitrario, pues la inmensa mayoría de notarios cumplen perfectamente con sus obligaciones y funciones.

La reciente Sentencia del TS de 8 de Septiembre de 2014 consolida la anterior doctrina, anulando también una escritura de préstamo hipotecario con cláusula suelo. En unos términos ciertamente menos ofensivos para la función notarial, llega a misma conclusión: la lectura de la escritura por parte del notario no supe el cumplimiento del especial deber de transparencia. Se sigue desconociendo que, más allá de la redacción gramatical de la escritura, el notario asesora a las partes y se asegura que ambas y, por tanto, el deudor o consumidor, han prestado un consentimiento informado al contenido del contrato. Ningún notario hace ni puede hacer una lectura meramente mecánica del documento.

Los notarios, en esta materia, nos encontramos entre la espada y la pared: por una parte, la sociedad nos pide con toda lógica una intervención más activa en materia de control de cláusulas abusivas y, por otra, la realidad es que la legislación vigente nos deja atados de pies y manos

Aun cuando el Tribunal Supremo dijo en estas Sentencias que la cláusula suelo no es abusiva, no puedo evitar hacer un paréntesis y dejar constancia que **los notarios, en esta materia, nos encontramos entre la espada**

y la pared: por una parte, la sociedad nos pide con toda lógica una intervención más activa en materia de control de cláusulas abusivas y, por otra, la realidad es que la legislación vigente nos deja atados de pies y manos. El sistema actual de fiscalización de cláusulas abusivas, basado en la existencia de una sentencia firme y la posterior inscripción en el Registro de Condiciones Generales, ha fallado estrepitosamente. Pero ya hemos visto que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013 anuló, también por una cuestión de reserva de ley, el art. 30.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia financiera, que nos atribuía un control de legalidad en este campo, por lo que se nos privó de uno de los limitados instrumentos legales a nuestro alcance. **La mejor solución al problema de las cláusulas abusivas pasa por atribuir a los notarios un control de legalidad efectivo que nos permita rechazarlas.** La Justicia preventiva es la que evita los pleitos. Es bien simple y elemental: si desaparecen las cláusulas abusivas de los contratos, se acabó el problema.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2013**, de una manera más incidental, también vino a sembrar dudas no tanto directamente sobre la función notarial cuanto sobre la seguridad jurídica de las escrituras autorizadas por el Notario con base en el llamado *poder general*. Se trataba, en este caso, de un poder general con facultad de donar otorgado por un padre en favor de un hijo poco antes de ingresar en una residencia, siendo revocado el poder unos años después por el poderdante, habiendo realizado el hijo apoderado en el ínterin una donación de la vivienda habitual del padre a la pareja de hecho del propio apoderado. Posteriormente, el padre instituyó heredera a otra hija, que es quien impugnó la donación. Dejando aparte las razones de Justicia material que puedan estar en el fondo del fallo, una vez más el problema radica en la *ratio decidendi* de la Sentencia.

La Sentencia afirma de manera muy polémica que, cuando el poder tiene por objeto actos de disposición, es preciso que se especifiquen los bienes objeto del poder, dado que «no es suficiente con referirse genéricamente al patrimonio o a los bienes del mandante». Tal afirmación, referida a todos los actos a título dispositivo, incluidos los onerosos, ha sido muy discutida en la doctrina, pues no se atiene al texto y sentido de los arts. 1712, 1713 y 1280 CC. La cuestión se agrava, porque **exigir que conste identificado el bien en los poderes generales que se pretendan utilizar para realizar en los actos dispositivos a título oneroso**

NOTARIA

rompe con el estado doctrinal y jurisprudencial de las cosas, ya no de décadas, sino incluso de siglos, y dejaría, si se confirmase la Sentencia, en la más pura inseguridad jurídica multitud de actos que se han celebrado y se celebran continuamente con base en esa frecuente modalidad de poderes.

El Tribunal Supremo carga sobre las espaldas del Notario las anomalías de un sistema cuyo deficiente funcionamiento no le puede ser imputado en absoluto

La Sentencia toma por base otra anterior, de 26 de noviembre de 2010, relativa a un poder general para pleitos y a la facultad de transigir, en la que emitió un voto particular el mismo Magistrado (O'Callaghan) que ha sido ponente en la que estamos comentando y cuya argumentación está en la base de la doctrina contenida en la misma. En definitiva, poco podría objetarse si la doctrina de la Sentencia de 6 de noviembre de 2013 se hubiese limitado a la donación realizada, sobre la que existen serias dudas en la doctrina que pueda otorgarse con base en un poder general, aunque figure en el mismo la facultad de donar. **Extender tal doctrina al conjunto de actos dispositivos contenidos en un poder general no parece admisible en absoluto por ser contrario a la propia legalidad vigente.** Además, y dados los precedentes de las sentencias anteriormente comentadas, aunque no se dice expresamente, parece latir otra vez de forma un tanto inexplicable en la Sala 1.^a del Tribunal Supremo la desconfianza hacia el Notario, como si se desconociese o no se tuviese en cuenta el asesoramiento que recibe el poderdante y el consentimiento informado que presta, después de ser advertido por el Notario del alcance y de las importantes consecuencias sobre su patrimonio del documento público que otorga.

Aunque por otro tipo de consideraciones, también ha afectado negativamente a la función notarial y ha generado una fuerte y justificada reacción la **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014**. Se trata del caso del Notario que autoriza una compraventa con base en una nota simple



continuada registral en que la finca aparece libre de cargas, aunque luego resulta que existe anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad, en el momento de la autorización, un embargo sobre la finca vendida. Lo sorprendente es que, a pesar de la existencia de la nota simple continuada declarando la finca libre de cargas, se responsabiliza al Notario, en una suerte de responsabilidad objetiva, sin perjuicio del derecho a repetir frente al Registro, que se deja apuntado, y que es la prueba evidente de que el propio Tribunal sospecha que el Notario no es el culpable del perjuicio al comprador.

Lo esencial es que se hace responsable al Notario en todo caso de las cargas no declaradas en la escritura, con independencia de si la responsabilidad en la inexactitud es imputable a la Notaría o al Registro. Dejando aparte el problema de la deficiente valoración de la prueba en el pleito en cuestión, que venía de los tribunales de instancia (no quedó acreditado en absoluto que el Registro hubiese remitido otra nota en la que se consignase el embargo), lo esencial es la cuestión de fondo: **el Tribunal Supremo carga sobre las espaldas del Notario las anomalías de un sistema cuyo deficiente funcionamiento no le puede ser imputado en absoluto.**

El incumplimiento reiterado por la Corporación Registral de las leyes 4/2001 y 4/2005, que prevén el acceso directo del Notario al Registro, cuya implementación solucionaría automáticamente este tipo de problemas, no puede ser desconocido por el Tribunal Supremo, y, desde luego, no puede demorarse más la decisión del Gobierno de ejecutar unas leyes cuya no aplicación está produciendo tantos y tan reiterados perjuicios a ciudadanos y a empresas. Al final, estamos en un escenario similar al de las cláusulas abusivas: se priva al Notario por el Poder Ejecutivo de los mecanismos legales (en este caso, incluso vigentes) que le permitirían dar al consumidor la protección jurídica adecuada, pero ello no impide que el Poder Judicial le haga responsable, por activa o por pasiva, de los perjuicios producidos. Un estado de cosas tan injusto el Notariado no puede ni debe aceptarlo por más tiempo.

Doctrina de la DGRN

En estos tres años, se ha producido un cambio unidireccional muy acusado en la doctrina de la DGRN que no puede sino calificarse de *muy negativo e inaceptable*. Siempre se había hablado del carácter «pendular» del Centro Directivo, pero ni de lejos las cosas habían llegado nunca al punto actual

de desequilibrio. Esta evolución doctrinal ha sido muy estudiada en distintos medios notariales, pero, sin ánimo de ser exhaustivos, es preciso recordar y analizar muy sucintamente los pronunciamientos más hirientes.

Por una parte, tenemos toda una serie de resoluciones que una y otra vez devalúan el documento público notarial, ampliando el ámbito de la inscripción de los convenios extranotariales de separación o divorcio, en los que todo cabe (resoluciones de 11 de abril, de 8 de mayo, de 7 de julio y de 5 de diciembre de 2012), e incluso los convenios urbanísticos, interpretando *pro domo sua* el art. 3 LH (Resolución de 11 de junio de 2012), e incluso, como hemos dicho, abriendo el Registro a documentos extranjeros sin exigir equivalencia de formas o unos requisitos mínimos (Resolución de 22 de febrero de 2012). Al final, la DGRN se libera de sus propios límites, amparando futuros cambios de criterio, negando el carácter vinculante de las resoluciones (resoluciones de 9 y 13 de marzo y de 4 de abril de 2012).

Por otra parte, tenemos toda otra serie numerosa de resoluciones impregnadas de una visión profundamente registralista. En materia de calificación de suficiencia de poderes, un precepto tan claro como el art. 98 LH, que tuvo un respaldo consolidado de la propia DGRN, ha sido sistemáticamente eludido y bordeado (Resolución de 28 de enero de 2014, entre otras muchas). La perla es, sin duda, la Resolución de 6 de marzo de 2012, que llega a declarar que «*un derecho de propiedad al que se impidiese su acceso al Registro no sería un verdadero derecho de propiedad*». Al mismo tiempo, el ninguneo de la función notarial en beneficio del papel que desempeña el Registrador parece no tener límite (resoluciones de 7 y 25 de junio y de 2 de octubre de 2012).

En conclusión, un análisis detenido y minucioso de la legislación impulsada en relación con la función notarial en estos tres últimos años por el Gobierno de la Nación, muy particularmente por el Ministerio de Justicia, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la DGRN, no puede sino determinar que **el Notariado tiene un muy grave problema, pues nada menos que los tres poderes del Estado, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, están tomando unas decisiones que ponen directamente en entredicho los fundamentos de la función notarial y los equilibrios del sistema de seguridad jurídica preventiva.** Tal estado de cosas es profundamente contradictorio y perturbador. El Notario es un funcionario público que ejerce una función pública por delegación

del Estado. Ningún Estado toma o debería tomar decisiones contra sí mismo. Pero esto es tristemente lo que está sucediendo.

El Notariado tiene un muy grave problema, pues nada menos que los tres poderes del Estado están tomando unas decisiones que ponen directamente en entredicho los fundamentos de la función notarial y los equilibrios del sistema de seguridad jurídica preventiva

Como he dicho en otro lugar, el control preventivo de la legalidad que realiza el Notario se convierte en su más eficaz defensa, pues permite la realización efectiva de la ley e impide su transgresión, dado que actúa *ex ante*, con carácter previo a que pueda producirse. La revisión posterior de los actos o negocios jurídicos que puede realizar, por ejemplo, el Juez o el Registrador no deja de comportar cierta frustración en los resultados, pues no responde ya a ese ideal de Justicia preventiva, que consiste precisamente en que el acto se amolde estrictamente al imperio de la ley y, por lo tanto, nazca válido, lícito y eficaz desde el momento mismo en que se han dado las manifestaciones concurrentes de las partes, algo que, por definición, solo puede conseguir el Jurista representante de la Administración, esto es, el Notario, que ha participado en la generación y el posterior nacimiento del acto.

El problema, al fin, es de la sociedad española en su conjunto, que más pronto que tarde verá cómo el debilitamiento de la función notarial y la laminación del documento público merman gravemente el nivel de seguridad jurídica que constitucionalmente tiene derecho a exigir de los poderes públicos. Es preciso decir también que la Dirección notarial, en especial, la Presidencia, no ha estado a la altura, pues en defensa del interés general y los valores que entraña la función notarial habría tenido que mantener una actitud menos pasiva y tolerante, más enérgica y firme. Mis discrepancias y mi falta de resignación ante los malos tratos que desde tantas instancias se nos infligen, sin que desde el Consejo General del Notariado se hayan dado las respuestas y soluciones adecuadas, me aconsejaron un cierto repliegue temporal, que no supone abdicación de mis principios ni cambio en mi talante de leal pero enérgica negociación, ni renuncia al cambio de rumbo que necesita la profesión. Pero ese es otro debate.

«Nuestro sistema de notariado latino es el mejor»

Daniel-Sédar Senghor

Presidente de la Unión Internacional del Notariado

AUTORA: Sandra Purroy
FOTÓGRAFA: Montserrat Fontich

Daniel-Sédar Senghor (París, 1950), francés de nacimiento y senegalés de sentimiento, se licenció en la Facultad de Derecho de Montpellier en 1975, año en que también se diplomó como notario. Ejerció de asistente de notario en París y Montpellier, hasta que en 1979 se incorporó a la notaría de su padre, en Dakar. Desde 1986 es el notario titular de dicha notaría, desde donde, ya unos años antes, fundó la Asociación del Desarrollo del Notariado de Senegal que culminó, en 1987, con la creación del Colegio del Notariado de Senegal.

A partir de ese momento inició su implicación en el ámbito internacional, formando parte de la Asociación Henry Capitant (1988), siendo secretario fundador de la Comisión de Asuntos africanos de la UINL (1989) y miembro fundador de la Asociación del Notariado francófono (1993), entre otros. En 2001 fue elegido vicepresidente de la UINL para África y desde el pasado mes de enero preside la Unión Internacional del Notariado.



Entrevista

P: En primer lugar, ¿cómo valora el hecho de ser el primer presidente africano de la Unión Internacional del Notariado?

R: Es cierto que es una novedad, es la primera vez en sesenta y cinco años que el presidente no es ni de América ni de Europa, en alternancia, como ha sucedido con los anteriores veintiseis presidentes. Pero en los estatutos hay un principio natural de alternancia entre continentes, y me parece necesario porque hoy el mundo es un pueblo global y necesita las fuerzas de todas las partes del mundo. El Notariado tiene los mismos problemas, sea el presidente de donde sea, y los principios fundamentales

de la autenticidad también son los mismos. Por ello mi programa no está específicamente enfocado a la especificidad africana, sino que es un programa de desarrollo de la autenticidad, poniendo en marcha nuevos grupos de trabajo dedicados a ello y a fortalecer al Notariado mundial.

P: Senegal es un país de África en el que ejercen poco más de cincuenta notarios. ¿Cómo nace su vocación notarial?

R: Mi padre era abogado y después fue notario. Así que desde que tenía diez años oía hablar mucho de la profesión notarial en la mesa familiar. Poco a poco me fue

interesando el Derecho, que estudié en la Universidad. No tenía muy claro si ser abogado, notario o funcionario internacional en las Naciones Unidas, así que me preparé para todo y, al final, encontré el sitio ideal en la notaría de mi padre. Además, mi padre fue el primero en África en interesarse por el Notariado internacional y estuvo en Barcelona, en el XIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, en 1975. En ese momento yo estaba acabando mis estudios de Derecho muy cerca de aquí, en Montpellier, y me hablaba a menudo de su profesión.

Mi programa se basa en el desarrollo de la autenticidad, el intercambio de ideas y la justificación del valor económico y social del Notariado

P: ¿Cuáles son los principales retos y objetivos de la UINL actualmente?

R: El objetivo principal es el del intercambio entre notariados de diferentes partes del mundo. Inicialmente fue entre Europa y América, con dieciocho miembros fundadores en el Congreso de Buenos Aires, el 2 de octubre de 1948. Allí nació una relación particular entre el presidente fundador, Juan Negre, argentino, y el presidente Núñez Lagos, que era español. Ellos son los dos fundadores del intercambio de ideas que llevó a la creación de la Unión Internacional. El objetivo era intercambiar ideas, confrontar la comprensión de la autenticidad, y unificar las fuerzas de varios notariados para el desarrollo de esta profesión. Hoy, como entonces, esas ideas son las mismas, porque ya en 1948 creyeron que no hay contestación mayor a la función social del Notariado ni a su utilidad económica y social. Pero hoy vivimos una situación en que las fuerzas económicas y financieras pretenden gobernar el mundo. Y aunque no hay opción perfecta, creo que la respuesta mundial está en la diversidad. Todos los grupos tienen una pequeña parte de respuesta, de modo que en mi programa hay intercambio de ideas pero, al mismo tiempo, hay la justificación del valor económico y social del Notariado. Creo que no hay profesión en este mundo que sobreviva si no justifica cada día su utilidad. Muchos creen que es una profesión de notoriedades y la imagen del Notariado no es todavía





muy buena. Tenemos que comunicarnos y demostrarlo, no solo en el círculo de los notariados, sino a la sociedad. Y al mismo tiempo tenemos que escuchar, porque si queremos servir tenemos la necesidad de entender lo que el mundo espera de nuestra profesión. No podemos solo tratar de vender lo que queremos, sino que debemos vender lo que quieren comprar.

P: ¿Qué países están actualmente liderando el Notariado Internacional? ¿Y en cuáles se prevé un mayor crecimiento en el futuro más inmediato?

R: No hay un país en particular, porque hay capacidades e individualidades en todos los países. Uno de los milagros de la Humanidad es que el talento reside en todos los lugares. Hay países pequeños, como Senegal, donde hay unos cincuenta notarios —que a finales de año serán sesenta—, pero con una actividad importante en relación al negocio real en el país. Sin embargo, en un país como Uruguay, solo en Montevideo ciudad cuentan con más de dos mil quinientos notarios. Y todos los países pueden ofrecer históricamente la conciencia ética y moral. Por ejemplo, la Unión ha tenido dos presidentes de España, Rafael Nuñez Lagos y Juan Vallet de Goytisolo, que eran realmente modelos para todos los notarios. Personalmente tuve el privilegio de conocer a Vallet de Goytisolo en el Congreso de París de 1979 y su personalidad me impresionó mucho. Él ha sido el último presidente de honor de la Unión Internacional, ya que la función desaparece. Italia, por ejemplo, comparte con España una cosa muy importante en el Notariado que es la oposición, que supone que no se accede a la profesión por herencia de padres a hijos sino a través de una selección de verdad. Es importante porque el hecho de pasar una oposición tiene una alta consideración social. También hay países pequeños, como los países Bálticos o Letonia, que son notariados que existían ya en la época comunista pero eran puramente funcionarios. Al salir del comunismo, en los años 90, decidieron realmente apostar por el futuro y ahora es impresionante ver su capacidad en nuevas tecnologías: no tienen papeles en las notarías, la escritura es electrónica, la firma es digital, existe la teletransmisión instantánea de la escritura del notario en los registros públicos... Países de poco más de cien notarios son líderes mundiales en este ámbito. Luego está China, que ha creado un

notariado *ex novo*, hace veinte años y ahora hay notarías que ocupan edificios de diez pisos, donde más de quinientas personas firman más de cincuenta mil escrituras por año. Son las más grandes del mundo, y se basan en un capitalismo comunista, que no está muy lejos del partido comunista chino. Los notarios no tienen autorización para salir del país más de una vez al año pero, al mismo tiempo, el país cuenta con los mayores capitales del mundo. También hay notarios de gran valor en Quebec, que tiene una capacidad capitalista, muy norteamericana, de organizar una fundación con un sistema de seguridad que es un organismo muy fuerte financiado por la Cámara de Notarios de Quebec, y notarios que tienen una capacidad académica muy clásica. Y tenemos profesores de mucho valor y calidad en México o Argentina, especialmente en la Universidad Notarial Argentina, y en la Academia Notarial Americana, que es muy potente e intercambiará conocimiento con la Academia Notarial Europea, con sede en Barcelona.

Soy favorable a la apertura de la Unión Internacional del Notariado a notariados “no puros”

P: La UINL cuenta ya con más de ochenta países miembros. ¿Cuáles está previsto que sean las próximas incorporaciones?

R: Hay tres próximas incorporaciones y, al mismo tiempo, saldrán algunos países que son miembros pero que dejarán de serlo por razón de ética o de desinterés, ya que llevan más de quince años sin pagar la contribución. Actualmente tenemos ochenta y seis notariados, treinta y nueve en Europa, veintidos en América, diecinueve en África y seis en Asia. En Europa ya no tenemos mucha posibilidad de desarrollo, quizás hay posibilidades en Kazajistán, Uzbekistán o Armenia. En países como Irán es más difícil, porque su comprensión del Notariado no es conforme al Notariado latino, aunque también me pregunto si debemos ser muy estrictos con el carácter muy latino, ya que el futuro es intercambio, y si notariados como el de Inglaterra —que es del tiempo romano— no tienen la posibilidad de hablar con sus autoridades sobre cómo desarrollar de una manera fuerte el

Notariado, ¿cuál debe ser nuestra posición? ¿No aceptarlos como miembros porque no son notariados puros? ¿O considerar que no son hermanos, pero sí sobrinos, y que con ellos debemos hablar sobre las posibilidades de fortalecerlos y llegar a ser un día notariados de verdad? Es difícil porque en el mundo anglosajón prevalece el sistema de *Common Law*, que rebate la utilidad de la autenticidad, y al mismo tiempo existen pequeños grupos que quieren importar nuestro sistema. Creo, pues, que en la Unión existe un debate acerca de la apertura, y yo soy favorable a ella.

Veo muchas posibilidades de desarrollo del sistema del *Civil Law* en unos cuarenta países del mundo

P: ¿En qué países existen grupos que apuestan por la integración al sistema de notariado latino? ¿Dónde existe la posibilidad real de implantarlo?

R: Existen en lugares como British Columbia, Canadá, Florida, Cambera, Australia o Nueva Zelanda, y creo que son una oportunidad de exportar nuestro sistema al sistema anglosajón. En la conferencia que tendremos en Honolulu el próximo mes de octubre continuaremos trabajando en la línea de mi predecesor, Jean Paul Decorps, quien organizó una gran conferencia en Montreal sobre este tema. En África también podemos avanzar, aunque las instituciones financieras internacionales no apuestan por el desarrollo del Notariado. Pero pienso en países como el Congo —que es el país más rico del mundo—, en los países lusófonos —como Angola, Cabo Verde, Guinea-Bissau, Mozambique, Santo Tomé o en Guinea ecuatorial— el único país africano en que se habla español, un país muy cerrado, porque es un Emirato que cuenta con petróleo y no quiere compartir su riqueza. También en países del cono austral de África —como Sudáfrica, Namibia, Lesoto o Botswana— donde tienen un Notariado antiguo, del tiempo holandés, que se federó con los abogados y es un Notariado auténtico. Finalmente, en Seychelles, Gibuti y países del océano indico también podemos avanzar. Asia es difícil porque no conoce nuestra técnica, pero hay países muy interesados por el Notariado, como lo fue China. En India, por ejemplo, hay una



Entrevista

ley notarial que es una copia de la ley francesa; el problema es que nadie la cumple. En definitiva, veo muchas posibilidades de desarrollo de nuestro sistema más o menos en cuarenta países, lo que supondría que la Unión Internacional alcanzara o superara los ciento treinta miembros. Aun así, no me importa tanto la cifra como la calidad de su contribución.

Por una parte, los notarios debemos ser conscientes de la peligrosa situación actual, tener ideas y construir una estrategia.

Por otra parte, disponer de un sello europeo sería importante para que la firma notarial tenga validez en cualquier país

P: ¿Prevé este crecimiento de la Unión Internacional a corto plazo?

R: En África lo veo posible en poco tiempo. Hoy ya podemos decir con orgullo que contamos con diecinueve países, aunque son países de menos de 10 millones de habitantes, como Senegal, Guinea, Costa de Marfil, Togo, Benín o Gabón. No contamos con países como Egipto, Etiopía, Nigeria, el Congo, Sudáfrica o Angola, que tienen 70 ó 100 millones de habitantes. Si no llegamos a estos países, la situación del Notariado será crítica. Creo sinceramente que nuestro sistema de derecho civil, por lógica, es mejor. Y lo es en razón de derechos humanos, en humanidad y por basarse en un profesional privado pero concesionario de una función pública por delegación del Estado. Además, respeta la libertad del consumidor de elección de notario y el coste del sistema no es alto. Evidentemente, como todo servicio, tiene un coste para que se pueda ofrecer, pero es el Estado quien lo decide. Este varía de un país a otro pero, en general, no es caro en comparación con el coste cuando no hay notario y se recurre a la vía contenciosa. La realidad del mundo de hoy nos obliga a que, si queremos exportar el modelo, necesitamos un estudio con números reales para demostrar que es mejor.

P: ¿Cómo cree que debería realizarse este estudio económico?

R: Este es el corazón de mi programa, y es una cuestión de voluntad que requiere de la cooperación de la Universidad y de los notariados fuertes, y permitirá valorar el coste real. En los ochenta y seis países miembros de la UINL hay unos trescientos mil notarios. Si ellos entienden que es una cuestión de vida o muerte, porque las críticas a la profesión hoy tienen mucha fuerza y es la alternativa para sobrevivir, asumirán un coste de 10 dólares para salvar su profesión. Esto supondría 3 millones de dólares con los que podemos pagar un estudio serio con Standard & Poors o Moodys, por ejemplo, basándonos en la idea de que queremos exportar el sistema al mundo anglosajón, que es al que pertenecen estas agencias. La pregunta a la que no tengo respuesta es a la conexión que hay entre los enemigos de la autenticidad —mayoritariamente abogados de los países anglosajones, que trabajan en firmas multinacionales, en las que trabajan quinientos abogados, y quieren invadir el mundo— con Washington y con los políticos. Existe una gran capacidad de corrupción, la clave de las decisiones pasa por ahí, y en un mercado así el Notariado no sabe cómo sobrevivir.

Para responder a la presión de los gobiernos, la ética es una condición principal

P: ¿Cuál es el valor principal que aporta el Notariado en el contexto socioeconómico actual?

R: Para mí el principal valor es el valor social de preconstitución de la prueba. Si tienes un derecho hay una necesidad de demostrar la prueba de ese derecho, porque si no puedes, es como si no tuvieras ese derecho. Y, a falta de imaginación, me parece que el mejor sistema, hasta hoy, de preconstituir una prueba escrita de un derecho es la fe pública, la escritura pública. Un día quizás encontremos otros medios de prueba mejores, y será nuestra obligación aceptarlos, pero hasta hoy es el mejor sistema de demostración de la prueba. Y la consecuencia es la paz, porque cuando demuestras un derecho, si no hay corrupción de las Cortes —lamentablemente, un gran

problema a nivel mundial—, es el mejor sistema y el menos caro. Pero no es el sistema del mayor poder del mundo, que son los Estados Unidos de América, cuya cultura pasa por creer que lo que es americano es bueno, y lo que no es americano es malo.

Paradójicamente, la crisis es positiva porque en una situación de crisis todos tienen la obligación de mirar realmente cómo funciona un sistema. Vivimos un momento en que América pierde influencia, porque el principal factor que permite influenciar es el dinero. Y una de las razones de esta pérdida significativa de su capacidad económica es el contencioso ocasionado por la ausencia del valor de la autenticidad. De modo que ahí hay una oportunidad para exportar nuestro sistema.

P: ¿Los notarios deben reorientar o adquirir nuevas funciones?

R: Creo que todo, cada día, debe reconsiderarse. Son positivas las actividades adicionales y no debemos cerrar las puertas a nuevas actividades. En el pasado, el notario estaba presente en el contencioso, en la preconstitución de la prueba. Y contamos con una capacidad tradicional, de prestación jurídica, además de estar muy preparados para la mediación y la solución alternativa de conflictos. En el momento actual más que nunca, la responsabilidad del Estado es invertir el dinero público únicamente donde es necesario, de modo que temas como las bodas ante notario, o los divorcios no contenciosos son ya fórmulas que se llevan a cabo en muchos sitios. Portugal, por ejemplo —que es un Notariado muy pequeño, fuera del ámbito inmobiliario o de la empresa— es muy activo en mediación familiar, y espero que haya una gran cooperación con España. Este es otro de mis ejes de actuación: la ambición por los nuevos mercados, la negociación y la mediación. También es importante el programa EUFIDES, de cooperación entre notarios en Europa. En España hay una población alemana u holandesa, por ejemplo, muy importante, que poseen propiedades o negocios, y es muy importante que los notarios de estos países y los de España se puedan enviar escrituras directamente. Pero creo que el futuro no es únicamente este sistema. Hay que contar con un sello europeo y que la firma notarial tenga validez en Alemania, Inglaterra, Francia o en cualquier país, porque esta es la tendencia mundial en muchos otros ámbitos, como los bancos o las aseguradoras. Tenemos la obligación de



dar batalla en este sentido, y si los notarios trabajan en empresas pequeñas no podrán competir con las grandes empresas. Esta es mi convicción personal, aunque sé que no es la convicción mayoritaria en Europa.

P: ¿Qué importancia tiene, en este marco, el componente ético y deontológico de la profesión?

R: Me parece muy importante porque es el lugar en el cual el Notariado puede diferenciarse respecto a otras profesiones y, en particular, de los abogados. En la Unión Internacional tenemos una Comisión de Deontología y adoptamos en el último Congreso, en Lima, una carta de ética y un código de ética y deontología de la Unión. No podemos decidir que sea obligatorio en todos los países, pero podemos recibir la ratificación de todos los notarios a este corpus común para exportar esta carta a las legislaciones nacionales de todos los países. Entre mis grandes objetivos, uno es la deontología. Otro, como comentaba antes, es el de contar con un grupo de trabajo para demostrar el valor económico de la autenticidad.

Quiero construir una Agencia Notarial Internacional para acceder a los grandes contratos de partenariado público-privado

P: En el ámbito de las nuevas tecnologías ¿cuáles son los principales retos?

R: El reto es conseguir una migración tecnológica para tener todos los notariados del mundo al mismo nivel. Así, crearíamos una Bolsa de intercambio entre notariados fuertes y pequeños en tecnología. Creo que la fuerza de una institución viene marcada por el nivel más bajo, de modo que tenemos que conseguir que los pequeños progresen para ofrecer una respuesta mundial tecnológica.

P: También ha hablado en reiteradas ocasiones de la importancia de los contratos de partenariado público-privado. ¿Cuál es su objetivo en este ámbito?

R: El Estado no lo puede hacer todo — energía, transporte, construcción de

hospitales o prisiones... — y todo ello son mercados y supone contratos. ¿Y por qué estos contratos no pasan por el notario? Porque no tiene la capacidad necesaria para que sea así y son muy complejos. Pero hay juristas que los preparan y ¿por qué esos juristas no son notarios? Porque, una vez más, los notarios trabajan en empresas pequeñas. Quisiera construir una Agencia Notarial Internacional, con diez notarios que estén muy interesados en este sistema, y que puedan desarrollar una competencia dedicada a esto. Así, los trescientos mil notarios del mundo podrían acudir a la autoridad que corresponda —al alcalde, al gobernador, al ministro o a un diputado— y preguntar sobre esos contratos. Hoy no lo hacen porque no saben cómo hacerlo. Pero si tienen el apoyo de la Agencia Notarial Internacional, con el sello de la Unión, podrán acceder a los grandes contratos que mueven mucho dinero. Y no es que me interese el dinero, pero sí es necesario para influenciar, porque si una profesión es fuerte es porque tiene dinero y, si no, desaparece. De modo que es importante encontrar nuevos mercados para ofrecer dinero a la profesión. Y en el marco de este partenariado privado-público hay que

entender la carta de ética mundial que comentaba antes, que sería el corolario obligatorio de la Agencia Notarial Internacional de partenariado público-privado. Sabemos que en estos partenariados, los grandes contratos son la mayor oportunidad de corrupción de los gobiernos. Si hay una carta de ética y una obligación de los notarios de luchar contra la corrupción en estos contratos, no habrá institución financiera internacional que pueda trabajar de otra manera que no sea así. Para responder a su presión, la ética es una condición principal. En un mundo globalizado no podemos aceptar estas prácticas. Espero que todos los notarios se comprometan a esta obligación ética. A veces me llaman “Senghor, el soñador” porque tengo un sueño maravilloso para el Notariado. Pero también dicen que “*Make your dreams come true*”, así que ¿por qué no? El sueño depende de nosotros, los notarios.

P: En cuanto a las vías de acceso a la profesión, ¿considera mejor la oposición o un examen?

R: Me parece que el ejercicio del Notariado requiere de una alta califica-





Entrevista



ción. El principio general es que una profesión no tiene el derecho de existir si no justifica que ofrece un servicio, y para ello necesita ofrecerlo con calidad. Los notarios deben ser quienes ofrezcan el mejor servicio jurídico. Si no lo ofrecen, desaparecerán. Y para ser los mejores a nivel de formación y de educación nadie dirá que la oposición para acceder a la profesión no sea un buen sistema. Pero la carrera de notario dura 30 o 40 años, y en ese tiempo las leyes y la tecnología cambian. Eso significa que deben tener una gran formación cuando empiezan, pero tienen la obligación de actualizar el conocimiento cada día. En España e Italia la oposición funciona muy bien. En Francia no acceden por oposición, pero también tienen un buen Notariado. También creo que tenemos la necesidad de abrir la puerta al intercambio con otras profesiones. La fuerza de los abogados, por ejemplo, es que cuando hay un cambio de gobierno, inmediatamente todos los miembros salientes son invitados a incorporarse a despachos. Eso quiere decir que tienen influencia. Debemos considerar la posibilidad de colaborar con abogados o políticos, porque estamos en un mundo en el que las ideas no son suficientes.

P: ¿Cómo valora la designación de Barcelona como sede de la Comisión de Asuntos Europeos de la UINL y de la Academia Notarial Europea?

R: Me parece muy positiva por muchas razones. La primera es por la tradición existente aquí. La segunda, porque Barcelona es una gran ciudad, con todos los servicios y con líneas aéreas directas desde toda Europa. Y en tercer lugar, por la generosidad del Colegio Notarial de Cataluña, que entiendo que ha hecho un gran esfuerzo para acoger a la Comisión. A la primera reunión, que tuvo lugar en octubre, fui invitado pero no acudí por respeto a mi predecesor, Jean Paul Decorps, el gran arquitecto de la Unión en los últimos años, quien finalizaba su mandato. Me consta que la reunión fue un éxito de participación, acudiendo una gran representación no solo de miembros de la Comisión Europea, sino también muchos notarios de toda Europa.

P: En cuanto a la Academia Notarial Europea, ¿cuáles son sus principales objetivos?

R: El primer objetivo es el intercambio entre intelectuales del Notariado,

universidades, abogados, estudiantes, y todo aquél que esté interesado. El segundo es construir una base de información con múltiples entradas, que permita introducir una palabra y, con un buscador, encontrar inmediatamente artículos o conferencias con doctrina o jurisprudencia sobre aquel tema. En todos los congresos, seminarios o simposios se realiza una obra magnífica que a menudo se queda ahí porque no sabemos dónde encontrar los trabajos. Yo mismo preparé trabajos en los años 90 que hoy en día no sé dónde encontrar. No es necesario construir cosas nuevas cada día, ya que existen trabajos hechos hace mucho tiempo que son útiles y pueden alimentar esta Academia. Me parece también muy importante el intercambio con la Academia Notarial Americana.

La Academia Notarial Europea debe facilitar el intercambio entre intelectuales y construir una base de información doctrinal y jurisprudencia

P: ¿Qué mensaje lanzaría a los notarios de nuestro país?

R: En primer lugar, les preguntaría si son conscientes de que la situación de hoy es muy peligrosa, ya que muchos notarios todavía no lo perciben así. Existe realmente un complot internacional, del que muchos aún no son conscientes. Como presidente mundial veo cómo el problema es el mismo en África, América, Asia y Europa, y cómo son las mismas instituciones las que tienen la ambición de destruir nuestra profesión. Tenemos realmente que entender que esta es la situación. Pero al mismo tiempo quiero lanzar un mensaje de esperanza, porque lo primero es ser consciente de la situación; lo segundo es tener ideas; y lo tercero es construir una estrategia para luchar contra ello. Y creo que nuestro sistema contiene realmente los valores necesarios para conseguirlo, unos valores en los que debemos creer. Debemos tener la confianza de que lo podemos hacer y, si somos solidarios y mostramos nuestras capacidades, demostraremos en un futuro la gran calidad de la profesión notarial.



«La asignación de la gestión del Registro Civil a los registradores mercantiles es un error»

Rafael Lara Hernández

Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFÍA: Colegio Nacional de Secretarios Judiciales

Rafael Lara Hernández (Madrid, 1963) es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Ingresó en el Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios Judiciales en el año 1993 y, tras diversos destinos, ocupa el puesto de Secretario Coordinador Provincial de Valencia desde el año 2006.

Ha sido Profesor de la Universidad de Valencia en cursos de posgrado en materia de calidad y gestión de las Administraciones Públicas y ha participado en diversos seminarios sobre el tema a nivel internacional. Además, cuenta con dos másters en Derecho y nuevas tecnologías y es Diplomado en Protección de Datos por la Universidad de Valencia.

Desde junio de 2008, es Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales.



Entrevista

P: ¿Cuáles son sus principales objetivos como Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales a corto, medio y largo plazo?

R: Mi principal objetivo es ser lo que somos, seguir trabajando por ello y por la dignidad profesional de un cuerpo superior y jurídico que —no por decirlo muchas veces deja de ser una realidad— es un elemento clave para el servicio público de la Justicia.

El Cuerpo de Secretarios Judiciales no solo es motor del proceso judicial, sin cuya intervención no se estarían alcanzando los resultados que se están obteniendo, con una agilización evidente de los procesos y un nivel de resolución nunca vistos, sino que, además, somos un verdadero motor de la economía, un elemento dinamizador y generador de competitividad. Hemos demostrado este año cómo cada Secretario

Judicial contribuye a la generación de recursos directamente a la Hacienda Pública en más de 182.000 euros anuales. Cada uno de nosotros. Este factor, que nos diferencia de otros cuerpos superiores, debe tener su reflejo en nuestro estatuto y en los incentivos de todo orden, incluso económicos, que ya no solo digo que merecemos, sino que, evidentemente, serían altamente positivos para mejorar aún más los resultados alcanzados.

Por tanto, nuestros objetivos son ni más ni menos que dar solo pasos adelante y cada día aportar, contribuir, ofrecer mejoras para el servicio público, así como, por descontado, oponernos, rechazar justificadamente lo que entendamos son errores y exigir el reconocimiento que demandamos, porque es de justicia.

Somos un elemento clave para el servicio público de la Justicia

P: ¿Cuál destacaría de los objetivos ya alcanzados a lo largo de su mandato?

R: Creo que esa valoración debe hacerse cuando llegue el momento. Por ahora, me quedo con una sólida tranquilidad de conciencia.

P: ¿Cómo afecta el contexto de crisis a los secretarios judiciales?

R: Nos ha afectado profundamente, pues no solo se ha incrementado en los primeros momentos de la crisis la entrada de asuntos en los juzgados —y, con ello, la carga de trabajo, con menos medios humanos y materiales que coordinar como directivos de las oficinas judiciales—, sino que medidas que —insisto— son de justicia estatutaria no han podido llevarse a cabo por la carencia de recursos. La más llamativa, tal vez, sea la situación de nuestros compañeros más jóvenes, discriminados respecto de todos los demás funcionarios del Estado con un sistema de categorías indigno que les exige diez años para mejorar en nivel, frente a los dos años del resto de la función pública y la judicatura —y, como premio, un sueldo inadecuado a las responsabilidades que asumen desde un principio. Cada vez

que pienso en ello, veo más injusticia en este trato.

Tenemos la promesa del Ministro, hace dos años, de solucionarlo. Pero el tiempo pasa y no solo con eso se puede ir cada mañana a trabajar ilusionado. Nosotros seguiremos trabajando para alcanzar una solución, sin cejar en absoluto. Y, aunque estoy convencido de que se obtendrá, el tiempo sigue causando daño, y eso sencillamente no es admisible.

Por lo demás, la crisis ha afectado a todos los funcionarios con pérdidas de derechos económicos y estatutarios que poco a poco se van recuperando, pero aún mantenemos un nivel bajo de reconocimiento y recuperación, mínimos incentivos a la productividad y otras cuestiones que el Ministerio ha de solucionar. No solo por los secretarios judiciales, sino por el servicio al ciudadano.

P: ¿Cómo valora la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial? Y, más concretamente, ¿cómo la valora en cuanto a las competencias procesales de los secretarios judiciales adquiridas a raíz de la reforma de la Ley del 2009?

R: La nueva reforma de la LOPJ aún está en anteproyecto. Hemos trabajado muy duro para evitar los errores que de seguro se podrían producir con determinados dictados de los textos anteriores, y creo que hemos alcanzado una situación de mejora evidente. No se ha obtenido todo lo que pretendíamos, pero se ha llegado muy lejos, y en ello he de agradecer la escucha activa del Ministerio y de nuestro Secretario General. Pero el proceso sigue y hay que seguir atentos.

La Nueva Oficina Judicial ha doblado la efectividad y la eficacia

En cuanto a las competencias procesales, se mantienen intocadas, pero hemos de estar muy atentos, pues en cada nueva reforma surgen los grupos involucionistas que, ciegos a la exitosa realidad de las competencias que hemos asumido, por los evidentes buenos resultados que está arrojando —en el último año se han resuelto 200.000 ejecuciones más de las que entraron, y eso gracias a nuestras competencias, o se han incoado





absolutamente todas las demandas y tramitado a tiempo—, pretenden una vuelta a un pasado que actualmente sería el caos para una Justicia moderna como la que buscamos y a la que contribuimos.

P: En cuanto a la Nueva Oficina Judicial, ¿cómo valora su objetivo e implantación? ¿Es la solución al colapso judicial? ¿Cuál es el problema fundamental de la Justicia?

R: El informe que hemos presentado recientemente, *El Secretario Judicial en cifras 2013*, que efectúa un análisis estadístico de los datos de actividad de los órganos judiciales, arroja un resultado sobre la Nueva Oficina Judicial incontestable. Se han duplicado los resultados. Se ha doblado la efectividad y la eficacia. Y ello ha acallado muchas voces que no pueden sino reconocer la bondad del modelo, que, como todo, debe seguir ajustándose, pero que es altamente positivo para la Justicia en España. No hay parálisis, ni vuelta atrás; solo hay pasos adelante, con la Nueva Oficina Judicial.

Ahora toca profundizar en el modelo, mantener los principios de la reforma

que lo instituyó —la reforma de la LOPJ del 2003 en la nueva LOPJ— y adaptar la misma a una nueva futura realidad: los tribunales de instancia. En eso pugnamos y batallaremos.

En respuesta a la segunda parte de su pregunta, la Justicia tiene un problema fundamental: unas estructuras viejas, decimonónicas a todos los niveles organizativos y de distribución competencial, que deben solucionarse. Y unos procesos judiciales lentos y costosos que hay que analizar y optimizar. La reforma procesal del 2009, que nos dio competencias de calado en el proceso, es solo el principio. Si se quieren solucionar los problemas de la Justicia, hay que seguir en esa línea y dar el paso ya, de una vez, sin miedo a una encomienda competencial moderna y eficaz, unida al exigible y debido reconocimiento profesional que nos permita hablar de verdad de gestión del talento de la organización —que lo hay, y mucho.

P: ¿Qué papel deben jugar los secretarios judiciales en el marco de la jurisdicción voluntaria? Y, más concretamente, ¿qué papel deben llevar a cabo

en la resolución alternativa de conflictos, como la mediación y el arbitraje?

R: La LOPJ encomendaba a los secretarios judiciales la jurisdicción voluntaria. A nadie más. Es ley orgánica. Debería cumplirse. Sin embargo, en un mundo global y una economía moderna, es admisible la intervención en determinados aspectos de otros profesionales que puedan contribuir a que el ciudadano tenga más alternativas y reciba, en definitiva, un mejor servicio en la tutela de sus derechos.

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria no se parece en nada a esta idea. Tristemente, la soslaya, y de lo que era regla hace la excepción. Quisimos contribuir a la racional distribución competencial de la futura Ley con un acuerdo, el primero que se ha dado en la historia entre dos de los colectivos interesados en dicha Ley, nosotros y los notarios, y presentamos a nuestro Ministro el texto del acuerdo entre el Colegio Nacional de Secretarios Judiciales y el Consejo General del Notariado. Pero, a falta de examinar en profundidad el último texto de la Ley, creo que poco o nada se ha trasladado a ella. Es un error que creo a medio plazo hará asomar problemas de servicio.



Entrevista



Igualmente, la LOPJ nos encomienda la conciliación y la labor mediadora intrajudicial. No solo es una labor que nos es cercana —piense que, en laboral, nuestra labor conciliadora soluciona casi la mitad de los asuntos que llegan al juzgado—, sino que es necesaria una oferta mediadora desde lo público, pues la Justicia es y debe llegar a todos los ciudadanos independientemente de su capacidad económica y posición social.

Nuestra disposición de colaboración con los notarios es máxima

P: Según presentaba recientemente, se ha conseguido agilizar notablemente el ritmo de ejecución de expedientes. ¿Se podrá mantener?

R: Como he dicho antes, no solo se va a mantener, sino que es posible mejorarlo. Pero, como en todo, las promesas deben acompañarse de trabajo, esfuerzo y

tesón, y en eso no nos gana nadie. Deben hacerse las reformas que exige la ejecución —y pronto las trasladaremos a nuestro Ministerio— y disponer de los medios oportunos. Así podremos poner al día esta faceta tan trascendental de la Justicia, pues no solo ha de declararse el Derecho en un litigio, sino también aplicarlo.

P: ¿Cómo valora la reciente asignación de la gestión del Registro Civil a los registradores mercantiles?

R: Como hemos dicho desde un principio, creemos que es un error. Es un mal paso que no compartimos. Nuestra oferta sigue ahí, para que, con un nuevo Registro que diseñamos para nuestro Ministerio, el cual estaría bajo nuestra competencia, los ciudadanos recibieran la prestación que precisan, la institución se mantuviera incólume en sus postulados fundamentales y el Estado viera garantizado el ejercicio de su autoridad y *potestas* en unos parámetros de seguridad jurídica esenciales. El estado civil no es algo encomendable.

P: El pasado mes de marzo se celebró la I Jornada de Notarios y Secretarios Judiciales. ¿Cómo valora el encuentro? ¿Cuáles son los aspectos a potenciar de la colaboración entre ambos cuerpos?

R: Las relaciones con los notarios han sido siempre excelentes. Pero nunca —y digo claramente *nunca*— se habían formalizado como hasta ahora. Fue una alegría compartir mesa con el Consejo General del Notariado español y poner sobre la misma inquietudes e ideas, con la satisfacción de ver que en la inmensa mayoría eran coincidentes. Se cerró un primer acuerdo en jurisdicción voluntaria altamente positivo, y ambos colectivos estamos plenamente convencidos de que solo era el principio. Debemos seguir en esa línea, por lo que es máxima nuestra disposición de colaboración con un cuerpo de elevadísima profesionalidad, profundísimo calado jurídico y marcada vocación de servicio. Un cuerpo del que siempre hemos dicho ser hermanos.

La verdadera brecha tecnológica la tenemos en Justicia

P: ¿Considera necesario un pacto de Estado por la Justicia?

R: Pues voy a ser un poco rompedor: no. El pacto ya se hizo en el 2001 y aún está por ejecutar. Si cada vez que cambian las personas, cambiamos los acuerdos, ¿para qué queremos otro pacto? Cúmplase lo acordado; enmiéndese, si es necesario, pero valórese un nuevo pacto cuando el primero esté agotado, es decir, cuando la Nueva Oficina Judicial esté en todo nuestro país.

P: En cuanto al reto de las nuevas tecnologías, ¿el futuro pasa por el expediente electrónico?

R: Sin duda. Eso ya se dijo en el Pacto de Estado del 2001. La constitución del CTEAJ espero que sea signo de que algo se mueve en esa dirección, cosa de la que estoy convencido en el Ministerio de Justicia. Cuando todo en nuestras vidas pasa por la informática y esta se hace base fundamental de las relaciones humanas, sociales, jurídicas y económicas, la solución de los conflictos que de esas relaciones surgen no puede ahogarse en papel.



La verdadera brecha tecnológica la tenemos en Justicia. Y en ese expediente electrónico estamos y estaremos, y debemos estar ahí con un papel protagonista los secretarios judiciales: fedatarios, impulsores de los procesos y directivos de las oficinas judiciales.

La Justicia es servicio, garantía de derechos y ejercicio de responsabilidad

P: ¿Cuál debe ser el papel del Secretario Judicial en la Justicia del siglo XXI? ¿Cómo debe ser la Justicia en este siglo?

R: La misión y la visión. Estamos arañando los primeros años del siglo XXI, por lo que entiendo pretencioso hablar de ello —y, sobre todo, desde mi posición— de cara a describir cómo ha de ser o será dentro de veinte o treinta años.

La Justicia ha de ser la que es y la que debe ser. La Justicia no es un fin en sí mismo, sino un medio. Es servicio, es garantía de derechos y es ejercicio de responsabilidad. Una Justicia que no responda a eso no me vale, ni vale para nadie. La Justicia ha de ser previsible y aceptada por el justiciable por convencimiento. Solo así será verdadera Justicia. Transparente. La Justicia ha de ser moderna y eficaz, tecnológicamente avanzada y cercana a la sociedad. Y lo más importante: ha de ser de calidad y profesional. Preguntemos a cualquier ciudadano

qué es la Justicia y nos responderá seguro con valores y principios que nos sorprenderían a los que en ella trabajamos. Eso ha de ser. Mientras muchos hagan de la Justicia un fin en sí mismo, ya sea para mantener su posición o para sus corporativismos, mal haremos.

Cuando hablo de la Justicia y describo lo que debe ser, no me sorprende de cómo coincide plenamente con lo que son y deben ser los secretarios judiciales. Un cuerpo con profunda vocación de servicio, generador de recursos y competitividad, de excelencia jurídica, capaz de poner al día los procesos a poco que se acepten nuestras propuestas, así como un cuerpo digno de incentivación de todo orden y de reconocimiento debido. Pero un cuerpo para la Justicia, no solo de la Justicia.

Existir, estar y ser de las uniones estables de pareja

Notas sobre el estatus jurídico y regulación de las parejas de hecho a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional

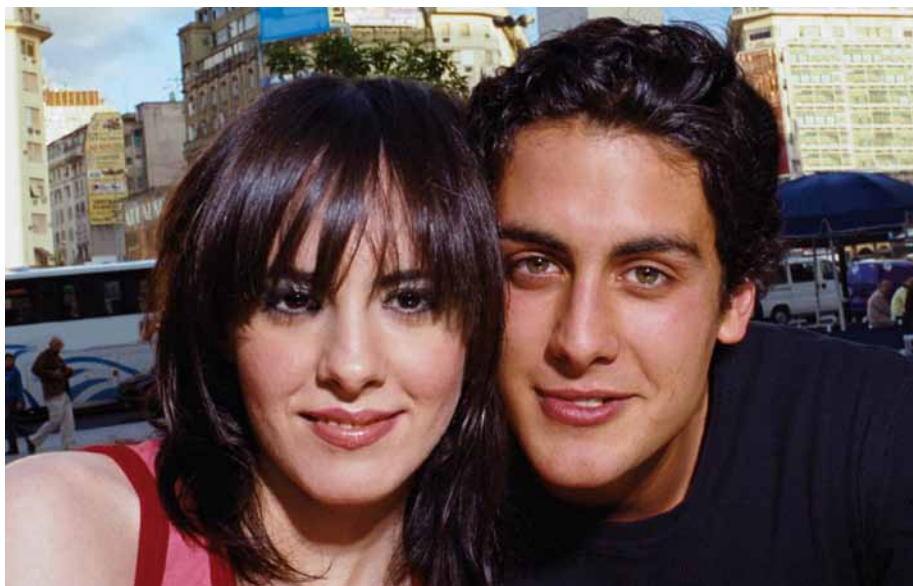
Josep M.^a Fugardo Estivill
Notario de Terrassa

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. CONTEXTO SOCIOJURÍDICO DE LAS RELACIONES DE CONVIVENCIA *MORE UXORIO* DE LA PAREJA
 - III. ETAPAS REFERENTES AL RECONOCIMIENTO Y LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS UNIONES DE HECHO
 - IV. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONVIVENCIA DE LA PAREJA EN UNIÓN DE HECHO
 - V. CONFLICTO DE COMPETENCIAS (ESTATAL Y AUTONÓMICA) Y DEVENGO DE LA PENSIÓN DE «VIUDEDAD»
 - VI. REFERENCIA AL DERECHO EUROPEO Y COMUNITARIO
- REFERENCIAS

I. INTRODUCCIÓN

Sin pretender agotar el elenco de cuestiones que gobiernan desde una perspectiva jurídica las uniones estables de pareja extramatrimoniales, el objeto del presente trabajo se centra especialmente en el exa-

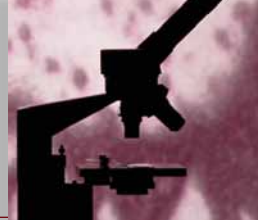


men de la doctrina constitucional referente al existir, estar y ser de esta clase de uniones. Esta doctrina puede servir de ayuda al intérprete para valorar la mayor o menor acomodación «constitucional» de su estatuto normativo o la validez y viabilidad de determinados pactos y efectos jurídicos referentes a aquellas.

Si Von Kirchman dejó escrito que «*tres palabras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura*» (1847), *mutatis mutan-*

dis, el examen de la doctrina constitucional nos ofrece motivos para reflexionar sobre la ciencia del Derecho y la validación o no de la legislación positiva cuando el Alto Tribunal es llamado a examinar su correcta adecuación constitucional.

En la primera parte de este trabajo, se hará una referencia a la configuración socio-jurídica del matrimonio y de las uniones extramatrimoniales *more uxorio* o en pareja de hecho; seguidamente, se tendrá



en cuenta su evolución legislativa reciente; en tercer lugar, se pondrán de relieve las respuestas del Tribunal Constitucional (TC) a determinados interrogantes que plantea este modo de convivencia, lo que permitirá trazar o deducir los límites y principios que en nuestro ordenamiento configuran la regulación de esta clase de uniones; en cuarto lugar, se examina la STC de 12 de marzo de 2014, referente a determinados ámbitos de la competencia estatal y autonómica para legislar sobre esta materia; por último, se informa sobre la regulación existente en los derechos europeo y comunitario, Derecho este último que es de prever que, en breve, introducirá pautas novedosas en la materia⁽¹⁾.

II. CONTEXTO SOCIOJURÍDICO DE LAS RELACIONES DE CONVIVENCIA MORE UXORIO DE LA PAREJA

A lo largo de las últimas décadas, especialmente a partir de la promulgación del vigente marco constitucional, la sociedad española y las formas de convivencia *more uxorio* de las parejas han experimentado importantes cambios tanto en lo social como en lo jurídico, y ello ha conllevado una franca transformación y contraposición entre la institución tradicional y basilar del matrimonio y las denominadas *uniones libres, de hecho o uniones estables de pareja* (RODRÍGUEZ PASCUAL y MENÉNDEZ ÁLVAREZ-DARDET, 2003: 9 y ss.).

La sociedad española y las formas de convivencia *more uxorio* de las parejas han experimentado importantes cambios sociales y jurídicos, lo que conlleva una transformación y contraposición entre la institución tradicional del matrimonio y las denominadas *uniones de hecho*

Este fenómeno no es exclusivo de la sociedad española, sino que también se ha reflejado con intensidad y cronología generalmente más temprana en la práctica totalidad de los países pertenecientes al ámbito de la cultura occidental o los influidos por esta. Este proceso de cambio ha sido conceptualizado de distintas formas, según la posición sociológica que se argumente, y

FICHA TÉCNICA



Resumen: El reconocimiento de la libertad como valor superior en la ordenación de las relaciones personales ha supuesto una progresiva extensión cuantitativa y cualitativa de los ámbitos materiales disponibles en el Derecho Matrimonial y de Familia. En este sentido y mediante el presente estudio, tomando como referente la evolución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el autor analiza el estatus jurídico y la normativa de las denominadas *uniones estables de pareja*. Así, su concepto, regulación, los conflictos competenciales entre la regulación estatal y las autonómicas y el tema importante referido a la pensión de viudedad. Finalmente, la regulación que sobre esta cuestión han realizado los países de nuestro entorno.

Palabras clave: Derecho de Familia, Derecho Matrimonial, uniones de hecho, Tribunal Constitucional.

Abstract: The acknowledgement of freedom as a higher value in the regulation of personal relationships has resulted in a progressive quantitative and qualitative extension of the material scope available under Matrimonial and Family Law. As such, by way of this study, which takes as a reference the development of the caselaw of the Constitutional Court, the author examines the legal status and the regulation of so-called *stable partnerships*. Thus, how they are conceptualized and regulated, the jurisdictional conflicts between national and regional regulation, and the important issue of widows'/widowers' pension rights. Finally, how other nearby countries have tackled the regulation of this matter.

Keywords: Family Law, Matrimonial Law, common-law partnerships, Constitutional Court.

se suele describir como parte de un proceso más general de individualización creciente (MEIL LANDWERLIN, 2006: 95 y ss.).

1. Matrimonio y desmatrimonialización

En su concepción tradicional y europea, el matrimonio cabe definirlo como un tipo de convivencia sexual, afectiva y económico-patrimonial entre dos personas de distinto sexo que impone derechos, deberes y obligaciones recíprocas y tiene carácter de institución básica para la formación y el mantenimiento del grupo familiar. El matrimonio vincula a los cónyuges y a un grupo más amplio de personas, ya que se crean alianzas y relaciones por causa del matrimonio, la filiación y el parentesco con los padres, hermanos, hermanas y otros familiares consanguíneos, que se convierten en parientes por afinidad del otro cónyuge mediante el matrimonio.

El matrimonio se considera la base sobre la cual se asientan los grupos sociales y los estados. Según CICERÓN (106-43 a. C.), «*la primera sociedad está en el matrimonio, la segunda, en los hijos, de que se forma una casa, y un todo común, [...] síguense después los hermanos, sus hijos, y los hijos de estos, que no cabiendo ya en una casa, se extienden, y reparten en otras, a manera de colonias. Después, los casamientos y entronques con otras familias; de que resultan otros muchos parientes, la cual propagación y descendencia es*

causa, y origen de las Repúblicas» (Los oficios de Cicerón...: 90).

El modelo familiar basado en el matrimonio se ha construido por los estados modernos a partir de las bases proporcionadas por el Derecho romano y el Derecho canónico, y «*se presenta como una realidad plenamente asentada en nuestras sociedades, que ha sido institucionalizada por el legislador, dotada de un estatuto jurídico del que derivan importantes efectos jurídicos, no solo para los integrantes de la unión, sino para los demás elementos del grupo*» (GARRIDO MELERO, 2013, I: 66). La Iglesia convirtió el matrimonio en sacramento e introdujo la obligación de formalizar las uniones en forma religiosa, que era el único medio legitimador de las uniones (Concilio de Trento, 11 de noviembre de 1563). Con todo, como asimismo evidencian las fuentes romanas, las uniones de hecho son históricamente más antiguas y, pese al vigor del modelo oficial, han subsistido como fenómeno más o menos marginado, perseguido o reconocido, según las épocas.

Salvando breves períodos históricos (1870-1875, 1931-1939), el matrimonio civil estuvo prácticamente prohibido (solo se admitía en caso de contrayentes no católicos o que hicieren apostasía) hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, que proclamó la libertad ideológica, religiosa y de conciencia y la aconfesionalidad del Estado (art. 16 CE), «*aconfesionalidad o laicidad por*

sitiva» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4) (RIVES GILABERT y RIVES SEVA, 2001; PABLO CONTRERAS, 2011: 461 y ss.). En 2009, por primera vez, el número de celebraciones de matrimonios civiles superó el de matrimonios religiosos.

Como observa LEFAUCHEUR (2003: 55-56), hasta fechas muy recientes, «la norma básica de las sociedades occidentales ha sido, en mayor o menor medida, la que surgió con la institucionalización del matrimonio, impulsada principalmente por la Iglesia Católica Apostólica Romana alrededor del siglo XII. La institución matrimonial ostentó el monopolio de la regulación de las relaciones sexuales (heterosexuales), así como de la convivencia conyugal, la procreación, la paternidad y la legitimidad. Asimismo, ha sido una institución clave tanto para determinar la división sexual (y etaria) del trabajo, como para designar la posición que ocupaba cada persona en el sistema socioeconómico, ya que el matrimonio estaba estrechamente entrelazado con otra institución clave, el sistema de herencia, tanto de medios de producción como de posiciones sociales. La institución del matrimonio entretejía entonces sexo y género, hogar y familia, procreación y legitimidad, cuidado y manutención de los niños, labores domésticas y herencia».

Con arreglo a GIDDENS (2010: 371), la familia europea y de otros países occidentales se caracteriza por basarse en el matrimonio monogámico establecido por ley, aunque, debido a la elevada tasa de divorcios, algunos autores sugieren que el modelo de matrimonio debería denominarse *de monogamia consecutiva*; el matrimonio se basa en la idea del amor romántico y su principal influencia es la del individualismo afectivo; la familia moderna es patrilineal y neolocal; a menudo, el modelo tipo de familia se describe como nuclear o elemental (uno o dos progenitores y los hijos). No obstante, este modelo no es exclusivo y es compatible con la existencia de otros modelos y alternativas familiares en lo que cabe denominar *heterogeneidad del hecho familiar y de la esfera doméstica* (familia extensa o compuesta consanguínea, familia troncal, familia monoparental, familia de madre soltera, familia de padres separados, familia recompuesta, etc.). Antropológicamente, desde una perspectiva global, las familias nucleares existen en casi todas las sociedades (HARRIS, 2011: 207 y ss.).

En relación con el matrimonio-institución, observa AMBERT (2005: 5) que «exis-

ten determinadas normas que establecen los derechos y responsabilidades de los cónyuges, de la sociedad respecto de aquel y de los cónyuges en tanto que progenitores. El compromiso constituye un aspecto clave multidimensional de la institución matrimonial [Johnson, 1999], así como la fidelidad —aunque en determinadas sociedades— solo es exigible a las mujeres». Sin desconocer otras formas de convivencia entre parejas de distinto o del mismo sexo, más o menos admitidas, toleradas, marginadas o sancionadas, en la tradición grecorromano-católica, seguida por los países de cultura occidental, el matrimonio se ha basado en la convivencia de dos personas de distinto sexo (heterosexualidad). La admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo surge en la primera década del siglo XXI y es objeto de amplios debates y discusiones. Su admisión se basa en el derecho de igualdad y no discriminación ante la ley por razón de sexo y en el libre desarrollo de la personalidad. Actualmente, está reconocido en alrededor de una veintena de países occidentales (en España, v. Ley de 3 de julio de 2005, declarada constitucional por la STC de 6 de noviembre de 2012).

En nuestro Derecho, el matrimonio puede definirse como «la unión de dos personas de distinto o igual sexo, concertada de por vida mediante la observación de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia»

Tras la promulgación de la Ley citada, en nuestro Derecho, el matrimonio puede definirse como «la unión de dos personas de distinto o igual sexo, concertada de por vida mediante la observación de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2012, IV, I: 56).

Caracterizan al matrimonio los rasgos siguientes: unidad (*erunt duo in carne una*); consentimiento; heterosexualidad (u homosexualidad); perpetuidad (en principio); formalidad; intervención estatal; diversidad de formas de celebración (laica o religiosa); creación de estado civil; origen de la filiación y el parentesco; existencia de un determinado estatus básico matrimonial con es-

peciales efectos personales y patrimoniales, derechos, deberes y obligaciones; en general, existencia de un determinado régimen económico matrimonial, y disolubilidad.

De acuerdo con GETE-ALONSO Y CALERA (2013: 126 y ss.), en nuestro Derecho, el matrimonio es una *institución jurídica*, con componentes privados y públicos, sujeta a reserva de ley (art. 32.2 CE) y a normas dotadas de imperatividad en lo que concierne a su constitución, formas de celebración, disolución y efectos; el matrimonio es un *negocio jurídico* esencialmente libre (*ius connubi*), bilateral, formal y estable entre dos personas particulares, de diferente o del mismo sexo (art. 44.2 CC), fruto de la autonomía de voluntad de los contrayentes (arts. 32 CE y 44 CC), que da lugar a un *vínculo jurídico*; crea una *situación jurídica* entre los consortes (o relación jurídica conyugal) que permanece mientras el matrimonio se mantiene y da origen a derechos y deberes (arts. 66 a 68 CC).

En el momento constitutivo inicial, el consentimiento debe recaer sobre un proyecto de unión o vida completa común, pero el matrimonio puede disolverse en vida de los consortes cuando se frustra el mismo. En todo caso, las uniones pasajeras queridas como transitorias no cumplen con el proyecto inicial propio del matrimonio.

Mientras que el matrimonio ofrece unos caracteres, perfiles y estatuto legal claramente definidos, las uniones estables de pareja carecen de estos rasgos y pueden responder a diferentes finalidades y supuestos. Sin perjuicio de sus rasgos propios, la mayor o menor equivalencia o aproximación entre ambas figuras dependerá tanto de la regulación más o menos abierta y permisiva del matrimonio como del reconocimiento, más o menos amplio, de las uniones de hecho y del grado de asimilación o equiparación entre ambas figuras respecto de determinados efectos personales o patrimoniales. En la doctrina contemporánea, se pone de relieve la concurrencia de un fenómeno paralelo que conlleva, por un lado, cierta desjuridificación del matrimonio civil y, por otro, cierta juridificación de las uniones no matrimoniales (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013: 291-292).

El derrumbe sociológico de la línea divisoria que separaba el matrimonio de las uniones estables de pareja ha sido descrito por algunos historiadores del Derecho y sociólogos como la «desinstitucionalización»



o «deslegalización» del matrimonio. Para THÉRY y LEROYER (2014: 40), la ruptura de los esquemas tradicionales familiares basados en el matrimonio y la familia patriarcal han conducido a la consolidación, en las últimas décadas, de un fenómeno de «desmatrimonialización» y a nuevos valores de responsabilidad transgeneracional:

- «La desmatrimonialización significa que el hecho de casarse, de no casarse o de descasarse, que anteriormente constituía una obligación social imperativa y el horizonte infranqueable de las relaciones sexuales, ha pasado a convertirse en una cuestión de conciencia personal».
- «El principio de responsabilidad —en el sentido fuerte del verbo latino responder, 'respondo de'— se halla en el corazón de los valores que vinculan a los adultos, sean progenitores o no, con los menores que están a su cuidado»; esto es, independientemente del valor que se atribuya al matrimonio, «la sociedad no puede permitirse desconocer que muchos niños se crían y muchas obligaciones se cumplen en situaciones alternativas» (COONITZ, 2006: 356-357).

A pesar de la erosión que incide en el matrimonio-institución, la moderna sociología pone de relieve que, generalmente, en comparación con otras formas de convivencia, el matrimonio es una institución social clave que cumple múltiples funciones y también se considera especialmente útil en términos de niveles subjetivos de equilibrio y bienestar personal, material y de salud entre los componentes del grupo familiar (cónyuges e hijos). El matrimonio se considera una institución que promueve el bien común (v. los diez Principios de Princeton, *Social Trends Institute*, 2007). Con todo, también se discute si estos resultados se deben al matrimonio o al hecho de que acuden a esta figura aquellas personas que tienen determinadas condiciones personales coincidentes con dichos resultados o revelan una determinada causalidad. En todo caso, la doctrina se pregunta si el declinar del matrimonio puede considerarse un fenómeno inevitable o reversible (AMBERT, 2005: 18; GARRISON, 2008: 491 y ss.).

Por otra parte, en determinadas áreas culturales, jurídicas y religiosas, principalmente en África y Asia meridional, existen supuestos de matrimonio poligámico (*poliginia* o *poliandria*). Según el *Ethnographic Atlas Codebook* (1998), de 1.231 sociedades

humanas de todo el mundo censadas, en cerca del 84 % de ellas se registra la existencia de casos de familias poligámicas (GIDDENS, 2010: 364). Debido a que la poligamia supone la desigualdad entre mujer y hombre y su sumisión, por regla general, por razones de orden público y de afectación a los derechos fundamentales, las sociedades occidentales «no reconocen la validez del segundo matrimonio contraído estando aún en vigor el primero y, por ello, se excluye la poligamia, sea cual sea la ideología religiosa que la permita, ya sea islámica o de otro tipo, como ocurre con los componentes de la secta Amish en Estados Unidos» [ROCA I TRIAS, 2006: 213; SSTS(CA), entre otras, de 4 de julio y de 10 de octubre de 2011]. Sobre el tratamiento y la recepción de estas cuestiones en el Derecho Internacional Privado español, v., entre otros, CARRASCOSA GONZÁLEZ (2010: 84-91).

2. Uniones de hecho

Con arreglo al vigente marco constitucional y los desarrollos legales posteriores a la hora de configurar la convivencia estable *more uxorio* entre dos personas de distinto o del mismo sexo, procede distinguir entre la convivencia matrimonial (unión legal de Derecho) y la convivencia al margen del matrimonio (unión de hecho). A su vez, según que exista o no una regulación que se refiera a esta última, procede distinguir entre uniones de hecho positivadas y no positivadas.

En el modelo europeo familiar, la existencia de supuestos de uniones estables en pareja de hecho paralelas o diversas al matrimonio goza de antecedentes muy re-

motos que, cuando menos, cabe situar en el Derecho romano; de aquí que, sin perjuicio de sus vaivenes y diversa consideración, desde la perspectiva social, jurídico-legal y religiosa, este fenómeno no puede considerarse que sea desconocido, novedoso o exclusivo de la postmodernidad.

Podemos distinguir entre convivencia matrimonial (unión legal de Derecho) y convivencia al margen del matrimonio (unión de hecho). A su vez, según que exista o no una regulación que se refiera a esta última, procede distinguir entre uniones de hecho positivadas y no positivadas

Lo que sí es novedoso es el notable aumento del número de parejas de hecho, el proceso de transformación de los valores familiares y de privatización y liberalización de la vida familiar, la aceptación y el reconocimiento social del fenómeno, así como la mayor intervención del legislador a la hora de reconocerlas y atribuirles derechos o regularlas.

Las uniones de hecho se refieren a una forma de convivencia decidida y conscientemente excluyente que se conviene o acuerda «al margen del matrimonio». En general, esta forma de convivencia se fundamenta en la convivencia mutuamente aceptada, estable y libre, basada en una relación afectiva que se materializa por medio de una unión de hecho *more uxorio* entre dos personas de distinto o del mis-



mo sexo. Como señala MEIL LANDWERLIN (2006: 99), «la idea de que el matrimonio es incluso una manifestación de la intromisión de la sociedad en la vida privada de los individuos va adquiriendo legitimidad en el discurso sobre la familia. Surge así la convivencia "sin papeles" como una forma legítima de entrada en la vida conyugal y como fundamento de la familia. No se trata de que a lo largo de toda la sociedad, o incluso para todos los jóvenes, el matrimonio haya perdido su significado. Se trata, por el contrario, de la legitimidad social de este discurso, así como de la posibilidad efectiva de actuar en consecuencia sin ser estigmatizado por el entorno social». Por lo que se refiere a las uniones de parejas del mismo sexo, si hace unas cuatro décadas no eran legalmente aceptadas en ningún país, en los últimos treinta años cerca del 20 % de los países del mundo las ha reconocido o les ha concedido ciertos derechos y en poco más de una decena de países se permite el matrimonio igualitario. No obstante, en el lado contrario, todavía existen países que criminalizan estas uniones (SAEZ, 2011: 2 y ss.).

En nuestro Derecho, sin perjuicio de su concreta tipificación legal, cuando esta exista, en general, al hablar de las «uniones no matrimoniales», MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013: 289) entiende que dicha expresión se refiere a «las situaciones más o menos estables de convivencia entre dos personas, de distinto o del mismo sexo, que no están casadas entre sí, pero entre las que media lo que las leyes denominan habitualmente como una relación de afectividad análoga a la conyugal».

La denominación que recibe esta clase de convivencia en la doctrina y la legislación es muy variada: unión de hecho [que es considerada por PÉREZ UREÑA (2002: 153) como la más apropiada, «por hacer mención —en sus justos términos— a la realidad social»]; unión extramatrimonial; unión matrimonial de hecho; unión paramatrimonial; matrimonio de hecho; convivencia *more uxorio*; familia de hecho; situación de hecho asimilable al vínculo matrimonial; pareja o unión legitimada o legalizada, y *concubinato*, término generalmente rechazado en la doctrina española debido a su carácter peyorativo, pero que es utilizado abiertamente, por ejemplo, en la legislación y doctrina mexicanas (v. art. 1635 CC federal) y en Francia, etcétera.

El uso de la expresión *unión libre* para describir el supuesto puede resultar equívoco, pues el Derecho moderno parte de la libertad de las personas para contraer o no matrimonio, y como sea que está admitido ampliamente el divorcio, el matrimonio también se puede calificar de unión libre (y formal). No obstante, como observa MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013: 290), «en el presente caso, la libertad no se refiere tanto al momento constitutivo (también para el matrimonio se exige la libertad de los contrayentes) cuanto a la posibilidad de hacer cesar la relación sin necesidad de sujetarse a formalidad alguna». Por su parte, GARRIDO MELERO (2013, I: 111-112) admite que la subcategoría de las uniones de hecho (parejas de hecho) puede denominarse con nombres diversos, pero, para las reguladas legalmente, el autor se inclina por la expresión «*pareja (de hecho) legal*», para contraponerla a «*pareja matrimonial*».

En general, en la legislación autonómica, predominan las referencias a «*pareja estable*» o «*uniones de hecho*». En este sentido, se refieren a las «*parejas estables*» no casadas las regulaciones aragonesa, catalana, navarra, balear y asturiana; a «*parejas de hecho*», las leyes vasca, castellano-manchega, canaria, andaluza, extremeña y cántabra, y a «*uniones de hecho*», la valenciana y la madrileña. Legalmente, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013: 289), también ha tenido cierta fortuna la expresión «*pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*» (por ejemplo, en la disp. adic. 3.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre), a la que luego se ha añadido la coletilla «*con independencia de su orientación sexual*» (art. 16 LAU).

El uso de una denominación concreta permite fijar con más claridad el supuesto de hecho, pero, con independencia de la denominación que el legislador adopte, en el plano jurídico es fundamental conocer los efectos jurídicos previstos en la regulación que le sea de aplicación, en el caso de que exista, y si hasta ahí basta o no la autonomía privada, averiguando cuáles son los intereses en juego y en disputa, lo que precisa conocer qué funciones cumple cada convivencia en lo personal y en lo social y sus consiguientes efectos o consecuencias jurídicas (LLEBARÍA SAMPER, 2010, II: 1153 y ss.).

La STC 93/2013, de 23 de abril (recurso contra la Ley Foral de Navarra 6/2000, de

3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables), sin perjuicio de aludir a la «heterogeneidad» del supuesto, ofrece la siguiente «noción general unitaria» del concepto de *unión de hecho*:

[L]a unión de hecho puede caracterizarse, en principio, como una relación estable de convivencia *more uxorio*, cuyo elemento definitorio común queda cifrado en la voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial a que se refiere el art. 32 CE. Debe matizarse que, si bien, como regla general, esa exclusión viene dada por la libre y voluntaria decisión de los integrantes de la pareja de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, es notorio que históricamente se han producido situaciones de parejas que, pese a su voluntad explícita de contraer matrimonio, se encontraban con impedimentos legales para llevarlo a cabo, situaciones a las que la jurisprudencia de este Tribunal ha tratado de dar respuesta en algunos casos. Tal es el supuesto de las uniones estables que tuvieron su causa en la imposibilidad de contraer matrimonio como consecuencia de la legislación anterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio, en la que el divorcio no se admitía legalmente como causa de disolución del matrimonio. (FJ 8) (Énfasis añadido en esta y en las siguientes citas de doctrina del TC)

La admisión y reconocimiento de las uniones estables de pareja *more uxorio* es congruente con los principios proclamados en el texto constitucional de libertad, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación por razón de sexo o filiación, igualdad y aconfesionalidad

La admisión y el reconocimiento de las uniones estables de pareja *more uxorio* es congruente con los principios proclamados en el texto constitucional de libertad, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación por razón de sexo o filiación, igualdad y aconfesionalidad, y ello permite que el legislador competente en la materia pueda regular sistemas o modelos de convivencia *more uxorio* que puedan basarse tanto



en la naturaleza matrimonial como en la no matrimonial de la relación (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 10).

Una vez admitido ampliamente el divorcio y el matrimonio entre personas del mismo sexo, las uniones no matrimoniales se configuran en la actualidad como una «opción libre de quienes no desean contraer matrimonio», estas uniones «nacen al amparo de la convicción de mantener una relación autorresponsable y un compromiso meramente interno», aunque ello no impide que puedan acabar requiriendo el amparo del Derecho (PARRA LUCÁN, 2012: 290).

La importancia de la autonomía de la voluntad y la actual variabilidad del hecho familiar motiva que la doctrina se refiera a la multiplicidad de formas de vida, a la familia «a la carta» y reconozca la complejidad de la familia y sus posibles formas jurídicas. En palabras de GARCÍA RUBIO (2006: 135-136), «se puede decir, en relación con la familia actual, que “the traditional one-size-fits-all version of marriage has been replaced by tailor-made family forms” [M. Bailey, ISFL, 2005: 134], de suerte que de un modelo familiar de corte rígido y monolítico se ha pasado a una pluralidad de modelos todos ellos con plena aceptación social [...]. Ante esta pluriformidad de modelos familiares, no es de extrañar que los sociólogos británicos recomienden sustituir el término family por family practices (Morgan, 1996; Smart and Neale, 1999) o que los alemanes prefieran hablar de Lebensformen (I. Ostner, 2001, p. 91). En ambos casos, el plural reemplaza al singular. Lo mismo sucede en nuestro país, donde la literatura jurídica opta ya frecuentemente por hablar de “familias” y el propio Tribunal Constitucional lo ha reconocido también así» (entre otras, SSTC 222/1992, 47/1993, 116/1999 y 47/2003). «En definitiva —señala la autora citada—, el artículo 39 de la CE ni prejuzga, ni describe el modelo familiar constitucionalmente protegido».

Matrimonio y uniones de hecho se basan en un modelo institucional, relacional y vital diferente. Señala GARRISON (2011: 123-124) que la expectativa ética más importante del matrimonio es compartir (pensamientos, sentimientos, tareas, valores u objetivos vitales), lo que, como consecuencia del amor, la confianza y el compromiso recíprocos, también conlleva compartir recursos económicos. En contraste con la institución matrimonial, aunque ciertos modos de libre cohabitación



en pareja pueden comprender los mismos objetivos y expectativas, esto no sucede así en todos los supuestos, y el significado de la relación puede ser incluso desconocido o contradictorio para los propios miembros de la pareja o basarse en el no compromiso. Así, la autora citada se refiere a determinadas investigaciones que evidenciaban que entre un 20 % y un 40 % de las uniones de pareja tenían puntos de vista diferentes respecto de si pensaban o no contraer matrimonio en el futuro, y en el Reino Unido se puso de relieve que un 35 % de las parejas discrepaban respecto de las ventajas de la convivencia en pareja de hecho y un 25 % discrepaban acerca de sus desventajas.

Desde una perspectiva jurídica, dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013: 292) que «la voluntad conyugal, en cuanto se dirige a la asunción de un compromiso de futuro, es suficiente para fundar la relación jurídica conyugal y familiar hasta su extinción» (estabilidad institucional y sociológica del matrimonio); en cambio, «la voluntad de los convivientes carece de dicha fuerza: la subsistencia actual de la unión depende en cada momento de la subsistencia actual de la voluntad de convivir».

En el matrimonio, el compromiso de permanencia se basa en un compromiso jurídicamente asumido; en la unión de hecho, el compromiso es actual, mientras dura y se proyecta hacia el futuro como mero pronóstico, en el día a día; no existe una predisposición que evidencie claramente la existencia de unas expectativas comunes ni el entramado social de intereses, parentesco y legitimación, que es propio de la institución matrimonial. Con todo, en cierto modo, la

reciente admisión del divorcio unilateral ha hecho menos nítida esta diferencia.

En la práctica, las uniones de hecho son fenómenos sociojurídicos de geometría variable. Pueden existir múltiples tipos de unión de pareja: unión estable como sustituto de la soltería; la unión como una etapa previa al matrimonio o matrimonio a prueba (*trial marriage*); unión a modo de matrimonio informal, supuesto en que la «formalización» del rito vale para los interesados tanto como el matrimonio (*do-it-yourself*); unión como rechazo o aversión a la institución del matrimonio, etcétera. Asimismo, según las épocas, las uniones de hecho también han servido para vivir en pareja *more uxorio*, al no ser posible la formalización de la relación en forma matrimonial.

A efectos formales, la doctrina distingue entre varios posibles modelos de pareja de hecho: el modelo de regulación privada o contractual con ausencia de regulación legal («unión ajurídica, pero no antijurídica», ex STS de 19 de marzo de 1998, FJ 3); el modelo fáctico o puramente convivencial, al que se le aplica, por razones de convivencia o por tener un hijo en común, una normativa legal que puede ser dispositiva (*opt-out agreement*) o imperativa, y el modelo de pareja inscrita o formalizada en documento público (*opt-in*) (MARTÍN-CASALS, 2013: 11-15). También cabe distinguir entre uniones registradas y no registradas. El art. 1 del Convenio relativo al reconocimiento de uniones de hecho inscritas, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007 [pendiente de entrada en vigor por no haber sido ratificado por al menos dos estados⁽²⁾], establece que: «A efectos del presente Convenio, por unión de hecho

inscrita se entenderá un compromiso de vida en común entre dos personas del mismo sexo o de sexo diferente, que dé lugar a una inscripción registral efectuada ante una autoridad pública, con excepción del matrimonio».

Por lo que respecta a la regulación de las uniones de hecho, cabe afirmar con EZQUERRO UBERO y LÁZARO GONZÁLEZ (2007: 23) que: «Con carácter general, en Europa se ha superado la ignorancia por parte del Derecho de las uniones de hecho, cuyo máximo exponente fue el Código de Napoleón de 1804, reflejo del aforismo atribuido al propio emperador: "Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux" ("Los concubinos prescinden de la ley, la ley se desentiende de ellos"). La hostilidad encubierta por esta postura, manifiesta en el tratamiento recibido por los hijos nacidos fuera de la unión matrimonial, se ha abandonado para adoptar en todos los casos actitudes de tolerancia o aceptación».

Siguiendo a los autores citados, los países nórdicos fueron los primeros en reflejar en su regulación jurídica otras formas familiares, todo ello al amparo de la libertad y la protección legal de la seguridad individual y del principio de neutralidad (corriente de larga tradición en Europa), que justifica el no intervencionismo del Estado en la vida privada de las personas, todo ello sin perjuicio del mantenimiento de ciertas garantías de protección de la parte más débil de la pareja y del superior interés de la filiación.

La diversificación de la estructura familiar y de las relaciones convivenciales de la pareja en el Derecho moderno se apoya en la afirmación y el franco reconocimiento de tres principios esenciales de constante referencia (DOMÍNGUEZ LOZANO, 2006: 1 y 5):

- a) El principio de libertad individual.
- b) El principio de igualdad y no discriminación, lo que incide tanto en las relaciones entre los propios convivientes como en la equiparación de la filiación, sea matrimonial o extramatrimonial.
- c) Una cierta apreciación horizontal de la protección al débil.

El reconocimiento de la libertad como valor superior en la ordenación de las relaciones personales ha supuesto una progresiva extensión cualitativa y cuantitativa de los ámbitos materiales disponibles en el Derecho Matrimonial y de Familia, lo que

ha significado «el marcado avance de la calificación contractual del matrimonio frente a la institucional; la consiguiente "retracción de la regulación" o "deslegalización" de muchos aspectos de las relaciones jurídico-familiares, y el reconocimiento de diversos modelos de familia».

El progresivo y acelerado individualismo «sitúa al individuo al mando de su destino» y considera «limitaciones intolerables de su libertad instituciones que tradicionalmente habían ordenado los diferentes niveles de convivencia social, y sustituye las estructuras y relaciones jerarquizadas por otras igualitarias» (FRANCINO BATLLE, 2012: 383).

El reconocimiento de la libertad como valor superior en la ordenación de las relaciones personales ha supuesto una progresiva extensión cualitativa y cuantitativa de los ámbitos materiales disponibles en el Derecho Matrimonial y de Familia

Las uniones estables de pareja no crean estado civil; se basan en la voluntad de convivir de manera estable por parte de los miembros de la pareja; pueden deberse a una relación fáctica voluntaria o formalizada en ciertos de sus aspectos; pueden estar reguladas o no por el ordenamiento jurídico; pueden estar más o menos equiparadas al matrimonio en algunos de sus caracteres o efectos y, en ocasiones, se acude, a veces impropia, al recurso de la analogía; puede tratarse de una relación notoria y pública o no, y pueden extinguirse libremente por la voluntad de ambos convivientes o la de cualquiera de ellos.

Aunque las diferencias éticas, materiales y sociojurídicas relativas a las distintas uniones no matrimoniales pueden ser notables, en general, la doctrina se refiere al siguiente abanico de rasgos característicos (ZÚÑIGA ORTEGA, 2011: 37 y ss.):

- a) Elementos objetivos: convivencia *more uxorio*; desarrollo de una vida en común constante y permanente, pero el supuesto, lo que igualmente puede darse en caso de matrimonio, también puede presentarse en parejas que por motivos o circunstancias varias ambos viven so-

los o separadamente, pero mantienen una relación de pareja estable (parejas *lat*, acrónimo de *living apart togheter*, «juntos pero no revueltos», o «parejas cama afuera», modelo del que se cita como precursores, por ejemplo, a Jean-Paul Sartre y Simone de Beauvoir); notoriedad, aunque, en aras de la protección del derecho a la intimidad personal, este requisito no se considera básico o inexcusable; heterosexualidad u homosexualidad, aunque el ordenamiento puede rechazar el segundo supuesto; existencia de hijos, pero tampoco constituye un requisito esencial.

- b) Elementos subjetivos: ausencia de formalidad y solemnidad, sin excluir que ambos rasgos puedan presentarse, pero, en su caso, la formalización de la situación de hecho no implica en modo alguno su asimilación a la institución matrimonial; el pacto no crea estado civil ni inscripción alguna en el Registro Civil (lo que no excluye que puedan existir registros «administrativos» de uniones de hecho); en caso de que exista un estatuto legal de derechos, deberes y obligaciones, este no es tan completo como sucede en el matrimonio; relaciones sexuales, pero el hecho de que los convivientes no mantengan relaciones sexuales de modo temporal o permanentemente, salvo que esta circunstancia pueda integrar otras posibles formas de convivencia (unidades domésticas, titular de un derecho de habitación, alojamiento compartido, pactos de ayuda mutua o de acogida de personas mayores, etc.), no incide en la calificación del supuesto; *affectio maritalis* (en el Derecho romano, la *affectio maritalis* no era un requisito en el concubinato, y en la doctrina se discute si la intención de mantener una relación estable y duradera debe configurar o no la unión de hecho, debiendo limitarse el intérprete a la mera presunción o bien considerarla implícita o neutra o no esencial); ausencia de impedimentos para el matrimonio, pero, como evidencian ciertas regulaciones legales, también pueden darse situaciones de convivencia de hecho en que los convivientes tienen algún impedimento; unicidad de la relación (si se mantiene una relación en común con varias personas, no es posible reconocer la existencia de una unión de hecho, aunque, con todo, la unión de hecho no implica deber de



fidelidad en el sentido que de ordinario se espera, atribuye o califica por referencia al estatus matrimonial).

Por su parte, el Tribunal Supremo (TS) se refiere a aquellas parejas de hecho o uniones *more uxorio* que, «cuando reúnen determinados requisitos —constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial—», merecen el reconocimiento como «una modalidad de familia» (STS de 12 de septiembre de 2005, FJ, con remisión a las SSTs de 12 de septiembre de 2002 y de 17 de junio de 2003, FJ 2).

En las normas legales, los indicados requisitos pueden ser más o menos explícitos y detallados. Por otro lado, debido a la presión y peticiones de la opinión pública, la regulación de las parejas de hecho ha recibido la atención creciente de los poderes públicos en el ámbito civil y en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, en relación con la Seguridad Social, el Derecho del Trabajo, el Derecho de la Función Pública y el Derecho Tributario). En la doctrina, se califica de paradójica la voluntad de muchos convivientes de vivir al margen del Derecho pero reivindicando, al amparo del principio de no discriminación, un número creciente de derechos (MALAURIE y AYNÉS, 2011: 176), o lo que es lo mismo, «el rechazo al matrimonio y el, contradictorio, deseo de que sus reglas se apliquen a las relaciones de pareja» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2011: 647).

La cohabitación estable entre dos personas en unión de hecho difiere radicalmente del matrimonio en su función de revelar el contenido jurídico-relacional de la pareja y frente a terceros; la determinación y acreditación del supuesto es menos formal e inequívoca que en el caso del matrimonio, y la gran variedad de tipos de convivencia impide conocer si la convivencia elegida conlleva las conductas y expectativas tipo inherentes a la unión matrimonial.

Frente a un modelo único matrimonial, ampliamente regulado por las normas legales y de indudable valor institucional, considerado como elemento nuclear de la familia y célula social, se halla la pluralidad de modelos y situaciones propias a las uniones de hecho, que se configuran como modelos más abiertos, flexibles y libres, así como más o menos regulados o, en ciertos casos, en absoluto regulados por el ordenamiento.

Por otra parte, como evidencian, por ejemplo, las legislaciones holandesa y francesa, el hecho de que el legislador regule las uniones de hecho o el pacto civil de solidaridad no excluye, en absoluto, la vigencia y existencia de uniones de hecho al margen de su regulación legal. En suma, ante la pluralidad de situaciones posibles de convivencia *more uxorio* no matrimonial, no cabe hacer generalizaciones globalizantes sobre «las» consecuencias de vivir en pareja a partir de un modelo único, y si se hiciera así, sería un error (COONITZ, 2006: 389).

Según datos del INE (Informe de 12 de diciembre de 2013), entre los años 2001 y 2011, el número de «parejas de Derecho» aumentó en casi un millón y alcanza las 9.806.022, mientras que el de «parejas de hecho» se ha incrementado un 195,8 % y se sitúa en 1.667.512. En los diez últimos años, se ha producido un incremento muy significativo del número de parejas de hecho. Así, en las parejas de hecho con sus dos miembros solteros, el incremento ha sido del 249,5 %. Y en las de otro tipo, del 136,4 %. A estos efectos, el INE define dichos colectivos como sigue: «Dos personas forman una pareja de Derecho cuando, siendo pareja, pertenecen ambos a la categoría de casados según la variable estado civil». Y también: «Dos personas forman una pareja de hecho cuando, siendo pareja, alguna de las dos personas no pertenece a la categoría de casados según la variable estado civil».

En nuestro Derecho positivo postconstitucional, a grandes rasgos, la regulación de las uniones matrimoniales y extramatrimoniales, de distinto o del mismo sexo, ha pasado por diversas fases y ha sufrido sucesivas modificaciones

En la sociedad catalana, según la *Enquesta demogràfica 2007* (2010: 29), del Institut d'Estadística de Catalunya (Idescat), más de la mitad de la población de 15 años o más conviven con su cónyuge; hay un 1,32 % de personas que manifiestan tener cónyuge pero sin convivencia. En relación con las parejas de hecho, el 9,9 % de la población declara convivir con su pareja, mientras que el 2,3 % tiene pareja estable sin convivencia. Una de cada tres personas de estas edades responde no tener pareja.

Los principales motivos por los cuales la población con cónyuge o pareja no convive en el hogar se deben, fundamentalmente, por razones económicas (24 %), para preservar la independencia (16,4 %) y por razones de vivienda (7,6 %).

III. ETAPAS REFERENTES AL RECONOCIMIENTO Y LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS UNIONES DE HECHO

En relación con las uniones de hecho y su regulación jurídica, el legislador competente puede adoptar tres posiciones distintas no necesariamente incompatibles entre sí:

- a) No regularlas en absoluto, dejando plena libertad a los interesados para organizar su convivencia, siendo los órganos jurisdiccionales los encargados de resolver los conflictos que, en su caso, puedan plantearse (uniones libres, «anómicas», «alegales» pero legítimas y no positivadas o juridificadas). Este supuesto no implica que la libre decisión de vivir al margen no pueda ser generadora de responsabilidades.
 - b) Sancionar su existencia en ciertos supuestos o mantener una postura claramente prohibitiva; incluso, en algún momento histórico y según el supuesto, penalizarlas, solución que se halla en claro retroceso.
 - c) Reconocerlas legalmente y regularlas, de forma más o menos amplia, tanto respecto a su constitución, reconocimiento y extinción, como en relación con su estatus jurídico con previsión de efectos jurídicos personales y materiales y, en ciertos ámbitos o supuestos, atribuirles efectos equiparables al matrimonio. Lo que antecede en el bien entendido caso que una equiparación completa o cuasi completa entre ambas situaciones impediría la distinción entre ambas figuras y quebraría el genuino significado, fundamento y naturaleza de la institución tradicional y básica. No obstante, esta solución no cierra generalmente el sistema, porque todavía pueden existir determinadas uniones de hecho no incluidas en el ámbito material de aplicación de la norma.
- En nuestro Derecho positivo postconstitucional, a grandes rasgos, la regulación de las uniones matrimoniales y extramatrimoniales, de distinto o del mismo

sexo, ha pasado por diversas fases y ha sufrido sucesivas modificaciones (GARRIDO MELERO, 2013, I: 97-98):

- a) En una primera fase, se transforma el monopolio matrimonial por medio de la Ley de 7 de julio de 1981, de reforma parcial del Código Civil, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil español y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. La admisión del divorcio dejó sin justificación los supuestos de parejas de hecho que no podían casarse debido a la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

La posterior reforma del divorcio en la denominada «Ley del Divorcio Exprés» (Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio) supuso la ampliación del ámbito de libertad de los cónyuges para solicitar la disolución de vínculo matrimonial, al hacerse depender la continuación y vigencia del matrimonio de la voluntad constante de ambos cónyuges, sin que el demandado pueda oponerse por motivos materiales.

- b) En una segunda fase, el principio de no discriminación por razón de sexo y la ruptura del modelo matrimonial como modelo exclusivo de familia conllevó que las parejas de uno y otro sexo afectadas reclamaran cierto *status quo*

y una posible homologación con la relación matrimonial. El reconocimiento jurídico de estas situaciones en la legislación estatal y autonómica, con el fin atender finalidades muy diversas, se produjo de forma aislada, paulatina y dispersa.

Por ejemplo, en la Ley de 13 de mayo de 1981, el art. 320 CC alude a la «*convivencia marital*» con persona distinta del otro progenitor como uno de los supuestos que legitiman la solicitud a la autoridad judicial para conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años que la soliciten.

En términos más amplios se posicionan: la Ley 29/1994, de arrendamientos urbanos (art. 94), que reconoce el derecho de subrogación del arrendamiento por muerte del arrendatario tanto respecto del cónyuge conviviente con el fallecido como de la persona que «*hubiere venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante al menos los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*»; en el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), se asimila la circunstancia mixta de parentesco al cónyuge o a la «*persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad*», y en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, entre otros interesados, se

califica de personas especialmente relacionadas con el concursado a «*su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso*».

En los derechos civiles autonómicos, también se introdujeron determinadas previsiones. A título de ejemplo, por tratarse de uno de los derechos civiles más sensibles a estas cuestiones y sin pretender agotar todos los supuestos previstos por el legislador, cabe referirse a la evolución histórica del Derecho Civil catalán en los términos siguientes:

- En el Código de Sucesiones (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), se excluyó la cuota viudal en caso de que el viudo o viuda contrajera matrimonio o por la «*convivència marital amb altra persona*» (art. 384 CS).
- La alusión al hombre y la mujer que convivan maritalmente con carácter estable aparece prevista en el supuesto de adopción conjunta en el art. 20 de la Ley 37/1991, de 20 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.
- La delación de la tutela dativa en favor del «*membre de la parella que hagi conviscut amb el pare o la mare del menor o incapacitat i amb aquest durant un període mínim de cinc anys de manera estable i permanent*» se halla prevista en el art. 12 de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares.
- Por último, la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, excluye los derechos derivados del año de luto entre cónyuges cuando el viudo o viuda contraía matrimonio o «*passava a viure maritalment amb altra persona*» (art. 11).

- c) En una tercera fase (a partir del año 1994), el intento de regular las parejas de hecho se halla en diversas proposiciones de alcance estatal procedentes de varios grupos parlamentarios que no fructificaron y se crearon registros municipales *ad hoc* de uniones civiles no





matrimoniales en diversos ayuntamientos repartidos a lo largo del territorio español (EZQUERRO UBERO y LÁZARO GONZÁLEZ, 2007: 48 y ss.; MARTÍN-CASALS, 2000: 1160-1161; AMUNÁTEGUI, 2011: 745-747; CASTILLO, 2013). Por otra parte, aunque en la doctrina se ha criticado el abandono del legislador civil estatal en esta materia y se aboga por una ley estatal sobre la materia, la conveniencia u oportunidad es controvertida y, en todo caso, deben respetarse las competencias de las CC. AA. con competencia exclusiva en su Derecho Civil propio (AMUNÁTEGUI, 2011: 657-659; PARRA LUCÁN, 2012: 291).

- d) Por lo que se refiere a la legislación autonómica, el legislador catalán fue el primero en introducir una ley reguladora de las uniones de hecho (GARRIDO MELERO, 2005: 44-50; GARRIDO MELERO, 2013, I: 101 y ss.). La Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, fue una ley pionera en el ámbito del ordenamiento jurídico hispánico y ha tenido gran influencia en todas las demás legislaciones.

La Ley 10/1998 eludía referirse al carácter familiar de las uniones estables de pareja, pero esta exclusión fue corregida en leyes posteriores. Así, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar, legitimó a los componentes de las uniones estables de pareja reguladas en la Ley 10/1998 para instar la mediación «familiar» (art. 5.1-2.º), y la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, incluyó entre sus destinatarios a los convivientes según la Ley 10/1998.

En varios supuestos, el Código de Familia (modificado por la Ley 3/2005) asimilaba las parejas matrimoniales con las no matrimoniales: en materia de adopción (parejas formadas por «home i dona» (art. 115.2); adopción de menores no emancipados en el caso de los hijos del cónyuge o consentimiento para la adopción a prestar por el cónyuge «o de persona de sexe diferent amb qui l'adoptant conviu maritalment amb caràcter estable» [arts. 117.1.a) y 122.1, respectivamente]; extinción del parentesco entre el adoptante o adoptado y su familia de origen, salvo en los casos de adopción de un hijo o hija del cónyuge o de «persona de sexe diferent amb qui l'adoptant conviu maritalment amb caràcter estable» (art. 127.2); extinción de la potestad por la adopción

del hijo o hija, salvo que lo sea por el cónyuge o de «la persona de sexe diferent amb qui l'adoptant conviu maritalment de forma estable» [art. 158.b)], y la misma persona era igualada al cónyuge en los casos de tutela dativa (art. 179.1).

Con la integración del Derecho de Familia en el nuevo Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia), la regulación de la convivencia estable de pareja ha quedado incorporada al libro segundo (arts. 234-1 al 234-14 CCCat) y dispone de un estatuto propio dentro de la regulación general de la familia de modo parecido pero, en todo caso, menos pleno o completo que el previsto para el matrimonio.

La iniciativa legislativa catalana cristalizada en la Ley 10/1998 conllevó una multiplicación, o «furia legislativa», de regulaciones autonómicas sobre parejas no casadas (GARRIDO MELERO *dixit*, 2013, I: 129).

En unos casos, las normas se dictaron por legisladores autonómicos competentes para legislar en materia civil (Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares, País Vasco, Galicia y Valencia). Como sea que estas normas legislativas se han aprobado en el ejercicio de las competencias en legislación civil propias de estas Comunidades, su regulación específica, al igual que sucede con el resto de normas civiles de Derecho de Familia, Sucesorio o de otra índole, forma parte del respectivo ordenamiento civil. Por lo que se refiere a la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana (derogatoria de la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Generalitat, por la que se regulan las uniones de hecho), el Gobierno central (Acuerdo de 12 de julio de 2013) ha impugnado esta norma ante el TC en recurso admitido en fecha 10 de septiembre de 2013, habiéndose levantado su suspensión, excepto el art. 14, relativo a los derechos hereditarios, por el Auto del TC 280/2013, de 3 de diciembre de 2013.

En otros supuestos, al amparo de diferentes títulos competenciales, también se han aprobado, por la práctica totalidad de las CC. AA., con o sin competencias en legislación civil, determinadas normas o se crearon registros municipales de uniones de hecho, en general, con la finalidad de hacer constar la existencia de la unión, especialmente para que los convivientes

puieran gozar de determinados derechos o ventajas de Derecho Público-Administrativo, aunque, en estos casos, como se desprende claramente de la STC 81/2013, de 11 de abril de 2013, si la norma incide en cuestiones propias de la legislación civil, estas previsiones pueden ser declaradas inconstitucionales debido a que no respetan la distribución material de competencias (en la doctrina, v., entre otros, EZQUERRO UBERO y LÁZARO GONZÁLEZ, 2007: 51 y ss.; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2011: 641 y ss.; PLAZA PENADÉS, 2012; GARRIDO MELERO, 2013, I: 122 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013: 297; COCA PAYERAS, 2014: 29 y ss.; PARRA LUCÁN, 2012: 295; SERRANO DE NICOLÁS, 2013: 4; SERRANO DE NICOLÁS, 2014: II-III).

Prácticamente en la totalidad de las CC. AA. se aprobaron normas o se crearon registros municipales de uniones de hecho. Su objetivo: hacer constar la existencia de la unión para que los convivientes pudieran gozar de determinados derechos o ventajas de Derecho Público-Administrativo

Por lo que atañe al legislador estatal, aunque existen abundantes normas legales que se refieren a las uniones en distintos ámbitos y materias, por el momento no existe en el Derecho Civil común una regulación de las uniones estables de pareja, pero la promulgación de normas especiales referentes a dichas uniones evidencia que «el legislador estatal no ignora la figura; simplemente se ha negado hasta ahora a darle un tratamiento legislativo sistemático e integral» y, en su caso, «sea cual fuere la regulación de las parejas que finalmente se vaya a introducir, ha de quedar claro que las «conductas estratégicas» de los ciudadanos sometidos al ordenamiento jurídico español tienen que situarse en el marco amparado por la Constitución» (GARCÍA RUBIO, 2006: 116 y ss.).

La ausencia de una norma estatal civil conduce a la necesidad de acudir a la construcción jurisprudencial que interpreta y complementa los efectos jurídicos inherentes a los convivientes en pareja de hecho, pero el panorama jurisprudencial, mayormente centrado en la solución de cuestiones surgidas por causa de la extinción de la pare-



ja de hecho, no brilla por su sistematización y uniformidad de criterios. En la doctrina, se denuncian los vaivenes jurisprudenciales, que «*basculan entre el estricto rigor en el reconocimiento de derechos y la máxima benevolencia*» (GARCÍA RUBIO), pero, por parte de los Tribunales, se insiste en resolver *ad casum* (v. LÓPEZ AZCONA, 2002).

De la doctrina constitucional resulta que en ningún caso la unión estable de pareja puede considerarse una nueva forma de matrimonio, ni la unión y el matrimonio pueden considerarse realidades equivalentes

En efecto, ante las reclamaciones en el momento de la extinción de la unión de hecho, el TS señala que «*la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la solución más justa*» (STS de 17 de enero de 2003, con doctrina reiterada en las SSTs de 5 de febrero y de 23 de noviembre de 2004). En este ámbito se pretende «resolver en justicia», criterio que no está presente en decisiones de otra índole, por ejemplo, en decisiones sobre cuestiones patrimoniales, pero dicha opción «*introduce un peligroso vehículo para quebrar la seguridad jurídica, atendiendo los jueces a sus criterios y opiniones personales, provocando sentencias disímiles y contradictorias*» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2011: 549 y ss.).

Como afirma el propio TS (STS de 17 de junio de 2003), salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos o tácitos (*facta concludentia*) con acogimiento de soluciones de *comunidad de bienes* (STS de 4 de junio de 1998) o de *sociedad irregular ad exemplum* (SSTs de 18 de mayo de 1992, de 18 de febrero de 1992 y de 18 de marzo de 1995), y, cabe matizar, sin perjuicio de que corresponda decidir en función de la concreta legislación vigente reguladora de las uniones de hecho y, en su caso, del pacto que proceda, ha procurado ajustarse a las peculiaridades casuísticas, «*lo que ha dado lugar a soluciones diversas, no necesariamente reñidas entre sí. Y en tal sentido, dejando a un lado admisiones hipotéticas (Sentencias 27 mayo, 20 octubre y 24 noviembre 1994), son de destacar las Sentencias de 13 de junio de 1986, que aplica el principio de la buena [fe] y la sanción del abuso del derecho en*

sinfonía con una interpretación acorde con la realidad social; 11 de diciembre de 1992, que aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto; 16 de diciembre de 1996, indemnización de daños y perjuicios del art. 1902 CC en atención a que hubo promesa de matrimonio, y aplicación analógica del art. 96 en relación con el 4.º.1 ambos del Código Civil por lo que respecta al uso de la vivienda familiar; 10 de marzo de 1998, principio de protección del conviviente más débil, que también se menciona en la de 27 de marzo de 2001 y se ratifica en la de 17 de enero de 2003; 27 de marzo de 2001, que alude a las doctrinas del enriquecimiento injusto, aplicación analógica de pensión compensatoria del art. 97 CC y principio de protección del conviviente perjudicado, y 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2001, sobre aplicación analógica del art. 97 CC» (FJ 2) (para una síntesis de la doctrina del TS, v. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013: 297-300; PARRA LUCÁN, 2012: 328 y ss.).

IV. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONVIVENCIA DE LA PAREJA EN UNIÓN DE HECHO

Pese al reconocimiento social y legal de las parejas de hecho en nuestro ordenamiento, a no ser que se considere a las uniones estables de pareja como una forma amplia de matrimonio, tesis rechazada por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, con arreglo a reiterada doctrina constitucional, el matrimonio y la unión estable no son realidades equivalentes.

De la misma doctrina constitucional también se desprende que, salvo en lo que afecte al orden público o incida en perjuicio de terceros, en las uniones de hecho, con tal de que no se atenten principios constitucionales básicos, decididamente debe imperar el principio de libertad; por ello, la regulación legal de la convivencia que pueda promulgarse debe partir del *principio de intervención mínima* del legislador competente, debiendo el legislador reconocer y respetar en grado máximo la libertad de configuración de la convivencia adoptada por los miembros de la pareja.

Partiendo de la doctrina constitucional sobre las uniones estables de pareja, previas las oportunas preguntas, cabe deducir las siguientes respuestas, principios o ideas clave:

1. ¿Puede considerarse la convivencia extramatrimonial una realidad «equivalente» a la matrimonial?

NO. De la doctrina constitucional resulta que en ningún caso la unión estable de pareja puede considerarse una nueva forma de matrimonio, ni la unión y el matrimonio pueden considerarse realidades equivalentes.

La STC 93/2013, de 23 de abril, recuerda la doctrina de la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, y afirma que «*en la Constitución, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2), mientras que “nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”*»⁽³⁾.

Aunque no siempre ha sucedido así, esta tesis también se acoge en la doctrina civil del TS. La STS de 6 de octubre de 2011 (Civil, sec. 1.ª, ponente Roca i Trias) rechaza toda posible asimilación analógica entre las uniones de hecho y el matrimonio con la argumentación siguiente:

En la STS 611/2005, de 12 septiembre, que proclama: a) «[...] que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio —STC 184/1990 y la 222/92, por todas—, aunque las dos estén dentro del Derecho de Familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias»; b) «Por ello debe huirse de la aplicación por analogía legis de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de



ruptura del matrimonio por separación o divorcio». Esta Sentencia ha sido seguida por otras, especialmente las 160/2006, de 22 febrero; 1048/2006, de 19 octubre, y 240/2008, de 27 marzo, Sentencia esta a la que nos referimos a continuación. De acuerdo con ello, esta Sala ha abandonado algunas posturas que la citada STS 611/2005 llama «disímiles», para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio (FJ 3).

En suma, las parejas estables unidas por una relación afectiva responden a determinada realidad social que el ordenamiento puede reconocer desde diversas perspectivas, pero ello no implica *per se* su plena equiparación con el matrimonio. Lo que antecede no es óbice para que, en ocasiones, en la legislación especial, en la doctrina y, a veces, en la jurisprudencia, se produzca cierta asimilación de estatutos para regular o solucionar cuestiones jurídicas referentes a las uniones de hecho.

Como señala AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2011: 646), puede estarse de acuerdo en que matrimonio y uniones de pareja no son realidades equivalentes, lo que permite un tratamiento jurídico diferenciado, pero más difícil es sostener que no se trata «de una institución que nada tiene que ver con el matrimonio». Para GARRIDO MELERO (2013, I: 140-141), «no puede asimilarse, al menos desde el punto de vista del Derecho Privado, el estatuto del cónyuge con el del conviviente, bien sea uno de los previstos en la ley o no, de forma que la normativa prevista para la relación matrimonial no debe extenderse al de los convivientes, siempre que la misma no se base en la protección y defensa de la familia. Si queremos conservar el matrimonio como institución independiente, tenemos que dotar de un “valor añadido” al hecho de contraerlo, en resumidas cuentas de una institución que genere deberes y derechos independientes a la mera convivencia. Y estas diferencias nos parecen que van más por la vía del Derecho Privado que del Derecho Público».

En sentido favorable a incardinar formalmente las uniones de hecho como una subforma matrimonial se posiciona el voto particular a la STC 93/2013, de 23 de abril, formulado por el Magistrado Don Manuel Aragón Reyes, al que se adhiere el Magistrado Don Ramón Rodríguez Arribas. En este voto, se sostiene que la literalidad del art.

149.1.8 CE, que se refiere a la competencia exclusiva del Estado sobre las «formas de matrimonio», «no impide entender que el término matrimonio que emplea el precepto constitucional ha de abarcar cualquier otra regulación jurídica de las parejas estables ligadas por una relación de afectividad análoga a la conyugal, aunque esa otra institución jurídica no lleve, claro está, el nomen iuris de matrimonio (pero cumpla la misma función social de la institución matrimonial)». De aceptarse esta tesis, opción interpretativa que hasta ahora ha sido negada reiteradamente en sede constitucional, es evidente que la regulación de las «formas» de las uniones de hecho recaería exclusivamente en el Estado.

2. ¿Son admisibles las diferencias de trato legal entre el matrimonio y las uniones de hecho? A contrario sensu, ¿pueden equipararse, en determinados ámbitos legales o situaciones, los efectos de las uniones legales con los del matrimonio?

Sí, en ambos casos.

La primera cuestión se ha suscitado con relativa frecuencia en relación con el devengo de pensiones de viudedad. A estos efectos, el TC señala que: «En efecto, constatado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes, el legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 21/1991, de 14 de febrero, FJ 2, y 199/2004, de 15 de noviembre, FJ 4, entre otras)» (STC 93/2013, FJ 5). En consecuencia, no es constitucionalmente exigible una parificación o igualdad de trato ex art. 14 CE (autos 156/1987, de 11 de febrero, y 788/1987, de 24 de junio).

En relación con el art. 14 CE, la STC 184/1990 afirma que: «Lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora al mismo tratamiento —singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social— que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza» (FJ 3).

Esta doctrina se sigue en las SSTC 29, 30, 31, 35 y 38/1991, de 14 de febrero (FFJJ 1 y

2), referidas a supuestos análogos en que, adicionalmente, la parte recurrente oponía como motivo del recurso la lesión de los arts. 50 (STC 29/1991), 41 (STC 30/1991), 42 (STC 35/1991) y 9.2, 41 y 50 (STC 38/1991) de la CE, pero el TC recuerda que los arts. 39.1, 41, 9.2 y 50 CE quedan fuera de los derechos protegidos por el recurso de amparo, no siendo por sí solos susceptibles de fundar dicho recurso, por lo que los recursos han de contemplarse, fundamentalmente, en conexión con el derecho fundamental de igualdad (art. 14 CE).

En suma, por responder a realidades diferentes, las posibles diferencias de trato que reciba la regulación legal o la ausencia de normativa legal respecto de todos o determinados aspectos atinentes a las uniones de hecho no pueden considerarse contrarias a los arts. 14, 16.1 (Auto 156/1987, FJ 2) y 32.1 CE.

Por lo que se refiere a la posible «igualdad de trato» entre las uniones de hecho y el matrimonio en determinados ámbitos o situaciones, el TC advierte que la conclusión anterior «no se altera por el hecho de que en otros supuestos muy distintos al de la pensión de viudedad el legislador haya equiparado al cónyuge la “análoga relación de afectividad” [arts. 11 y 18 del Código Penal; art. 3.a) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de procedimiento de habeas corpus; art. 10 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, de regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y, con expresiones equivalentes, art. 391.1 de la LOPJ y art. 101 del Código Civil]. Tales supuestos no admiten comparación con el que ahora nos ocupa, pues los preceptos que los recogen persiguen fines y protegen valores e intereses bien distintos, lo que impide su contraste con la prestación de Seguridad Social aquí examinada. Todo lo más, los citados preceptos legales son indicativos de que las relaciones permanentes de afectividad análogas a la matrimonial comienzan a ser atendidas en determinados y peculiares casos y dotadas de ciertos efectos por el ordenamiento jurídico...» (STC 184/90, FJ 5).

En la STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 3, el TC afirma que la amplia libertad de configuración del legislador en materia de pensión de viudedad por el sistema público de Seguridad Social «no resulta contraria a la Constitución, sin perjuicio de que, como también hemos tenido ocasión de advertir en esa misma doctrina, tampoco existe obstáculo constitucional alguno a que el le-

gislador pueda extender la protección de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, heterosexuales u homosexuales: "es cierto también que el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Extensión que en modo alguno resulta vedada por el art. 14 ni encontraría obstáculos en los arts. 32 y 39 de la Constitución. El legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (por todas, SSTC 65/1987, FJ 17; 134/1987, FJ 5, y 97/1990, FJ 3). En tal sentido, la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a las 'uniones estables de hecho' (STC 184/1990, FJ 3), 'sean o no heterosexuales' (ATC 222/1994, de 11 de julio, FJ 2). En suma, 'habrá de ser, en su caso, el legislador quien decida proceder a dicha extensión, con los requisitos y en los términos que se consideren pertinentes y en el marco de una nueva y coherente ordenación de la citada pensión, singularmente si la convivencia estable sin vínculo matrimonial se instalara como una práctica social extendida" (STC 184/1990, FJ 5)».



3. ¿Puede calificarse de familia a las uniones de hecho?

Sí. Con arreglo a la realidad social y los preceptos constitucionales, el concepto de familia es abierto y no puede o debe identificarse, necesariamente, por referencia a la familia de origen matrimonial. En consecuencia, en su caso, el sentido de familia y la protección constitucional que garantiza el art. 39.1 CE alcanzará tanto a la familia matrimonial como a la familia resultante de las uniones de hecho.

Dice el TC, que parece distinguir entre uniones de hecho, propias o impropias o excluyentes, que «la unión de hecho puede conducir, aunque no necesariamente, a la constitución de una familia, consecuencia que nuestra jurisprudencia ha vinculado, en el caso de tales uniones, a su materialización efectiva por la existencia de hijos o la existencia de una efectiva voluntad de crearla, a diferencia de lo que ocurre con la familia que se constituye jurídicamente en el momento de contraer matrimonio, sin perjuicio de afirmar que la protección que garantiza el art. 39.1 CE se extiende en su caso a ambas» (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4).

La amplia libertad de configuración del legislador en materia de pensión de viudedad por el sistema público de Seguridad Social no resulta contraria a la CE, sin perjuicio de que tampoco existe obstáculo constitucional alguno a que el legislador pueda extender dicha protección a otras situaciones

Por otra parte, partiendo de la consideración esencial de que en materia de adopción es prevalente la preservación del interés del menor, en la STC 93/2013, FJ 12, el TC recuerda que esta cuestión ya fue resuelta por la STC 198/2012, de 6 de noviembre, en la que se admitió la posibilidad de adopción conjunta por parejas homosexuales, con tal de que se garantice en el procedimiento de adopción dicho interés prevalente y la idoneidad del adoptante o adoptantes. Además, el Juez que conoce del procedimiento puede denegarla cuando sea contraria al interés del menor, sea cual sea el motivo y después de su correcta valoración, que se realiza mediante

el pertinente procedimiento reglado. En suma, «lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores, criterio reiterado en la STC 198/2012, FJ 12» (STC 93/2013, FJ 12).

En sentido discrepante, v. votos particulares a las SSTC 198/2012 y 93/2013 del Magistrado Don Juan José González Rivas, que sostiene que «el legislador ordinario está vinculado por los parámetros constitucionales expresamente prefijados en los arts. 32 y 39 CE, de los que se infiere la imposibilidad de desarrollar una relación de filiación adoptiva por dos adoptantes del mismo sexo».

4. ¿Existen límites legales para convivir en unión de hecho?

Sí, pero, en todo caso, debe partirse del reconocimiento del amplio margen de libertad que ofrece el vigente marco constitucional para organizar la convivencia de la pareja en unión de hecho.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre esta cuestión, en este momento basta con poner de relieve que, por un lado, el legislador competente debe respetar el libre desarrollo de la personalidad de quienes deseen formar una unión estable de pareja (art. 10.1 CE) y el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y, por otro lado, los límites se hallan en el respeto de los derechos fundamentales, la moral y el orden público.

Afirma el TC que «el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección, salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por estos, "de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole" (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2)» (STC 93/2013, FJ 7).



El derecho a la intimidad personal que el art. 18.1 CE garantiza «es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7, y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5)» (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2). «Obviamente, ese derecho no es absoluto, pudiendo ceder y producirse una inmisión en el mismo, por una parte, en virtud del consentimiento eficaz del sujeto particular, en la medida en que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5, y 196/2006, de 3 de julio, FJ 5), y, por otra, cuando la injerencia se fundamenta en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3)» (STC 93/2013, FJ 8).

En relación con el recurso contra la Ley Foral navarra de 6/2000, el TC afirma que esta norma «ha sido respetuosa con la intimidad de quienes integran una unión de hecho, ya que, al definir la pareja estable a efectos de su aplicación, la ha caracterizado no solo como unión libre, sino también “pública”, adjetivo que implica que quienes integran la pareja han realizado profesión públicamente de su condición de pareja estable, llevando a cabo actos externos demostrativos de la existencia entre ellos de una relación de afectividad análoga a la conyugal. No se puede entender, por tanto, vulnerado el derecho a la intimidad personal, porque esa manifestación pública de la existencia de la pareja estable implica, de acuerdo con la doctrina que ya ha quedado expuesta en el fundamento anterior, un consentimiento por parte de estos en cuanto a permitir el conocimiento ajeno de una parte de su intimidad, lo que excluye la vulneración del art. 18.1 CE por injerencias ilícitas en la misma» (STC 93/2013, FJ 9).

Por otra parte, la libertad de configuración de la relación se admite en grado sumo: «El marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostentan, si bien dentro de ciertos límites impuestos

por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta». Los «límites» a que se refiere el TC superan los previstos en el propio art. 1255 CC (leyes, moral y orden público), ya que «en aras de su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones —antes, durante y al extinguirse esa unión— conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional, y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción» (STC 93/2013, FJ 7); asimismo, la autonomía personal «no es una regla absoluta» y debe respetarse el orden público interno (FJ 8). Como advierte MARTÍN-CASALS (2013: 30), obsérvese que «entre esos límites ha desaparecido la ley, por lo que debe deducirse que por ley no puede alterarse ese contenido esencial (Wesensgehalt, art. 53.1 CE) del derecho fundamental que se crea». Con todo, en el ámbito material, la aplicación, en su caso, de la ley material que proceda deberá referirse al modelo tipo previsto en la norma aplicable.

Con anterioridad a esta Sentencia, la posibilidad de excluir totalmente la aplicación de la regulación sobre uniones estables de pareja y poder liberarse de su contenido imperativo (*opt-out agreement*) con los límites del art. 6.2 CC también había sido defendida por la doctrina (v., entre otros, GONZÁLEZ BOU, 2011: 531-538; PARRA LUCÁN, 2012: 317). Otros supuestos de exclusión de la norma pueden deberse al hecho de que se trate de situaciones que no cumplen los requisitos legalmente exigidos para reconocer la existencia de una unión estable de pareja (por ejemplo, convivencia estable entre tres personas o por causa de situaciones de duplicidad convivencial por parte de personas inmigradas; v. VILLAGRASA ALCAIDE, 2011: 539 y ss.).

5. ¿Cabe establecer diferencias de trato para las madres progenitoras o los hijos según cuál sea la naturaleza matrimonial o extramatrimonial de la filiación?

NO. La protección de los hijos y de las madres compromete derechos y valores constitucionales distintos que deben respetarse con independencia de la múltiple realidad material subyacente.

Debe distinguirse entre las medidas que otorguen un trato distinto y más favorable a

la unidad familiar basada en el matrimonio respecto de otras unidades convivenciales de aquellas «otras previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que estos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 de la Constitución) y a los cuales, habidos dentro o fuera del matrimonio, los padres deben prestar asistencia de todo orden (art. 39.3 de la Constitución), precisamente, y entre otros motivos, porque su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos. Y es, asimismo, diferente aquel supuesto del que se refiere a la necesaria protección de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39.2 de la Constitución), ya que, en este caso, resultan comprometidos otros intereses y valores distintos a los de los solos integrantes de la unión estable de hecho, unión que, por lo demás, en este caso puede perfectamente no existir» (STC 184/1990, FJ 2).

6. ¿Pueden el Estado o las CC. AA. con competencias exclusivas en materia de Derecho Civil propio, ex art. 149.1.8.ª CE, regular civilmente las uniones de hecho?

SÍ. El legislador estatal goza de competencia exclusiva en legislación civil, «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan...» (art. 149.1.8.ª CE). Por tanto, en el ámbito de la legislación autonómica y al amparo del principio de garantía constitucional de foralidad civil (SSTC 88/1993 y 31/2010), el legislador foral que haya asumido plenas competencias en materia de Derecho Civil especial o propio puede regular los efectos jurídicos o las consecuencias derivadas de la relación de las parejas que conviven en unión de hecho, y para ello dispone de un amplio margen de libre configuración de las distintas formas de convivencia. Esta competencia civil se fundamenta en el art. 39 CE y no en el art. 32 CE.

Señala el TC que las «evidentes diferencias» entre el matrimonio y la convivencia extramatrimonial, «que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir

determinas [sic] consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales, que son los que, en este momento, interesan» (STC 93/2013, FJ 5). No obstante, según se ha indicado en el apartado 1.º, discrepan de esta doctrina los magistrados Aragón Reyes y Rodríguez Arribas, que defienden la competencia exclusiva estatal en materia de «formas del matrimonio», y a estos efectos entienden que las uniones de hecho, aunque no lleven dicho *nomen iuris*, deben integrarse en el mismo.

La regulación de las uniones de hecho «se consigue articulando un régimen jurídico diferente y específico para las relaciones familiares establecidas a partir de las parejas estables, a las que, cumpliendo determinados requisitos, se otorga un concreto estatuto jurídico, compuesto de derechos y deberes, en ocasiones estatuidos ex lege. Y, en este sentido, el Parlamento Foral de Navarra, que ciertamente no puede regular el matrimonio, sí se encuentra facultado para valorar el fenómeno que las parejas estables suponen en el marco de sus competencias y para extraer, en el campo específico de la realidad correspondiente a las mismas, las consecuencias que estime procedentes dentro de su ámbito competencial. Pero ello no incide en la competencia exclusiva, que corresponde al Estado, para regular la institución matrimonial, de acuerdo con el art. 149.1.8 CE» (STC 93/2013, FJ 5). Por identidad de razón, esta doctrina debe entenderse aplicable a las demás CC. AA. que gocen de competencia exclusiva en relación con su propio Derecho Civil. Por otra parte, el reconocimiento constitucional de la competencia legislativa civil autonómica en este ámbito se considera un «hito importante» en materia competencial», ya que opta «claramente por dejar de lado la conocida doctrina de las materias conexas, poco creíble por su condición de juego malabar...» (MARTÍN-CASALS, 2013: 8).

La regulación legal de las uniones de hecho no incide en el «derecho negativo a no contraer matrimonio», ex art. 32.1 CE. En la STC 93/2013, el TC afirma que: «La Ley Foral no regula una forma de matrimonio, sino las consecuencias que el legislador foral ha querido atribuir a una situación de hecho que se diferencia claramente del matrimonio, por lo que en modo alguno puede verse comprometido el derecho consagrado en el art. 32.1 CE en su vertiente negativa. Por el contrario, el establecimiento de alguna regulación de una situa-

ción de hecho resulta incluso acorde con dicho precepto, porque, como indicamos en la citada STC 198/2012, de 6 de noviembre, la interpretación efectuada por este Tribunal del contenido esencial del art. 32 CE deja un amplio margen al legislador no solo para configurar todo lo relativo al matrimonio, «sino también para establecer regímenes de convivencia more uxorio paralelos al régimen matrimonial, pero con un reconocimiento jurídico diferenciado, lo que ha sido realizado, hasta la fecha, por el legislador autonómico» (FJ 10).

El marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, pues la autonomía privada no es una regla absoluta

No sucede lo mismo por lo que atañe a aquellas CC. AA. que carecen de competencia en legislación civil. En este sentido, interesa referirse especialmente a la STC 81/2013, de 11 de abril (Pleno) (cuestión de constitucionalidad n.º 6760-2003, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid respecto a los arts. 3, 4, 5, 8 y 9 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, con el voto particular del Magistrado Don Manuel Aragón Reyes, al que se adhiere el Magistrado Don Andrés Ollero Tassara), que declara la inconstitucionalidad de los arts. 4 y 5 de la Ley.

El art. 4 de la norma regulaba la convivencia admitiendo que los miembros de la unión de hecho pudieran pactar válidamente en escritura pública los pactos que considerasen convenientes «para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese». Entre otros pormenores, la norma preveía la existencia de compensaciones económicas con remisión expresa al art. 97 CC y, en defecto de pacto, presumía la contribución a las cargas de la unión de hecho en proporción a los recursos de los convivientes; también se preveía la nulidad de los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de dere-

chos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos, y declaraba nulos los pactos cuyo objeto «sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes». Y, respecto de la eficacia de dichos pactos, incluso aunque estuvieran inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, solo surtían efecto meramente entre las partes firmantes, sin que, en ningún caso, pudieran perjudicar a terceros.

El TC afirma que «es evidente» que este artículo establece prescripciones sobre cómo deben regirse las relaciones económicas y patrimoniales de la unión de hecho, por lo que: «Es claro, entonces, que el precepto, aun cuando solamente sea para las parejas que se hayan inscrito voluntariamente en el Registro (art. 1.1), contempla un régimen normativo generador de obligaciones económicas derivadas de dicha situación de hecho, que pertenece al ámbito de las relaciones jurídico-privadas de los miembros de la unión de hecho», por lo que esta regulación «se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho Civil. El aludido carácter civil de la regulación que examinamos se ratifica si se tiene en cuenta que determinadas previsiones de este precepto no son sino trasunto de reglas equivalentes contenidas en el Código Civil [...]. Por su parte, la necesidad de que los pactos consten en escritura pública del art. 4.1 o las limitaciones a los pactos del art. 4 no son sino traslación de lo dispuesto en los arts. 1327 y 1328 del Código Civil».

A este respecto, el TC recuerda que «las regulaciones relativas a las relaciones inter privados constituyen reglas de Derecho Privado encuadrables en la materia de legislación civil (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5), relaciones inter privados en las que, indudablemente, se integran los pactos de contenido económico y patrimonial a los que se refieren estos preceptos. En dicha materia, el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva sobre «legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho Civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge



mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito. Por tanto, «como quiera que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho Civil foral o especial, la regulación del art. 4 de la Ley 11/2001 se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo» (FJ 4). Lo mismo sucede en el art. 5, que preveía la inscripción de dichos pactos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. Esta doctrina deja abierta la posibilidad de recurrir otras leyes promulgadas por CC. AA. sin competencia sobre legislación civil: Ley 4/2002, de Asturias; Ley 5/2002, de Andalucía; Ley 5/2003, de Canarias; Ley 5/2003, de Extremadura, o Ley 1/2005, de Cantabria.

A pesar de la doctrina precedente, el TC no aprecia tacha de inconstitucionalidad respecto de los arts. 8 y 9 de la citada Ley autonómica 11/2001, que establecen beneficios y determinados derechos y obligaciones respecto de la función pública para el personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, y la normativa madrileña de Derecho Público, de modo que «los convivientes mantendrán los mismos beneficios reconocidos a las parejas que hayan contraído matrimonio» (art. 8) y la competencia a estos efectos se ampara en los títulos sobre regulación del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 27.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid) y ejecución de la legislación laboral (art. 28.1.12) (STC 81/2013, FJ 6).

En consecuencia, con COCA PAYERAS (2014: 31) cabe afirmar que: «Las CC. AA. sin competencias sobre legislación civil pueden legislar equiparando los convivientes en unión de hecho a los cónyuges en el régimen del personal al servicio de la Administración de la CA y en los derechos y obligaciones de la normativa autonómica de Derecho Público». Conclusión que, lógicamente y en relación con las materias expresadas, es igualmente predicable de las CC. AA. con competencia sobre legislación civil.

7. ¿Puede establecer la legislación autonómica sobre uniones de hecho normas para resolver conflictos de leyes en función de la vecindad civil?

NO. El art. 2.3 de la Ley Foral cuestionada disponía que la regulación establecida en la Ley Foral será de aplicación «a las

parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra». Según los recurrentes, esta previsión vulneraba la competencia exclusiva estatal prevista en el art. 149.1.8.ª CE, así como los arts. 14 y 149.1.1. CE.

El TC recuerda su consolidada doctrina en esta materia (SSTC 72/1983, de 29 de julio, FJ 6; 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio) y, en síntesis, centrando el debate exclusivamente a la vista del art. 149.1.8.ª CE, señala que: «Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida “en todo caso” a la legislación del Estado» (STC 156/1993, FJ 3). Es «a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Por consiguiente, debe ser el Estado quien regule “el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16.1.1 del Código) y disponer, también, cuál sea la ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que intervengan sujetos con vecindad civil diversa”» (STC 226/1993, FJ 6).

Desde el punto de vista competencial, «es al legislador foral a quien corresponde determinar el ámbito de aplicación de las normas que aprueba, si bien tal labor no puede ser realizada al margen del principio de territorialidad que limita las normas autonómicas»

Desde el punto de vista competencial, «es al legislador foral a quien corresponde determinar el ámbito de aplicación de las normas que aprueba, si bien tal labor no puede ser realizada al margen del principio de territorialidad que limita las normas autonómicas». En el presente caso, «es patente» que la norma cuestionada «se aparta de esta doctrina, pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito personal de aplicación de una norma

integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada [...]. En tal sentido, con la utilización del criterio de la vecindad civil y al constituir esta el punto de conexión para la determinación del estatuto personal, es claro que se viene a incidir sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes”» (STC 93/2013, FJ 6), de lo que deriva la inconstitucionalidad y nulidad de dicha norma por invadir las competencias que en esta materia corresponden al Estado. Esta declaración de inconstitucionalidad conduce al mismo resultado de otros preceptos homólogos, como los previstos en las leyes balear y vasca.

La determinación de la ley aplicable a las uniones de hecho es una cuestión vi-
driosa, porque, por el momento, debe enfrentarse a la ausencia de una norma estatal de conflicto específica y las CC. AA. no disponen de competencia para establecer normas de conflicto (art. 149.1.8.ª CE) (AMUNÁTEGUI, 2011: 683 y ss.). Según se examina más adelante, en el ámbito europeo, es de prever que esta cuestión quedará perfilada con la próxima aprobación del Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, actualmente en trámite legislativo.

Entre tanto, de *lege data*, la doctrina en torno a estas cuestiones se muestra muy dividida (v., entre otros, MARTÍN-CASALS, 2000: 1157-1158; ESPÍNEIRA SOTO, 2007: 149 y ss.; GARRIDO MELERO, 2013, I: 139; COCA PAYERAS, 2014: 38; FRANCINO BATTLE, 2012: 386; CARRIÓN, 2012: 589-592; SOLÉ RESINA, 2013: 315) y, según se califique la unión de hecho de convenio, contrato tácito o formal, solución que parece la más adecuada, o según se asimile, por analogía, la unión de hecho al matrimonio, serán aplicables diferentes normas de conflicto (arts. 10.5, 9.2 CC y Dlpr.).

Análoga dificultad se presenta cuando se incide en otros ámbitos de la relación, especialmente, en el sucesorio (v. AMUNÁTEGUI, 2011: 689, 818 y ss.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2011: 821 y ss.; BRANCÓS NÚÑEZ, 2005: 947 y ss.; ESPÍNEIRA SOTO, 2007: 149 y ss.; FOLLIA CAMPS, 2013: 34; SERRANO DE NICOLÁS, 2014: I). En este supuesto, a pesar de lo que pueda disponer la regulación legal sobre la unión o del pacto de sumisión

a ley aplicable a las uniones de hecho, la sucesión deberá regirse por la vecindad civil o ley nacional de cada uno de los convivientes (art. 9.1 CC), o por la norma de conflicto aplicable a la sucesión [v. Reglamento (UE) n.º 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, en vigor a partir del 17 de agosto de 2015], todo ello sin perjuicio de las disposiciones de última voluntad que el causante pueda haber otorgado.

Como advierte el último autor citado, de *lege data*, en el ámbito del Código Civil, la unión de hecho no genera derechos sucesorios. «Otra cosa es que no se pueda plantear pretensión alguna frente a la herencia del conviviente premuerto. Pero, a diferencia del matrimonio, tales derechos no derivan del vínculo establecido convencionalmente, sino de la prolongación en el tiempo de la relación de hecho». Por otra parte, la eventual llamada a la ley personal puede dar lugar a cambios en la legislación aplicable, cuando la aplicación de la norma de conflicto remita a la nacionalidad o vecindad civil y estas sufran modificación (GUZMÁN ZAPATER, 2012: 303 y ss.; ZABALO ESCUDERO, 2012: 389 y ss.).

8. ¿Cómo se constituye, acredita y extingue una unión de hecho?

A) Delimitación de los modos de constitución y acreditación de la unión de hecho

Debido al principio de pleno respeto de la libertad de decisión de los componentes de la pareja estable, el TC declara la «nulidad» de las previsiones de la Ley Foral navarra, que establecía *ipso iure* la existencia, con carácter imperativo, de una unión estable cuando los miembros de la pareja «*hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*».

Por el contrario, el TC admite, por un lado, la válida constitución (o inicio de la convivencia) de una unión estable cuando ambos miembros de la unión «*hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público*» y, por otro la-

do, valida la consideración de pareja estable respecto de «*la unión libre y pública, en una relación análoga de afectividad a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona*» (art. 2.1 LFIJPE).

En este segundo supuesto, ha de entenderse que «*serán parejas estables todas aquellas que reúnan las condiciones del art. 2.1, cuya existencia, llegado el caso, deberá ser acreditada por sus integrantes*» [FJ 10.b)]. Por otra parte, como se ha indicado en otro lugar, la exigencia legal de que en este supuesto la unión estable sea «*libre y pública*» no incide en el derecho fundamental de intimidad (art. 18.1 CE) por injerencias ilícitas en la misma (FJ 9).

La previsión legal que establece que los miembros de una pareja estable no podrán establecer otra pareja estable con tercera persona mientras no se haya producido su disolución mediante alguno de los supuestos de disolución previstos al efecto no puede decirse que vulnere la libertad personal, pues esta prohibición se proyecta, «*a los efectos de la ley*», como impedimento «*para el reconocimiento de la nueva relación en cuanto a la posibilidad de acogerse a las consecuencias jurídicas que en ella se establecen*» [STC 93/2013, FJ 10.c)].

Cuando no esté acreditada en documento público, el citado art. 2.1 limita la existencia de la unión estable «*legal*» de pareja al concurso de los requisitos allí previstos. Sin perjuicio de las limitaciones que puedan deducirse por su contrariedad a moral o al orden público, cualquier otro tipo de relación convivencial entre dos o más personas desarrollada al amparo de los principios de libertad personal, libre desarrollo de la personalidad e intimidad personal no podrá acogerse a la calificación legal de unión estable de pareja ni integrarse en el estatus previsto para la misma.

B) ¿Es posible pactar una unión de hecho de carácter temporal o sometida a condición?

Sí. El art. 5.2 de la Ley Foral 6/2000 establecía que no podían pactarse esta clase de uniones estables, pero esta norma contra-

ría la libertad de pacto y ha sido declarada inconstitucional; en otras palabras, dicho pacto es admisible.

Al referirse al citado art. 5.2, el TC afirma: «*Podría pensarse que dicha regla resulta lógica en la medida en que se refiere a una relación presidida por la affectio, que difícilmente podría quedar sometida a semejantes cláusulas sin desvirtuar la propia naturaleza de la unión de hecho. No obstante, tampoco puede negarse que la concreta prohibición coarta la libertad de pactos de los miembros de la pareja, que, en la medida en que no atenten a principios constitucionales, no podrán excluirse en una relación de estas características. De suerte que debe reconocerse que dicho apartado vulnera la libertad consagrada en el art. 10.1 CE*» [STC 93/2013, FJ 11b)].

Esta solución difiere radicalmente de la regulación del matrimonio civil, que exige que el consentimiento sea puro (inoperabilidad del principio de autonomía de la voluntad en la celebración del matrimonio), sin estar sometido a elementos accidentales (art. 45 CC; v. SERRANO GÓMEZ, 2011: 571-572). Con todo, el canon 1102 del Código de Derecho Canónico admite la condición de presente o de pasado, pero no la de futuro, y en el Derecho musulmán se propugna la validez del matrimonio temporal o *mutah*, que es aceptado por los chiitas pero rechazado por los sunitas (EESSA IBARRA, 2003).

C) Prueba de la existencia de una unión estable

El TC declara la validez de la norma que prevé que «*la existencia de pareja estable podrá acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho*» (art. 3 LFIJPE). Según el TC, por su claridad, la norma citada no genera incertidumbre de ninguna clase que contrarie el principio de seguridad jurídica. Con todo, cabe oponer que la facilidad probatoria de la situación de pareja de hecho será más o menos fácil y directa según el medio de prueba de que se disponga. En relación con la Sentencia que se examina, el propio Tribunal se refiere a determinados medios de prueba que, en general, por su naturaleza formal o registral, serán los más idóneos para dicha acreditación.

En el supuesto de uniones de hecho no constituidas formalmente o registradas, pueden constituir medios de prueba: el reconocimiento de los convivientes, la posesión de estado en el sentido de vivir en común, de



forma estable y con notoriedad, o la existencia de hijos reconocidos por ambos convivientes. Otros medios posibles son: el certificado de empadronamiento, los testimonios y las pruebas documentales de todo tipo (actas de notoriedad, testamentos, cartas, mensajes, fotografías, cuentas bancarias conjuntas, etc.) (MARTÍN-CASALS, 2000: 1160-1162).

Entre los distintos medios de prueba, el propio Tribunal afirma que *«adquire especial relevancia la inscripción, en su caso, en los registros de parejas estables»*. A estos efectos, la norma en cuestión prevé que el Gobierno autonómico y los ayuntamientos podrán crear tales registros *«para facilitar, a través de su inscripción voluntaria, la prueba de su constitución»*. Otro medio de prueba serán los documentos otorgados por ambos miembros de la unión estable en que consten pactos referentes a *«las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia»* o sobre las *«compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja»* (v. art. 5.1 LFIJPE).

Cuando la constitución o existencia de la unión conste en instrumento público notarial, establece el art. 17 bis, letra a), de la Ley del Notariado que 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 adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes»*. Asimismo, la letra b) del mismo artículo señala que *«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»*.

En consecuencia, la constitución o reconocimiento de la unión de hecho en instrumento notarial produce singulares efectos y presunciones jurídicas, en especial, según proceda, de naturaleza constitutiva, declarativa, de fijación de estatus, negocial, probatoria y ejecutiva. En todo caso, los pactos sobre la convivencia no deben ser contrarios a las leyes, la moral o el orden público, ni limitar la igualdad de derechos que correspondan a cada miembro de la unión de hecho o perjudicar gravemente a uno de ellos. Con ello, se aúnan tres principios básicos singularmente relevantes en materia de relaciones de convivencia: la seguridad jurídica, el respeto informado de la autonomía de la voluntad y la evitación del enriquecimiento injusto.

Cabe presumir que la acreditación de la existencia de una unión de hecho, generalmente, conllevará la presunción de que los convivientes han aceptado tácitamente los efectos jurídicos del correspondiente estatuto regulador, pero ello no será óbice para que esta presunción pueda ponerse en cuestión. Para lograr que no se produzcan efectos no deseados e incluso desconocidos para las partes, el medio formal más idóneo para modular, excluir, garantizar, conseguir y acreditar los efectos de la convivencia y convenir otros pactos relativos a la relación y su extinción, anticipándose a los problemas y dudas que puedan surgir, consiste en la formalización de los pactos en instrumento público notarial (PARRA LUCÁN, 2012: 297 y ss.; CARRIÓN, 2012: 549-550, 571 y ss.; SOLÉ RESINA, 2013: 313; GARRIDO MELERO, 2014: 13-14).

Para las uniones de hecho no constituidas formalmente o registradas, pueden constituir medios de prueba: el reconocimiento de los convivientes, la posesión de estado en el sentido de vivir en común, de forma estable y con notoriedad, o la existencia de hijos reconocidos

En suma, en términos de seguridad jurídica y protección de los intereses jurídicos en juego y fijación fehaciente del estatus, entre las partes y frente a terceros, es preferible utilizar, como principio de base, el modelo formal basado en el instrumento público notarial, por ser este medio documental el único en el que queda clara no solo la voluntad debida y libremente informada y declarada de convivir en pareja de hecho, sino también la de asumir y modular los efectos jurídicos de esa convivencia en los términos indubitados convenidos *ad hoc* por sus otorgantes. Como dice el TC, los miembros de la unión de hecho, *«en aras de su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones —antes, durante y al extinguirse esa unión— conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional»* (STC 93/2013, FJ 7).

La regulación formal de las uniones de hecho en la legislación autonómica es diversa. Por ejemplo, entre otros supuestos,

el Código Civil de Cataluña prevé la formalización de la unión estable de pareja en documento público en el que los convivientes pueden prever pactos sobre la regulación de la convivencia referidos a cuestiones personales, económicas y patrimoniales [art. 234-1.c) CCCat]. En este punto, la norma catalana es congruente con la susodicha doctrina constitucional. La escritura se considera desde dos puntos de vista: como documento idóneo para atribuir efectos inmediatos a una relación estable de pareja (sin tener que cumplir el previo plazo legal de dos años) y como medio de acreditar su existencia. En el primer supuesto, no se exige convivencia previa, pero sí la posterior al otorgamiento, sin la cual no se cumpliría la exigencia legal (v. PUIG I FERRIOL y ROCA I TRIAS, 2014: 419-420).

Por su parte, el Código del Derecho Foral de Aragón (DLeg. 1/2011, de 22 de marzo) prevé que la existencia de pareja estable no casada podrá acreditarse, 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 (art. 305).

En cambio, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares, no prevé expresamente la forma pública y exige, con carácter constitutivo, la inscripción en el Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares (art. 1.2). En el mismo sentido se pronuncian la disp. adic. 3.ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que considera parejas de hecho las inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia; la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que prevé que la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco tendrá carácter constitutivo (art. 3), y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana, que afirma que la inscripción de la unión de hecho en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana tiene carácter constitutivo (art. 3). Aunque estas leyes no prevén la forma pública, su adopción siempre será posible o necesaria cuando las partes quieran configurar y predeterminar las particularidades de su estatus convivencial antes, durante y después de la convivencia.

D) Modos de disolución de la pareja estable

El TC valida los distintos supuestos de disolución previstos en la norma cuestionada debido a que la norma se limita a recoger los supuestos normales de disolución: muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes; matrimonio de uno de sus miembros; mutuo acuerdo; voluntad unilateral de uno de los miembros, notificada fehacientemente al otro; cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año, y, por último, por concurrir alguno de los supuestos acordados por sus miembros en la escritura pública.

Por lo que se refiere a la obligación formal para ambos miembros de la pareja, aunque lo hagan por separado, de dejar sin efecto el *documento público* que, en su caso, hubieren otorgado, el TC afirma que «*si tal otorgamiento pudo servir para demostrar la existencia de la unión estable (art. 2.2.) a los efectos de la aplicación de la Ley Foral, una vez extinguida la pareja, es razonable exigir que sus integrantes hagan constar el cese de aquella situación a los propios efectos de la misma Ley*» [STC 93/2013, FJ 10.c)].

9. En su caso, ¿cómo debe configurarse la regulación legal de las uniones de hecho? ¿Cuáles son las limitaciones que recaen en el legislador civil?

Como consecuencia de la prevalencia del principio de libertad y de la necesidad de aceptación por los interesados del estatuto legal que las regula, el TC declara la inconstitucionalidad tanto de aquellas normas referentes al reconocimiento de la existencia de la unión de hecho por la mera concurrencia de hechos objetivos como de las normas que establecían el *carácter irrenunciable* o imperativo de los «derechos mínimos» previstos en la misma.

En el supuesto de intervención del legislador competente en la regulación de las uniones de hecho, su acción legislativa debe basarse en el principio o patrón de «mínima intervención» y, en todo caso, deberá respetarse el derecho a la intimidad personal de los convivientes (art. 18.1 CE). La doctrina del TC sobre este punto es muy relevante, debido a que, por identidad de razón, la misma debe entenderse aplicable a todas las legislaciones autonómicas que regulan las uniones de hecho y prevén los mismos o parecidos automatismos y solu-

ciones jurídicas que el TC ha declarado inconstitucionales.

En primer lugar, señala el TC que el tratamiento legal de las uniones de hecho por el legislador competente debe respetar determinados límites, ya que supondría un oxímoron jurídico o *contradictio in terminis* «*convertir en “unión de Derecho” una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones*» (STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 8).

En segundo lugar, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. «*[Únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condicione a su previa asunción por ambos miembros de la pareja*» (STC 93/2013, FJ 8).

La autolimitación legal «*lógicamente no opera respecto a medidas legales que tutelén derechos fundamentales de los dos o de alguno de los componentes de la pareja de hecho, supuesto en el que se deberán tomar en cuenta los criterios generales sobre la necesidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas atendiendo a los intereses en juego, de manera que el sacrificio del libre desarrollo de la personalidad sea el estrictamente indispensable*» (STC 93/2013, FJ 8).

En el recurso ante el TC contra la Ley Foral navarra 6/2000, se impugnaba que la Ley configuraba la unión estable como una *unión reglada*, sujeta a *normas imperativas e irrenunciables*, lo que podía conculcar el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad personal y familiar.

A este argumento, la tan aludida STC 93/2013 responde señalando que: «*Aunque es evidente que la propia existencia de la unión de hecho implica una voluntad de convivir, esta no es suficiente para entender que se asumen los efectos jurídicos previstos por la Ley para las parejas estables*», pues debe tenerse presente que «*la relación more uxorio se basa precisamente en una decisión libre de los convivientes de mantener una relación en común, no necesariamente formalizada jurídicamente, que, como regla de principio, excluye el estatus jurídico imperativo de derechos y obligaciones caracte-*

risticos de la institución matrimonial». Por tanto, para entender que se asumen estos efectos, *debe existir una voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley que las regula*. Sostener lo contrario no sería respetuoso con el derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE (FJ 9).

Como consecuencia de esta doctrina, la norma legal no puede declarar *per se* la existencia de una unión de hecho por la mera concurrencia de determinados hechos objetivos (por ejemplo, transcurso de un año de convivencia o tener descendencia en común), sin contar para ello con la libre voluntad de los miembros de la pareja en dicho sentido. Tampoco pueden establecerse efectos *ex lege* que no hayan sido aceptados por las partes.

Como señala la doctrina científica: «*El derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE colisiona con un régimen legal imperativo de la pareja estable*» (COCA PAYERAS, 2014: 40). «*Imponer a quien no quiere o no se ha manifestado al respecto una serie de deberes de manera imperativa por el simple hecho de convivir de manera más o menos estable, o por tener descendencia, resulta —en mi opinión— atentatorio de la libertad de los particulares*» (AMUNÁTEGUI, 2011: 712). O, como afirma el TS: «*Hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con todas sus consecuencias*» (STS de 12 de septiembre de 2005, FJ 3).

A este respecto, las normas invalidadas por el TC debido a que se basaban, básicamente, en un «modelo imperativo» se referían a las cuestiones que se enuncian seguidamente:

- Reclamación de pensiones periódicas o compensaciones económicas.
- Responsabilidad solidaria de los miembros de la pareja respecto de terceros por las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes.
- La prohibición de constitución de parejas estables con carácter temporal o sometida a condición.
- En defecto de pacto entre los convivientes, la obligación de contribuir, propor-



cionalmente a sus respectivas posibilidades, a los gastos de la vivienda y a los gastos comunes mediante aportaciones económicas o de trabajo.

- La regulación de una compensación económica para el supuesto de cese de la unión en vida de los convivientes cuando uno de ellos no haya sido retribuido o lo haya sido de modo insuficiente, en caso de que, por este motivo, se haya generado una situación de desigualdad patrimonial entre ambos que implique un enriquecimiento injusto.
- El mismo reproche constitucional reciben las normas que equiparaban a los miembros de la unión de hecho con los cónyuges en los aspectos referidos a las acciones relacionadas con *la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad*. El motivo es que la norma legal realiza una extensión «sin contar con la voluntad de ambos integrantes de la pareja estable», lo que contraría el art. 10.1 CE [STC 93/2013, FJ 11.d)].

También son cuestionadas las previsiones legales sobre *derechos sucesorios* de los miembros de las uniones de hecho.

Respecto de este último supuesto, la Ley Foral 6/2000 equiparaba a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable en relación con usufructo de fidelidad, así como en el orden de llamamientos de la sucesión legal en bienes no troncales; por último, establecía que el mismo no podía intervenir como contador-partidor junto con el heredero, el legatario de parte alícuota y el cónyuge viudo. La declaración de inconstitucionalidad de todas estas previsiones legales se justifica por el TC en los términos siguientes: en los dos primeros supuestos, porque se trata de normas que «establecen preceptivamente tales derechos, prescindiendo de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales y, en consecuencia, para acordar entre ellos los derechos que pueden corresponder a cada uno en la sucesión del otro», por lo que desconocen «la libertad de decisión de los componentes de la pareja estable» (art. 10.1 CE) (STC 93/2013, FJ 13). Como afirma el TC: «Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en

la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada ex lege a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja». Igual declaración se extiende al tercer supuesto, debido a su «directa conexión» con aquellos, ya que viene a establecer una consecuencia inherente a los derechos sucesorios reconocidos debido al conflicto de intereses existente.

El tratamiento legal de las uniones de hecho por el legislador debe respetar determinados límites, ya que supondría una *contradictio in terminis* convertir en «unión de Derecho» una relación estable puramente fáctica

Por último, debido a su imperatividad, otro tanto sucede respecto de la disposición que establecía que los miembros de la pareja estable «serán considerados como cónyuges», a los efectos previstos en la *legislación fiscal navarra*, a la hora de computar rendimientos y aplicar deducciones o exenciones, debido a que la aplicación de esta regla no se hacía depender de la voluntad de la pareja, y, por su carácter automático, la disposición que establecía que, en caso de disolución de la pareja estable, se produce como efecto automático la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro.

En consecuencia, como se ha dicho, «únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja»; en todo caso, esta restricción no opera, en los términos antes vistos, «respecto a medidas legales que tutelen derechos fundamentales de los dos o de alguno de los componentes de la pareja...» (FJ 8).

En relación con esta doctrina, se ha hecho notar que si la norma es dispositiva y no se ha pactado en contrario, no por ello debe entenderse que aquella ha mudado de naturaleza y se convierte en norma imperativa (MARTÍN-CASALS, 2013: 30-40); también se ha puesto de relieve que no cabe avalar la

absoluta autonomía de voluntad y que el propio TC advierte que pueden existir normas imperativas si tutelan derechos fundamentales de los dos o de alguno de los miembros de la pareja y se fundamentan en criterios generales de necesidad, adecuación y proporcionalidad (PUIG I FERRIOL y ROCA I TRIAS, 2014: 421).

Si se traslada la doctrina del TC sobre la Ley Foral a otras regulaciones legales autonómicas (o estatal, en caso de que la hubiera) referentes a las uniones de hecho que tengan un contenido material imperativo parecido, mientras no exista una expresa declaración de inconstitucionalidad, habrá que partir de la vigencia legal de la norma promulgada, lo que no es óbice para que la interpretación de la misma deba considerar la singular relevancia de dicha doctrina; por otro lado, en caso de cuestionarse la norma legal en sede constitucional, cabe presumir que el veredicto sería concordante con la citada doctrina. Entre tanto, de *lege data*, por lo que atañe a la validez y eficacia de la norma autonómica que proceda, debe tenerse presente que «el concepto de ley autonómica es tan formal como el de ley estatal [...] presenta, en su régimen general, los mismos caracteres de la ley estatal, por lo que tiene el mismo valor jurídico [...] [y], en cuanto ley formal, solo puede ser controlada por el TC y vincula a jueces y tribunales» (BALAGUER CALLEJÓN, 2013: 438).

En otro orden de cuestiones, como sea que la sucesión por causa de muerte se rige por la ley personal del causante, cabe deducir que las previsiones que puedan existir en la ley reguladora de las uniones de hecho irán vinculadas a su ley personal.

En relación con la aplicación de la concreta norma legal, en defecto de pacto expreso de asunción, modificación o exclusión de la normativa reguladora, salvo criterio mejor ajustado a Derecho, el problema esencial a dilucidar se presentará en los términos siguientes: en primer lugar, deberá determinarse si existe o no una unión estable de pareja que sea concorde con la tipificación legal de la norma, y sin que la unión estable se haya disuelto *a posteriori*. A este respecto, el TC valida la admisión de cualquier medio de prueba admitido en Derecho para acreditar la existencia de pareja estable. La declaración de la unión estable en un registro administrativo puede servir para acreditar, *prima facie*, dicha situación, pero, a mi entender, sin que en lo civil pueda irse más allá, por lo que no



podrá sanar la eventual inadecuación de la unión estable al tipo legal por faltarle determinados requisitos.

Acreditada positivamente la existencia de una unión estable de hecho, deberá verificarse si existe una previa asunción de la normativa del derecho que regule la unión estable de pareja o si el contenido de la norma debe operar *ope legis* como ley material de derecho supletorio de la relación (o incluso como derecho imperativo).

La existencia de la unión estable excluye la asunción de un estatus jurídico imperativo de derechos y obligaciones; una unión de hecho no se puede convertir, sin expresa verificación de la asunción voluntaria de los interesados, en una unión de Derecho

Según el TC, y en relación con la Ley Foral cuestionada, la mera voluntad de convivir no es suficiente para entender, prescindiendo de la voluntad de los miembros de la pareja, que se aceptan los efectos jurídicos previstos en la norma legal. Lo que antecede, salvo que se trate de una unión jurídicamente formalizada, pues, en este caso, existirá una voluntad manifiesta al respecto. La existencia de la unión estable excluye la asunción de un estatus jurídico imperativo de derechos y obligaciones; una unión de hecho no se puede convertir, sin expresa verificación de la asunción voluntaria de los interesados, en una unión de Derecho (v. FFJJ 8 y 9).

La verificación de la asunción de la normativa aplicable se tratará de una cuestión de hecho que habrá que valorar en función de las pruebas disponibles. Así, la obtención de algunos de los beneficios legales de Derecho Público, Laboral o Administrativo solicitados por los integrantes de la unión estable será un posible medio de prueba, pero tampoco acredita indubitadamente la previa y total aceptación de todo el contenido material del estatuto legal civil que se considere aplicable. Como advierten DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2012, I: 464 y ss.): «Una declaración de voluntad es, ante todo, una comunicación social». Existe un comportamiento social y externo que vehicula

lo querido por las partes que habrá que valorar debidamente.

No cabe duda que la eventual falta de prueba fehaciente de dicha aceptación creará inseguridad jurídica y, por ello, se hace más necesaria que nunca la conveniencia de documentar en instrumento público el estatuto jurídico (antes, durante y con motivo de su extinción) del marco convivencial que proceda (unión de hecho fehaciente y reglada). El documento público acredita de forma explícita y *erga omnes*, entre los convivientes y frente a todos, el estatuto jurídico aplicable a la unión de hecho.

Ahora bien, a mi parecer, mientras la ley concreta aplicable, promulgada y pública, conserve su plena validez formal y material en su carácter de derecho supletorio (o incluso imperativo), los efectos directos serán los previstos en la norma promulgada. No obstante, en este caso, habida cuenta el estado de la cuestión, deberá quedar cumplidamente acreditada la prueba de la existencia de la unión de hecho, su correcta adecuación al tipo legal, la voluntad concorde de ambos miembros de no rechazo de la norma y la posible existencia o no de pactos o declaraciones de voluntad de modulación o exclusión.

Con todo, a la luz de la citada doctrina, la aplicación de la norma que proceda puede motivar que surja oposición de terceros interesados para atacar o hacer decaer la aplicación o las previsiones de la norma supletoria o imperativa, por ejemplo, por no ser coincidentes en materia sucesoria los intereses del conviviente supérstite con los de los hijos de uno y otro o los colaterales o ascendientes del premuerto (SERRANO DE NICOLÁS, 2014: IV).

Por último, conviene advertir que la STC 93/2013 se pronuncia sobre el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Foral 6/2000 y, al amparo del principio de seguridad y del art. 40.1 LOTC, establece la no revisión de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada y que la declaración de inconstitucionalidad solo sea eficaz *pro futuro*, respecto de nuevos supuestos o de procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme, con intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas (FJ 14).

V. CONFLICTO DE COMPETENCIAS (ESTATAL Y AUTONÓMICA) Y DEVENGO DE LA PENSIÓN DE «VIUDEDAD»

En relación con las competencias estatal y autonómica sobre las uniones de hecho, ofrece especial interés la doctrina de la STC 40/2014, de 11 de marzo de 2014, sobre la cuestión de inconstitucionalidad n.º 932-2012, promovida por la Sala Cuarta, de lo Social, del TS, con relación al párrafo quinto del art. 174.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RDLeg. 1/1994, de 20 de junio (red. según Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social), por posible vulneración del art. 14 CE, que tiene el voto particular formulado por la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías y el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos.

Para fijar con carácter previo los términos en discusión, a continuación se reproducen literalmente los párrafos cuarto y quinto del apartado 3.º del art. 174 LGSS, que es la norma examinada en la STC 40/2014, así como su apartado 4.º. El art. 174 regula los requisitos que debe cumplir la situación de pareja de hecho para acreditar el devengo de la mal llamada en el presente caso, por referirse a las uniones de hecho, *pensión de viudedad*. A los efectos procedentes, cabe anticipar que el párrafo quinto es el que ha sido declarado inconstitucional y nulo.

Art. 174 LGSS. *Pensión de viudedad*

3. [...]

A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la forma-



lización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevarán a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica.

4. En todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente.

La cuestión de inconstitucionalidad se suscitó por el TS (Sala Cuarta, de lo Social), al entender que el citado párrafo quinto del art. 174.3 LGSS podía resultar contrario al principio de igualdad (art. 14 CE) en cuanto establece para ciertas CC. AA., por vía de remisión a su legislación específica, una regulación sobre la acreditación de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad en los casos de parejas de hecho que difiere de la regla general sobre tal extremo, contenida en el párrafo cuarto del mismo precepto legal. Unido a lo anterior, también plantea que, siendo competencia exclusiva del Estado la «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social» (art. 149.1.17.ª CE), no parece constitucionalmente admisible que sean leyes autonómicas (aunque en virtud de remisión por ley estatal) las que contengan la regulación de un aspecto tan importante de la pensión como es el de la consideración de pareja de hecho y su acreditación, que es el requisito ineludible para poder obtener dicha pensión.

Según el TS, existen dos posibles interpretaciones del párrafo quinto del art. 173.3 LGSS:

- 1) Declararlo nulo por inconstitucional, eliminando así la remisión que establece y dejando solamente en vigor la regla general del párrafo cuarto.
- 2) Declararlo parcialmente inconstitucional, si se entiende que la remisión que hace a la legislación específica de las

CC. AA. se refiere exclusivamente a las leyes autonómicas sobre las parejas de hecho, mientras que la regla general del párrafo cuarto no es más que una regla subsidiaria para el caso de inexistencia de esa legislación específica sobre parejas de hecho de carácter autonómico, siendo entonces la diferencia de trato resultante consecuencia lógica del «principio de autonomía política», encontrando en tal principio la justificación de dicha diferencia.

En este caso, curiosamente, en favor de la constitucionalidad del precepto se pronunciaban el Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, afirmándose, entre otros argumentos procesales y de fondo, que la coexistencia de diversos derechos civiles dentro del Estado español y la autonomía política y legislativa en materia civil de las CC. AA. debe ser tenida en cuenta por el legislador básico o, al menos, pueden serlo lícitamente a los efectos aquí previstos. Por su parte, el Fiscal General del Estado también oponía, al igual que se sostiene en el voto particular, que debía haberse desestimado la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TS por no ser relevante para el resultado del juicio, ya que se trataba de una sobreviviente de una pareja de hecho residente en una CC. AA. sin Derecho Civil propio.

El párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS prevé dos exigencias diferentes: una de orden *material*, esto es, la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante, y otra de orden *formal*, *ad solemnitatem*, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho (inscripción o documento público) con dos años de antelación al hecho causante y con análoga relación de afectividad a la conyugal.

De este modo, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que, además, cumplen el aludido requisito de convivencia.

En cambio, el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS remite a la legislación de las CC. AA. con «Derecho Civil propio» todo lo relativo a la consideración y la acreditación de la pareja de hecho, a salvo el aludido requisito de convivencia. De este modo, el art. 174.3 LGSS diferencia dos regímenes distintos en función de si la pareja de hecho reside en una Comunidad Autónoma con Derecho Civil propio o no. Esto implica, según se ha examinado en otro lugar, que tanto la «constitución» como la «acreditación» de las uniones de hecho en las CC. AA. con Derecho Civil propio pueden responder a requisitos distintos a los previstos para el régimen general ex párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS.

De la comparación entre el régimen general ex LGSS y el previsto en los distintos regímenes autonómicos, la STC deduce las siguientes diferencias:

1. Diferencias respecto a los requisitos personales exigidos para poder constituir una unión estable de pareja

El párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS considera pareja de hecho «*la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial*». Según los arts. 46 y 47 CC, no pueden contraer matrimonio: los menores de edad no emancipados; los que están ligados con vínculo matrimonial; los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, y los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Aunque en todo caso debe cumplirse el requisito común de convivencia de cinco años, en las legislaciones autonómicas también existen diferencias en los modos de acreditar la existencia de la unión de hecho

En cambio, en la legislación autonómica, ninguna de las normas sobre parejas de hecho de las CC. AA. con Derecho Civil propio recoge este último impedimento, y por lo que se refiere a los *colaterales por consanguinidad*, algunas de dichas normas impiden constituir una pareja de hecho a los

colaterales hasta el segundo grado y otras los amplían a los colaterales por adopción.

Se prevé el primer supuesto en las normas siguientes: art. 2.1 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de igualdad jurídica de parejas estables de Navarra; art. 306 del DLeg. 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón; art. 234.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por el que se aprueba el Código Civil de Cataluña; art. 2 de la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, y art. 4 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana). El segundo supuesto se prevé en las normas siguientes: art. 306 del DLeg. 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón; disp. adic. 3.ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que lo prevé hasta el tercer grado, y art. 4 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana. Por otro lado, la legislación catalana admite la situación de pareja estable respecto de la persona casada separada de hecho.

2. Diferencias en la forma de acreditar la existencia de una pareja de hecho

Aunque en todo caso debe cumplirse el requisito común de convivencia de cinco años, según se ha examinado más arriba, en las legislaciones autonómicas también existen diferencias en los modos de acreditar la existencia de la unión de hecho.

A efectos de determinar si el mantenimiento de una regulación diferenciada del derecho del devengo de la pensión de viudedad ex art. 174.3 LGSS contraría o no el principio constitucional de igualdad, el TC señala que debe determinarse «si la diferencia de trato que el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS establece entre parejas de hecho con residencia en Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, que hubieran aprobado legislación específica en materia de uniones de hecho, y parejas de hecho con residencia en Comunidades Autónomas que no ostentan competencias en materia de Derecho Civil responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada, tomando también en consideración que se trata de una prestación de Seguridad Social establecida por el Estado con fundamento en el art. 149.1.17 CE».

El TC recuerda que el «régimen público de la Seguridad Social se configura como una

función del Estado destinada a garantizar la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad, y al hacerlo debe asegurar la uniformidad de las pensiones en todo el territorio nacional», y que el art. 2.1 LGSS prevé que «el Sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad».

A la vista de la disparidad de criterios prevista en la LGSS entre las parejas de hecho reguladas por la legislación general y la autonómica, el TC no encuentra que exista una situación objetiva que justifique que las parejas de hecho de las CC. AA. con Derecho Civil propio se encuentren en una situación de «necesidad particular que obligara a establecer excepciones a la regla general [...] en el caso de la pensión de viudedad, las diferencias en función del criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación con esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio».

¿Está justificada la diferencia de trato en razón de la finalidad de la prestación?

Según el TC, esta diferencia tampoco está justificada en atención a la finalidad de la prestación, que, «en el caso de las parejas de hecho, según hemos señalado en la STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 4, no es otra que la de atender un estado real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares, otorgando a tal efecto una pensión que depende en su cuantía de las cotizaciones efectuadas por el causante al régimen de Seguridad Social correspondiente» (FJ 4).

Señala el TC que «el régimen público de Seguridad Social debe ser único y unitario para todos los ciudadanos (art. 41 CE) y garantizar al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (STC 124/1989, de 7 de julio, FJ 3), siendo ambos aspectos responsabilidad del Estado en el art. 149.1.17 CE. En consecuencia, la determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación de la Seguridad Social, en este caso, la pensión de viudedad, constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado ex art. 149.1.17 CE, y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos

dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones excepcionales debidamente justificadas y vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger» (FJ 4). La misma doctrina se establece en la STC 39/2014, recurso de inconstitucionalidad n.º 7456-2010, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con el art. 130.4, en conexión con el art. 130.1.b) de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la función pública valenciana.

¿Se produce un trato desproporcionado en materia de devengo de la pensión de viudedad según cuál sea la regulación legal de las parejas de hecho?

Como sea que, según se aplique a la misma situación de hecho una u otra ley reguladora, ello podrá significar el reconocimiento o no de la pareja de hecho y producir efectos o resultados desiguales en el reconocimiento o no de la pensión de viudedad, el TC, con apoyo en los principios de igualdad y de prohibición de arbitrariedad, afirma que «la aplicación del párrafo cuestionado puede conducir, además, a un resultado desproporcionado, pues, dependiendo de la Comunidad Autónoma de residencia, el superviviente de la pareja de hecho podrá tener o no acceso al cobro de la correspondiente pensión» (FJ 5).

¿Pertenece la norma cuestionada al ámbito de la legislación civil autonómica?

Por lo que se refiere a las competencias civiles de las CC. AA. ex art. 149.1.8.ª CE, el TC advierte que «es claro que el precepto cuestionado no tiene por objeto la regulación de las parejas de hecho, ni guarda tampoco relación con las competencias autonómicas en materia de Derecho Civil, porque no se trata de modificar, conservar o desarrollar el Derecho Civil foral, lo que derivaría en diferencias a consecuencia de la coexistencia de distintos derechos civiles en el ordenamiento español. En realidad, se trata de una norma de Seguridad Social que, por referencia a otras normas, regula exclusivamente la forma de acreditar los requisitos para el acceso a una prestación de la Seguridad Social, la pensión de viudedad, en el caso de parejas de hecho estables» (FJ 5).

Dicha norma «no es una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social que, en principio y salvo justificación suficiente que



no concurre en este caso, debería establecer los requisitos que las parejas de hecho tienen que cumplir para poder lucrar en su momento una pensión de viudedad con el más exquisito respeto al principio de igualdad» (FJ 5). Añade el TC que, aunque sea por vía de remisión, dicha norma introduce un trato desigual no justificado objetivamente; incluso podría entenderse que el Estado está renunciando a las atribuciones competenciales que le confiere el art. 149.1.17 CE, ignorando que las competencias tienen carácter irrenunciable (STC 228/2012, de 29 de noviembre, FJ 6.j, y las allí citadas; v., asimismo, STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 8).

También rechaza el TC la posible interpretación de la norma en el sentido de que debe entenderse que remite exclusivamente a las CC. AA. con Derecho Civil propio. Esta opción no soluciona el problema de la diversidad regulatoria y persistiría la desigualdad, «porque el problema de fondo que el precepto cuestionado plantea no es la limitación de la remisión a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, sino la remisión a la legislación autonómica en sí misma cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social» (FJ 6).

Por último, en cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, el TC sigue la doctrina constitucional recogida en muchas sentencias (entre otras muchas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 180/2000, de 29 de junio, FJ 7; 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8, y 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7), en el sentido de que «no solo habrá de preservar la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad solo será eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme» (FJ 6).

El voto particular advierte que la jurisprudencia del TC ha mantenido la igualdad entre los distintos ordenamientos civiles españoles, estatal y autonómico (STC 226/1993, de 8 de julio), siendo consustancial evitar la preeminencia incondicionada de uno y otro ordenamiento cuando puedan entrar en colisión (STC 226/1993), o sistema plural, por lo que no puede darse una desigualdad contraria al art. 14 CE, «puesto que se remite al

estatuto jurídico de la pareja de hecho aplicable según su vecindad civil» (voto particular).

La norma reguladora impugnada preveía dos sistemas: la regla general, aplicable a las parejas de hecho no sujetas a normativa autonómica civil, y la regla especial que remitía a la normativa propia de las CC. AA. con competencias en Derecho Civil. En todo caso, la falta de Derecho Civil propio no incidía en el derecho de la pensión, siempre que se cumplieran los requisitos del art. 174.3 LGSS; la desigualdad se produciría si las parejas de CC. AA. sin Derecho Civil propio no pudieran acceder a dicha pensión, lo que no era el caso.

En suma, con arreglo al voto particular, en primer lugar y con carácter previo, debía haberse admitido el óbice procesal antes expuesto. En segundo lugar, con arreglo a la indicada argumentación, las diferencias que, en su caso, puedan producirse no son contrarias al principio de igualdad. Por otro lado, si ahora se aplica la norma general en las CC. AA. con Derecho Civil propio, «esta situación va a producir efectos distintos según se trate de prestaciones de la Seguridad Social o de derechos sucesorios o de otro tipo, de modo que una misma convivencia sirve para obtener unos derechos en un caso y para no obtenerlos en el caso de la Seguridad Social. Hemos creado un problema absurdo partiendo de una interpretación literal y no realista de la norma cuestionada» (voto particular); por tanto, no debería haberse declarado la inconstitucionalidad del segundo inciso del art. 174.3 LGSS.

En el presente caso, el TC se ha inclinado por una tesis uniformadora en detrimento de la pluralidad legislativa y la garantía constitucional de foralidad civil y de la búsqueda de un equilibrio, habida cuenta la existencia de CC. AA. con autonomía política legislativa civil. En cambio, en otras ocasiones, el TC ha acudido a otros argumentos para defender la viabilidad de un tratamiento diferenciado o plural en materia de pensiones: «Los artículos 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho» (STC 114/1987); «La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero, cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un impe-

rativo jurídico» (SSTC 103/1984 y 27/1988), «ni vulnera el principio de igualdad» (SSTC 77/1995; 349/2006, de 11 de diciembre; 33/2007, de 12 de febrero, y 89/2009, de 20 de abril).

En otro orden de cuestiones, el citado art. 174.3 LGSS, norma administrativa, termina por definir, en dicho ámbito de Derecho especial, un modelo autónomo, cualificado y propio de unión estable de pareja.

VI. REFERENCIA AL DERECHO EUROPEO Y COMUNITARIO

En el *Derecho europeo*, los países pioneros en regular las uniones de hecho fueron: Suecia (Ley 1987/232, del hogar común de los convivientes de hecho; Ley 1987/813, de convivientes homosexuales, y Ley de Registro de la Pareja de Hecho, de 23 de junio de 1994); Dinamarca, el primer país que reguló el matrimonio de homosexuales (Ley n.º 372, de Registro Civil de Parejas, de 7 de junio de 1989), y Noruega (Ley de Registro de Parejas, de 1 de agosto de 1993). En Holanda, en legislación que tiene sus inicios en 1993, desde abril de 2001 está permitido que las parejas —del mismo o de diferente sexo— que quieran formalizar su relación puedan elegir una de las tres opciones siguientes: matrimonio civil, pareja registrada o acuerdo de convivencia, lo que antecede sin perjuicio del reconocimiento de las parejas en convivencia libre, que no está exenta de ciertas consecuencias jurídicas.

En el Derecho europeo, los países pioneros en regular las uniones de hecho fueron Suecia, Dinamarca, Noruega y Holanda

Como prueba del secular reconocimiento de la autoordenación de las relaciones de pareja en los ordenamientos del norte de Europa, la doctrina se refiere a un caso en el que una pareja sueco-noruega celebró, en 1889, un contrato estableciendo las bases de su convivencia fuera del matrimonio, incluyendo el mutuo deber de socorro, que podía ser exigido incluso si la unión se disolvía y si una de las partes no estaba en condiciones de proveer por sí misma a sus propias necesidades [T. Noack, 2001] (GARCÍA RUBIO, 2006: 114).

En el *Derecho comunitario*, puesto que el examen de esta materia excede del objeto del presente estudio, solamente se prestará atención, en primer lugar, a la información sumaria que ofrece el portal europeo sobre las uniones de hecho, y, en segundo lugar, se hará referencia a las dos propuestas de Reglamento que tienen estrecha vinculación y que se hallan en curso de aprobación, prácticamente en paralelo. La aprobación de estos reglamentos, uno relativo a las relaciones matrimoniales y otro sobre los aspectos patrimoniales de las uniones de hecho, supondrá un avance importante para dilucidar la ley aplicable a estas relaciones y resolver los conflictos de leyes.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el portal informativo de la UE⁽⁴⁾ (consultado el 7 de julio de 2014) distingue las siguientes clases de pareja extramatrimonial:

1. «Unión de pareja registrada» (partenariat enregistré)

El *Libro Verde* sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo (presentado por la Comisión) [SEC(2006) 952], define la *pareja registrada* como la «convivencia de dos personas que viven en pareja y que han registrado esta unión ante una autoridad pública establecida por la ley de su Estado Miembro de residencia. A los efectos del Libro Verde, esta categoría incluirá también las relaciones de las parejas no casadas vinculadas por un “contrato registrado” del tipo del “pacs” [pacto civil de solidaridad] francés». Por su parte, la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas [COM(2011) 127 final]⁽⁵⁾ las define como sigue: «“Unión registrada”: régimen de vida en común entre dos personas contemplado por la ley y registrado por una autoridad pública» [art. 2.b)].

El portal europeo señala que este supuesto está reconocido en distintos países de la UE, en los que «es posible formalizar una relación sin casarse mediante una unión registrada, a veces denominada unión civil». La «unión registrada permite a dos personas que conviven en pareja inscribir su relación ante la Administración correspondiente de su país de residencia». Pero existen «enormes diferencias entre los países de la UE a este

respecto, y no solo en cuanto a las posibilidades que ofrecen, sino también al grado de reconocimiento de las uniones celebradas en el extranjero, si es que las reconocen». Señala el portal que las uniones registradas no están reconocidas en Bulgaria, Chipre, Estonia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumanía y Eslovaquia, pero todos los países que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo suelen reconocer las uniones registradas entre personas del mismo sexo celebradas en otros países.

2. «Unión de hecho»

Este supuesto se refiere a las parejas estables no registradas que conviven de manera continuada. El *Libro Verde* las define como sigue: «“Unión libre (o cohabitación no marital o concubinato)”: situación en la que dos personas viven juntas de manera estable y continua sin que esta relación se haya registrada ante una autoridad».

En toda la UE, estas parejas gozan de derechos, aun en caso de que la unión no se haya inscrito ante ninguna Administración. En caso de traslado de residencia de la pareja de hecho a otro país de la UE, si se puede acreditar la convivencia duradera de la pareja, el país receptor «debe facilitar la entrada y la residencia del miembro de la pareja sea o no ciudadano o ciudadana de la UE».

En los países de la UE que reconocen las uniones de hecho «también existen previsiones sobre derechos y obligaciones en materia de bienes, herencias y pensiones de alimentos en caso de separación. Estos derechos son de especial importancia para las parejas del mismo sexo, pues no todos los países de la UE permiten que se casen o registren su unión». Con todo, el citado portal informativo advierte que la mayoría de los países miembros «no han definido con exactitud cómo se acredita» una convivencia o relación duradera. En el supuesto de países que no admiten el matrimonio entre parejas del mismo sexo ni el registro de la unión, o en el caso de no elegir ninguna de estas opciones, una posibilidad sería firmar un contrato de convivencia que regule determinados aspectos de la vida en común, pero «aun así será difícil hacer valer vuestros derechos» (en la doctrina, v., entre otros, CARRIÓN, 2012: 569 y ss.).

Por lo que se refiere a las propuestas de Reglamento, baste con poner de relieve que la primera de ellas se refiere a la propuesta de Reglamento del Consejo de 17

de julio de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (presentada por la Comisión) [SEC(2006) 949][SEC(2006) 950], y la segunda, a la propuesta de Reglamento sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas [COM(2011) 127 final]⁽⁶⁾.

En la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones» [Bruselas, 16.3.2011COM(2011) 125 final], se afirma que: «Si bien ambas propuestas presentan grandes similitudes en cuanto a su estructura y su contenido, la Comisión considera que resultará más fácil tener en cuenta las especificidades de cada tipo de unión con dos instrumentos legislativos que con un único instrumento que regule ambas figuras. En efecto, el matrimonio y la unión registrada son figuras jurídicas diferentes en la UE⁽⁷⁾. El matrimonio es una institución jurídica tradicional en los veintisiete Estados Miembros, mientras que la unión registrada es una figura más reciente reconocida solamente en catorce de ellos, como ya se ha indicado anteriormente. Por ello, algunas de las soluciones jurídicas propuestas presentan inevitables diferencias para cada uno de esos dos estados. Además, como el matrimonio y la unión registrada pueden estar, según los Estados Miembros, abiertos tanto a parejas de sexo opuesto como a parejas del mismo sexo, ambas propuestas tienen carácter neutro con respecto a la orientación sexual»⁽⁸⁾.

Los países de la UE que reconocen las uniones de hecho establecen previsiones sobre derechos y obligaciones en materia de bienes, herencias y pensiones de alimentos en caso de separación. Estos derechos son de especial importancia para las parejas del mismo sexo, pues no todos los países de la UE permiten que se casen o registren su unión

En sus respectivos ámbitos, las propuestas de Reglamento tienen por objeto ofrecer una respuesta adecuada en términos de seguridad jurídica a las cuestiones siguientes:



¿qué tribunal es competente para proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión registrada?, ¿qué ley se aplica a esa liquidación?, ¿se reconoce y ejecuta fácilmente en otro Estado Miembro la resolución de ese tribunal o la decisión de otra autoridad competente de un Estado Miembro?

Sin perjuicio de las soluciones que actualmente sean aplicables, para responder a estos interrogantes y desde la perspectiva transnacional europea, es obvio que en un futuro, que cabe presumir próximo, el intérprete jurídico y los ciudadanos europeos deberán remitirse al contenido de los reglamentos correspondientes, una vez que estos hayan sido objeto de promulgación.

REFERENCIAS

AMBERT, A. M., «Union libre et mariage: Y a-t-il des similitudes?», en *Tendances contemporaines de la famille* [en línea], Ed. Institut Vanier de la Famille, Ontario, 2005. <<http://www.vanierinstitute.ca/modules/news/newsitem.php?ItemId=357>>

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Las parejas no casadas», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 641-851.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, 8.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

BRANCÓS NÚÑEZ, E., «Derechos sucesorios de las uniones estables de pareja», en GARRIDO MELERO, M. (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. V, vol. III, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y parejas de hecho*, en CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, cap. XVI, 11.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2010.

— «Las parejas no casadas», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 641-851.

CARRIÓN, P., «Práctica notarial. Estatuto personal. Relaciones económicas del matrimonio. Referencia a las uniones de pareja», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, t. V, Ed. Consejo General del No-

tariado y Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, págs. 513-602.

CASTILLO, I., «Los registros de pareja de hecho», en *MundoJurídico.info* [en línea], 2013. <<http://www.mundojuridico.info/los-registros-de-pareja-de-hecho/>> [Enlaces de interés referentes a normativa vigente y registros de pareja de hecho en las diferentes CC. AA.]

COCA PAYERAS, M., «Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad», en *Revista de Derecho Civil* [en línea], vol. I, n.º 1, 2014, págs. 29-48. <<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/48/28COONITZ>>, S., *Historia del matrimonio*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, vol. IV, t. I, 11.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

— *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, vol. I, 12.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

DOMÍNGUEZ LOZANO, P., «Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones *more uxorio*», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [en línea], n.º 12, 2006, págs. 1-24. <<http://www.reei.org/index.php/revista/num12/articulos/novedades-legales-tendencias-reformadoras-regulacion-instituciones-figuras-juridicas-relativas-uniones-more-uxorio>>

EESSA IBARRA, S. M., *Risalatul Mutha. El matrimonio temporal en el Islam* [en línea], Ed. Biblioteca Islámica Ahlul Bait (P), 2003. <<http://www.biab.org/pdf/1032.pdf>>

ESPIÑEIRA SOTO, I., «El Notario ante las parejas de hecho con elemento internacional: incidencia de la legislación autonómica. Especial referencia a los efectos patrimoniales-directos. Ecuador, un punto de partida para una exposición práctica», en *La Notaria*, n.º 42, 2007, págs. 149-192.

EZQUERRO UBERO, J. J.; LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., *Las parejas de hecho como sujetos de las políticas familiares en la España de las autonomías* [en línea], Ed. Fundación BBVA, Bilbao, 2007. <http://www.fbbva.es/TLFU/dat/informe_parejas_de_hechos_tcm26960544.pdf>

FRANCINO BATLLE, F. X., «Convivència estable en parella», en LUCAS ESTEVE, A. (dir.), *Dret Civil català*, vol. II, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 2012, págs. 383-413.

FOLLIA CAMPS, R., 2013, «Algunas consideraciones fundamentales en la regulación de las parejas de hecho», en *La Notaria*, n.º 1/2013, págs. 27-36.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* [en línea], n.º 10, 2006, págs. 113-137. <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/113_138%20GARCIA.pdf> [Ejemplar dedicado a «Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad»]

GARRIDO MELERO, M., «El régimen jurídico de las parejas de hecho», en *La Notaria*, n.º 23-24, 2005, págs. 33-72.

— *Derecho de Familia (Un análisis del Código Civil catalán y su correlación con el Código Civil español)*, t. I, 2.ª ed., Ed. M. Pons, Madrid, 2013.

— «El principio de libertad civil y la forma pública (notarial) en el nuevo Derecho de Familia», en *La Notaria*, n.º 3/2013, págs. 9-14.

GARRISON, M., «The Decline of Formal Marriage: Inevitable or Reversible?», en *Family Law Quarterly* [en línea], vol. 41, n.º 3, 2007, págs. 489-518. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084562>

— «Cohabitant obligations: Contract versus status», en BOELE-WOELKI, K.; SCHERPE, J. M. (ed.), *The Future of Family Property in Europe*, Ed. Intersentia, Cambridge, Amberes, Portland, 2011, págs. 115-137.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C., *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, 3.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GIDDENS, A., *Sociología*, 6.ª ed., Ed. Alianza, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ BOU, E., «La convivencia estable en pareja. Constitución, extinción y exclusión», en BARRADA, R.; GARRIDO, M.; NASARRE, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, págs. 505-538.

GUZMÁN ZAPATER, M., «Ley nacional e intervención notarial en sucesiones», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, t. V, Ed. Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, págs. 303-358.

HARRIS, M., *Antropología cultural*, 3.ª ed., Ed. Alianza, Madrid, 2011.

LEFAUCHEUR, N., «Niños sin padre, madres sin cónyuge: un enfoque pragmático», en *Nuevas formas de familia. Perspectivas nacionales e internacionales* [en línea], Ed. Unicef y Udelar, 2003, págs. 55-71. <http://www.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf>

LLEBARÍA SAMPER, S., «Planificación y conflictividad patrimonial en la pareja de hecho», en GARRIDO MELERO, M.; FUGARDO ESTIVILL, J. M.ª (coord.), *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, t. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, págs. 1153-1229.

LÓPEZ AZCONA, A., *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

MALAUURIE, P.; AYNÉS, L., *La famille*, 4.ª ed., Ed. Defrénois, París, 2011.

MARTÍN-CASALS, M., «Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella», en EGEE I FERNÁNDEZ, J.; FERRER I RIBA, J. (dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

— «El derecho a la "convivencia armónica de la pareja": ¿Un nuevo derecho fundamental?», en *InDret* [en línea], n.º 7/2013, págs. 1-43. <<http://www.indret.com/pdf/990.pdf>>

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, 4.ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2013.

MEIL LANDWERLIN, G., «Actitudes y uso social de las uniones de hecho en España», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* [en línea], n.º 10, 2006, págs. 95-111. <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/095_112%20GERARDO.pdf> [Ejemplar dedicado a «Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad»]

PABLO CONTRERAS, P. de, «Matrimonio civil y sistema matrimonial», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 427-538.

PARRA LUCÁN, M.ª Á., «Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, t. I,

Ed. Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, págs. 97-454.

PÉREZ UREÑA, A. A., *Normativa sobre las uniones de hecho. Cuestiones candentes*, Ed. Edisofer, Madrid, 2002.

PLAZA PENADÉS, J., «El Derecho Civil, los derechos civiles forales o especiales y el Derecho Civil autonómico», en *Derecho Civil Valenciano* [en línea], n.º 12, 2012. <<http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semester-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-auton%C3%B3mico>>

PUIG I FERRIOL, L.; ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, t. II, vol. 2, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

RIVES GILABERT, J. M.ª; RIVES SEVA, A. P., «Evolución histórica del sistema matrimonial español», en *Noticias Jurídicas*, 2001. <<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200111-38551824910132961.html>>

ROCA TRIAS, E., «Familia y Constitución», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* [en línea], n.º 10, 2006, págs. 207-227. <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/207_228%20ROCA.pdf> [Ejemplar dedicado a «Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad»]

RODRÍGUEZ PASCUAL, I.; MENÉNDEZ ÁLVAREZ-DARDET, S., «El reto de las nuevas realidades familiares», en *Portularia* [en línea], n.º 3, 2003, págs. 9-32. <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/165/b15148166.pdf?sequence=1>>

SÁEZ, M., «Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why "Same" is so Different», en *Washington College of Law Research Paper*, n.º 2011-19, págs. 1-54. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1883757>

SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Codificación, recodificación, refundición de textos y creación de riqueza», en *La Notaria*, n.º 2/2013, págs. 3-4.

— *Modelos familiares, uniones de hecho y el reconocimiento jurídico de sus derechos sucesorios en el Derecho Comparado*, 2014. [Trabajo facilitado por su autor de próxima publicación.]

SERRANO GÓMEZ, E., «La celebración del matrimonio», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 539-639.

SOCIAL TRENDS INSTITUTE, *Matrimonio y bien común: Los diez principios de Princeton* [en línea], Ed. Social Trends Institute, Barcelona, 2007. <http://www.msccperu.org/matrimofam/1matrimonio/bajarmatr/26_Matrimonio_y_Bien_Comun.pdf>

SOLÉ RESINA, J., *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, 3.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

THERY, I.; LEROYER, A.-M., «Filiation, origines, parentalité. Le Droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle (Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité)» [en línea], Ed. Ministère des Affaires Sociales et de la Santé, París, 2014. <<http://lettre.ehess.fr/7478?file=1>>

VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La pareja de hecho y otras situaciones convencionales no reguladas», en BARRADA, R.; GARRIDO, M.; NASARRE, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, págs. 539-556.

ZABALO ESCUDERO, E., Autonomía de la voluntad, vecindad civil y conflictos de leyes internos, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, t. V, Ed. Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, págs. 389-511.

ZÚÑIGA ORTEGA, A. V., *Concubinatio y familia en México* [en línea], Ed. Universidad Veracruzana, Veracruz, 2011. <<http://www.uv.mx/bdh/files/2012/10/concubinatio-familia-mexico.pdf>>

- (1) Trabajo terminado el 7 de julio de 2014.
- (2) <http://ciec1.org/SignatRatifConv.pdf>.
- (3) Todos los textos resaltados de la doctrina que se reseña se deben al autor que cita.
- (4) http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/index_es.htm.
- (5) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0127:FIN:ES:PDF>.
- (6) Sobre el iter legislativo, v. [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0060\(CNS\)&l=EN](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0060(CNS)&l=EN).
- (7) Énfasis añadido.
- (8) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0125&rid=1>.

Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?

Aurelia Álvarez Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León

David Carrizo Aguado

Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León

SUMARIO

- I. ASPECTOS GENERALES: BREVE ANÁLISIS NORMATIVO Y REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO
- II. PRONUNCIAMIENTOS DISPARES EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA ANTE UN MISMO SUPUESTO DE HECHO
- III. REFLEXIÓN FINAL
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I. ASPECTOS GENERALES: BREVE ANÁLISIS NORMATIVO Y REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

La gestación por sustitución (o maternidad subrogada) es un supuesto de reproducción humana asistida mediante el cual una mujer se compromete a gestar un bebé concebido a través de técnicas de reproducción asistida para que otra u otras personas puedan ser padres⁽¹⁾.



El convenio de gestación por sustitución puede deberse a muchas circunstancias, como puede ser la incapacidad de gestar de una mujer⁽²⁾ (infertilidad, edad...), o bien porque no se desee ser madre ges-

tante (como en el supuesto de la existencia de enfermedades de carácter genético de la madre), o incluso el deseo de ser padres por parte de las parejas homosexuales de hombres.

FICHA TÉCNICA



Resumen: En el ordenamiento jurídico español, es nulo de pleno derecho el convenio derivado de gestación por sustitución, en virtud de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Dada esta prohibición, los ciudadanos españoles han acudido a otros ordenamientos jurídicos extranjeros que admiten la posibilidad de convertirse en padres de un niño nacido de una mujer con la que se suscribe un contrato de «vientre de alquiler». El problema más evidente surge en torno al reconocimiento de una situación consolidada en el extranjero y darle estabilidad en el ordenamiento interno español, con la correspondiente inscripción del menor en el Registro Civil, a favor de los comitentes, quienes son reconocidos como padres por un ordenamiento jurídico extranjero.

Palabras clave: Gestación por sustitución, Derecho Comparado, filiación, técnicas de reproducción asistida.

Abstract: In the Spanish legal system, the agreement deriving from surrogate motherhood is legally void, by virtue of Article 10 of the Law 14/2006, of May 26, concerning techniques of assisted human reproduction. Due to this prohibition, Spanish citizens have resorted to other foreign legal systems that allow the option of becoming parents of a child born of a woman with whom a surrogate motherhood contract has been signed. The most evident problem arises in the recognition of a situation brought to completion abroad, and in granting it stability in the internal Spanish legal system, with the appropriate entry of the minor child in the Civil Registry, in favor of the parties to the contract, who are recognized as parents by a foreign legal system.

Key words: Surrogate motherhood, Comparative Law, parenthood, assisted reproduction techniques.

La gestación por sustitución puede suponer que la mujer gestante solo aporte su útero y la pareja comitente aporte su material reproductor previamente fecundado, que se implantaría en el útero de la primera para su gestación. También puede suceder que la madre gestante aporte sus propios óvulos, que serán fecundados por los gametos del varón comitente o de otro varón. Pero puede ocurrir que el material reproductor implantado en el útero de la mujer gestante no provenga de los comitentes, sino de terceras personas ajenas al contrato⁽³⁾.

La gestación por sustitución (o maternidad subrogada) es un supuesto de reproducción humana asistida mediante el cual una mujer se compromete a gestar un bebé concebido a través de técnicas de reproducción asistida para que otra u otras personas puedan ser padres

En los últimos años, dado el creciente número de personas que acuden a la contratación de «vientres de alquiler» y los efectos derivados de esta técnica de reproducción, se puede afirmar que está llamada a ser un nuevo tópico en el marco internacional privado moderno⁽⁴⁾. Ello es debido a

que esta técnica es aceptada en unos países y rechazada en otros, tanto desde la perspectiva legal⁽⁵⁾ como desde una mera fundamentación ético-moral⁽⁶⁾, teniendo por consecuencia que muchas parejas crucen la frontera hacia la búsqueda de ordenamientos jurídicos en los cuales esta práctica esté permitida. Dada esta situación, se habla con frecuencia de *turismo reproductivo*⁽⁷⁾, a pesar de que la utilización de esta terminología puede desvirtuar las razones por las que los contratantes acuden a dicha técnica de reproducción asistida⁽⁸⁾. En este escenario, nos encontramos con situaciones jurídicas internacionales de las que se derivan «modelos sociales y jurídicos de vida» inspirados en concepciones diferentes y, con frecuencia, opuestas e incompatibles⁽⁹⁾.

La legislación española⁽¹⁰⁾ coincide en la prohibición de la maternidad subrogada con la de países vecinos⁽¹¹⁾ tales como Francia, Italia, Alemania, Holanda y Suecia. El Derecho francés es contrario a la gestación por sustitución: en el art. 16.7 del Código Civil francés se dispone que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse, por aplicación del art. 16.9 del mismo Código, que tal nulidad es de orden público. En la legislación italiana, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del art. 12.6 de

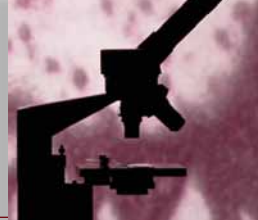
la Ley de 19 de febrero de 2004, n.º 40, que dispone que será castigado con pena de prisión de tres meses a dos años y con multa de 600.000 a 1.000.000 de euros quien de cualquier modo realice, organice o publique la subrogación de maternidad⁽¹²⁾. También en Alemania se sanciona la utilización abusiva de las técnicas de reproducción y constituye pena de privación de libertad de hasta tres años. En Holanda, el contrato de gestación por sustitución se considera nulo por devenir en causa ilícita y ser contrario a la moral y al orden público. Y en Suecia, de la misma manera, se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada, pero únicamente cuando existe remuneración.

Por otra parte, son numerosos los estados que la admiten; ahora bien, no todos la aceptan de la misma manera. Así, el Reino Unido⁽¹³⁾, Australia, Canadá, Grecia, Brasil, México Distrito Federal, México Tabasco⁽¹⁴⁾, Israel y Sudáfrica rechazan el convenio gestacional si presenta fines comerciales. En cambio, esta técnica se permite en algunos estados incluso con fines lucrativos⁽¹⁵⁾, entre los que podemos mencionar a Rusia, Ucrania y la India⁽¹⁶⁾.

Con respecto a los primeros ordenamientos reseñados, que rechazan su admisibilidad al no permitir la validez del contrato gestacional⁽¹⁷⁾, estos se enfrentan a decidir si aceptan las consecuencias jurídicas derivadas de esta situación consolidada en el extranjero. Por ende, una cuestión fundamental que trataremos de abordar más profundamente es la relativa al eventual otorgamiento de efectos en relación con la filiación de sus nacionales que *a priori* son extraños en los países de recepción e incluso parecen contradecir ciertos principios básicos, como puede ser el orden público⁽¹⁸⁾.

Una preocupación inminente que plantea el tema de la maternidad subrogada es determinar qué estatus jurídico es aplicable a los menores concebidos a través de una gestación por sustitución, que están al cuidado de personas que son padres de sus hijos con arreglo a las leyes extranjeras. La clave está en razonar sobre el caso concreto e intentar determinar si cualquier tipo de filiación derivada de maternidad subrogada puede afectar a nuestro orden público, puesto que no en todos los casos se cosifica al nacido ni se denigra a la mujer gestante⁽¹⁹⁾.

Interesante es anotar la aportación que encontramos en el seno de la Conferencia



de Derecho Internacional Privado de La Haya, que comenzó sus trabajos en el año 2011⁽²⁰⁾. Tras un acercamiento a la problemática general de la filiación, se inició la profundización en el tema específico de la filiación derivada de la gestación por sustitución⁽²¹⁾. Posteriormente, se enviaron diversos cuestionarios a los Estados Miembros⁽²²⁾, y en marzo de 2014 se publicó un documento de trabajo⁽²³⁾ y un estudio acerca de los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional⁽²⁴⁾. Todo ello con la finalidad de constituir en los próximos meses un grupo de expertos para analizar la viabilidad de la elaboración de un instrumento internacional. Dicho texto podría poner en marcha no tanto la armonización de las normas de Derecho Internacional Privado relativas al establecimiento de la filiación por subrogación como el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades⁽²⁵⁾.

En esta sede, se trataría de favorecer que las filiaciones constituidas válidamente en un estado que admita esta forma de gestación sean reconocidas en otro estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica, tal y como sucede en España de acuerdo con lo previsto en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA).

En todo caso, la labor realizada en esta organización internacional de carácter universal se propone asumir la doctrina del orden público atenuado con el objetivo de favorecer un posible reconocimiento de situaciones creadas legalmente en el extranjero⁽²⁶⁾ pero prohibidas en el estado receptor. De esta forma, se trata de desplegar plenos efectos jurídicos derivados de tal técnica reproductiva constituida válidamente al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando esta práctica esté prohibida en el estado en el que se pretende dicho reconocimiento.

II. PRONUNCIAMIENTOS DISPARES EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA ANTE UN MISMO SUPUESTO DE HECHO

1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

Los casos de filiación que derivan de maternidad subrogada llevados a cabo en

el extranjero topan con la problemática de la inscripción de los nacidos en los correspondientes Registros Civiles españoles.

Hasta la fecha, el Centro Directivo tan solo ha estado obligado a pronunciarse acerca de situaciones en las que la relación de filiación ya había sido establecida en el extranjero por autoridades locales y que, con posterioridad, se solicitaba su inscripción en el Registro Civil español mediante la presentación de título acreditativo de dicha filiación⁽²⁷⁾.

La RDGRN de 18 de febrero de 2009 constituye una decisión pionera en relación con este tema delicado y complejo, ofreciendo una solución legal vanguardista no dada hasta el momento

El caso más conocido en nuestro país es el derivado de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, RDGRN) de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735), en el que se dirimía la pretensión de inscripción de dos menores nacidos de una madre subrogada en California⁽²⁸⁾; los menores eran hijos de dos varones españoles casados⁽²⁹⁾ que contrataron un vientre para gestar a sus hijos a partir del material genético de uno de los comitentes; el matrimonio aportaba el certificado de nacimiento expedido por las autoridades californianas, en el que constaba la paternidad de los varones integrantes del matrimonio respecto de dichos menores.

El encargado del Registro Consular español en Los Ángeles denegó la inscripción solicitada argumentando que dichos hijos habían sido concebidos a través de la técnica de reproducción de gestación por sustitución, la cual está prohibida por la legislación española. Esta considera a la gestante como la madre legal del niño, como así se contiene en el art. 10.2 LTRHA; por ello, con arreglo a dicho precepto, la mujer que da a luz⁽³⁰⁾ debe ser considerada como madre legal de los nacidos y los cónyuges españoles no deben ser considerados como padres de los mismos.

Pues bien, la cuestión controvertida no era de «Derecho aplicable a la filiación», sino una cuestión de «efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera»,

es decir, de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España»⁽³¹⁾. Por tanto, para decidir en torno al eventual acceso de la decisión registral californiana al Registro Civil español, las autoridades registrales españolas no debieron aplicar las normas de conflicto, ni tampoco la ley sustantiva designada por tales normas de conflicto, esto es, la LTRHA⁽³²⁾.

Ante este escenario, los cónyuges deciden recurrir la denegación de inscripción ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN). El Centro Directivo ordenó la inscripción registral de los menores con idéntica filiación a la que constaba en los Registros Civiles californianos; por ende, los nacidos en California son hijos naturales de los cónyuges varones españoles. Esta Resolución constituye una decisión pionera en relación con este tema delicado y complejo, ofreciendo una solución legal vanguardista no dada hasta el momento.

Dicha Resolución aplica el art. 81 del Reglamento del Registro Civil (en lo sucesivo, RRC), el cual considera como título para la inscripción el «documento auténtico extranjero con fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados Internacionales». Básicamente, se limita a un control de legalidad basado en requisitos de forma consistente en comprobar que se trataba de un documento público autorizado por una autoridad registral extranjera que desempeñara funciones equivalentes a las españolas⁽³³⁾. Ante este atribulado, el Ministerio Fiscal in-



terpuso recurso contra dicha Resolución, y todo ello es afrontado en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia n.º 15, de 15 de septiembre de 2010 (AC 2010/1707).

2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011

La Sentencia de Instancia sitúa la cuestión evidenciando que los arts. 81 y 85 RRC no podían ser aplicados, porque se desvirtúa lo dispuesto en el art. 23 de la Ley del Registro Civil⁽³⁴⁾, cuyo tenor literal advierte que «también podrán practicarse sin necesidad de previo expediente por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española»; esto implica, en opinión del Juez, un control no solo formal, sino también material, es decir, un control de la realidad del hecho inscrito en el Registro extranjero.

En el fallo se concluye que la certificación no se ajustaba a la ley material española, pues contravenía el art. 10 LTHRA, manteniendo esta que existen importantes obstáculos a la inscripción en el Registro Civil, radicados esencialmente en la infracción que supone la certificación registral californiana al orden público internacional español⁽³⁵⁾. La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre

a la gestante y no a la biológica, en caso de que esta sea distinta de aquella.

En este contexto, los cónyuges deciden recurrir tal decisión, y ello es ventilado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (AC 2011/1561), que nuevamente rechaza la inscripción en el Registro Civil argumentando que el principio fundamental de protección del «interés superior del menor» no puede servir de coartada para dar cabida en nuestro ordenamiento jurídico a la inscripción de una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución que es nulo⁽³⁶⁾.

3. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

Pues bien, en este itinerario procesal de resoluciones, el matrimonio de varones españoles formula recurso de casación⁽³⁷⁾ (n.º 245/2012) ante el Tribunal Supremo (TS) contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Con fecha 6 de febrero de 2014, el Alto Tribunal se pronuncia al respecto (JUR 2014/41333), rechazando el acceso al Registro Civil de las certificaciones practicadas por la autoridad registral californiana. El TS basa sus postulados, esencialmente, en cuestiones de mantenimiento del orden público español⁽³⁸⁾, de protección de las mujeres gestantes y de los menores que se han convertido en mercancía de compraventa⁽³⁹⁾. Además, también señala que esta práctica solo es alcanzable para aquellos que tienen elevados recursos económicos y asienta criterios discriminatorios para aquel

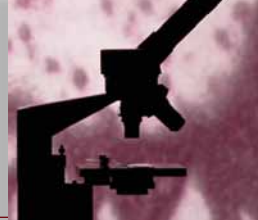
sector de la población que tiene vedado el acceso a este tipo de técnicas de reproducción⁽⁴⁰⁾.

Por el contrario, los cuatro magistrados discrepantes formulan un voto particular⁽⁴¹⁾ basándose en la prevalencia del interés de los menores⁽⁴²⁾ y en la necesidad de reconocimiento jurídico de esta realidad social⁽⁴³⁾. Razonan que no se puede afirmar que la gestación por sustitución suponga una «cosificación de la mujer gestante y el niño», y que ha de concebirse como una manifestación del derecho a procrear, especialmente para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio⁽⁴⁴⁾. Por ende, alegan un orden público internacional atenuado, pues cualquier visión absolutista de orden público se «compadece» mal con la función encomendada a los jueces y Tribunales, que es la de resolver cuestiones concretas⁽⁴⁵⁾.

En este punto, es significativo mostrar los pronunciamientos de *dos sentencias* emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 26 de junio de 2014⁽⁴⁶⁾. En sendos fallos, el Alto Tribunal europeo estima que no reconocer la filiación de hijos nacidos de madres de alquiler en el extranjero podría afectar a la identidad de los menores⁽⁴⁷⁾, porque prohibir totalmente el establecimiento de un vínculo de filiación entre un padre y sus hijos biológicos vulnera el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. La Corte de Casación francesa rechazó la demanda de las parejas, por considerar que reconocer esta filiación atenta contra los principios esenciales del Derecho francés y transgrede el orden público. Los magistrados europeos entienden que los menores no pueden encontrarse en una situación de incertidumbre jurídica, ya que en uno y otro asunto las autoridades francesas rechazaron incluso admitir la filiación entre los menores y su padre biológico, a pesar de que los embriones fueron concebidos con el material genético del padre y los ovocitos de una donante.

Los criterios que se reflejan en los pronunciamientos del TEDH se aproximan al orden público internacional atenuado. Si se compara la situación entre España y Francia, se aprecia una gran similitud tanto en su normativa vigente como en las posturas jurisprudenciales, ya que se mantiene la prohibición absoluta de los convenios de gestación por sustitución y el despliegue de





sus efectos a nivel sustantivo y registral⁽⁴⁸⁾. Ello nos permite aventurar que, ante un eventual recurso de la STS de 6 de febrero de 2014 ante la Corte de Estrasburgo, el Estado español corre el riesgo de ser multado, al igual que lo ha sido la República Francesa en los *asuntos Mennesson y Abassee* (STEDH de 26 de junio de 2014)⁽⁴⁹⁾.

Siguiendo con el análisis de la STS, como punto de partida hemos de señalar que uno de los desatinos de la Sentencia es la consideración de irrelevante si el título extranjero objeto de inscripción es la certificación registral o la resolución judicial previa mediante la que se homologó el contrato gestacional. El Alto Tribunal obvia que la propia resolución judicial es la que atribuye efectos al contrato de gestación por sustitución, fijándose la relación de filiación a favor de los cónyuges españoles y en la que se establece que la madre gestante emitió de manera libre su consentimiento y, por ello, acepta las consecuencias de sus actos, excluyéndose a ella de cualquier tipo de relación con los menores que gestó.

El TS pivota sus razonamientos bajo la pretensión de inscripción de un título extranjero, y por ello las normas a las que debiera acudir para dar efecto a dicha situación son aquellas que regulan la inscripción en España de los títulos extranjeros

En cuanto a la situación de los efectos registrales de la gestación por sustitución en España a la luz de la STS objeto de nuestro análisis, es necesario distinguir dos supuestos. Por un lado, aquellos casos en los que la filiación derive de una certificación registral extranjera en la que se refleja lo contenido en una decisión judicial anterior (en este caso, no sería aplicable la prohibición contenida en el art. 10.1 LTRHA, puesto que el asunto que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una resolución extranjera válida y legal conforme a su normativa). Por otro lado, los supuestos en los que no se refleje lo contenido en una sentencia previa y, por tanto, en que el control a realizar por la autoridad española competente se ha de hacer mediante revisión del Derecho interno del estado al que pertenece el Registro del que proviene

la certificación objeto de inscripción en el Registro Civil español⁽⁵⁰⁾.

El TS, indudablemente, pivota sus razonamientos bajo la pretensión de inscripción de un título extranjero, y por ello las normas a las que debiera acudir para dar efecto a dicha situación son aquellas que regulan la inscripción en España de los títulos extranjeros. Para ello, el camino más idóneo es la tramitación de un procedimiento de exequátur de la sentencia extranjera⁽⁵¹⁾ y así permitir que la filiación determinada en esta despliegue todos los efectos, siempre y en todo caso que dicha resolución no sea manifiestamente incompatible con el orden público español⁽⁵²⁾.

Consideramos que, desde la óptica del Derecho Internacional Privado, el acceso de las calificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas⁽⁵³⁾, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Por tanto, se excluye la aplicación del art. 9.4 CC y tampoco será aplicable la ley sustantiva a la que tales normas de conflicto conduce, que es la LTRHA⁽⁵⁴⁾.

En definitiva, la inscripción de nacimiento del menor solo se podrá realizar presentando, junto con la solicitud de inscripción, la resolución judicial extranjera, que deberá ser objeto de exequátur, por lo que no se admitirá como título apto una certificación extranjera o la simple declaración acompañada de la certificación médica concerniente al nacimiento del menor⁽⁵⁵⁾.

4. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010: la concreción del interés del menor

Con anterioridad al fallo del TS y como consecuencia de la anulación de la RDGRN de 18 de febrero de 2009 por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, la DGRN tuvo que pronunciarse acerca de la calificación registral del certificado de nacimiento extranjero otorgado por autoridad pública extranjera y de la posible compatibilidad de una resolución extranjera con los principios básicos del ordenamiento jurídico español. Por este motivo, se dictó la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre

de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁽⁵⁶⁾.

El Centro Directivo, mediante la mencionada Instrucción, asienta sus razonamientos a través de dieciséis directrices con la finalidad de dotar de protección jurídica el interés superior del menor⁽⁵⁷⁾; para ello, se establecen esencialmente tres criterios: en primer lugar, cuáles son los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español, cuando al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento extraterritorial de decisiones extranjeras; en segundo lugar, la inscripción registral nunca puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores, y, en último término, que en ningún caso se vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico, conforme a lo expresado en el art. 7.1 de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989⁽⁵⁸⁾, y lo contenido en el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional⁽⁵⁹⁾. Junto a estos, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de maternidad subrogada, tales como la protección de las mujeres gestantes, la capacidad y el consentimiento de las partes intervinientes y la irrevocabilidad del consentimiento prestado⁽⁶⁰⁾.

Uno de los parámetros en los que más se centra la Instrucción es la compatibilidad entre orden público e interés del menor. En primer lugar, es necesario conceptualizar la noción de *orden público* en materia de filiación; por su propia naturaleza, se presenta cambiante y flexible en relación con las circunstancias y realidades de un momento concreto, que reflejan los valores y principios de una sociedad. Por ello, es consecuencia lógica analizar la resolución extranjera de manera individualizada y comprobar si atenta o no contra los principios fundamentales del foro⁽⁶¹⁾.

A juicio de la DGRN, la certificación extranjera que cumpla con los requisitos y condicionamientos establecidos en la Instrucción debe desplegar todos sus efectos en España, con independencia que desde el punto de vista sustantivo el contrato gestacional esté completamente prohibido; por ello, se debe concretar una doble situación: por un lado, cuando el contrato gestacional se celebre en un país extran-

jero que su ley admita, la Instrucción de la DGRN permite que produzca efectos en España, porque autoriza no el contrato, sino el efecto del contrato; por otro lado, cuando el contrato de gestación por sustitución se celebre en España, el efecto es distinto, puesto que bajo los auspicios del art. 10 LTRHA se declara la nulidad del convenio gestacional y se cierra el acceso al Registro Civil⁽⁶²⁾.

La inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero con gestación por sustitución podrá realizarse presentando, junto con la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido y siempre con exequátur

Por ello, se presume que los interesados, siempre y cuando al menos uno de los comitentes sea español y aporte el material genético, no incurrirán en fraude de ley ni en *forum shopping*. En cambio, un sector de la doctrina⁽⁶³⁾ estima que la solución propuesta por la Instrucción no es correcta, porque está prestando cobertura al turismo reproductivo, el cual trata de eludir la aplicación de lo contenido en el art. 10 LTRHA, en el que claramente se declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución⁽⁶⁴⁾. En la misma línea



de pensamiento⁽⁶⁵⁾ se opina que el interés del «niño» puede alojar situaciones que no protegen dicho interés superior del menor, pues los efectos perversos de la mercantilización de esta práctica médica pueden provocar situaciones de explotación, principalmente en la mujer gestante. Incluso hay autores que van más allá y califican la Instrucción como una representación de ofrecimiento de soluciones de compromiso, es decir, que en la práctica se legalizan los contratos de gestación por sustitución realizados en un país extranjero y se condicionan a una resolución judicial del país de origen, a pesar de que muchos de los contratos materializados en diversos estados poseen menos garantías jurídicas respecto de los derechos subjetivos de las partes intervinientes⁽⁶⁶⁾.

La inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución solamente podrá realizarse presentando, junto con la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, siempre que la misma obtenga exequátur, de modo que para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español la solicitud de inscripción y el auto judicial que conceda el exequátur⁽⁶⁷⁾. Si bien es cierto que la mencionada Instrucción no exige el exequátur en caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un proceso análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo supuesto el encargado del Registro Civil se limitará a controlar incidentalmente si tal resolución pudiere ser reconocida en España, y así se garantizará el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante⁽⁶⁸⁾.

Los mecanismos de acceso de las sentencias extranjeras al Registro Civil se regulan según lo dispuesto en los arts. 83 y 84 RRC; se trata de un «mecanismo de remisión», pues para el acceso de estas sentencias a los registros oficiales españoles se exige la previa obtención del reconocimiento de sentencia extranjera. Y si el acceso es a través de otro documento público que no es sentencia, según lo estipulado en el art. 81 RRC⁽⁶⁹⁾. Podemos observar que la falta de coherencia sobre cómo resolver un determinado tema que afecta a la inscripción de un nacimiento derivado de un contrato de subrogación puede

conllevar que las partes topen con la denegación de la indicada inscripción. Tal es así que la rígida legislación nacional española en cuanto a la no admisión de estos contratos, y siendo numerosos los casos que han accedido a los Tribunales para solucionar el problema, nos hace reflexionar si no sería conveniente adoptar una solución de ámbito internacional para evitar situaciones tan dispares⁽⁷⁰⁾.

Teniendo en cuenta lo anterior, para salvar el obstáculo del comercio realizado sobre el cuerpo humano, algunos proponen dotar de similitud la adopción⁽⁷¹⁾ a la gestación por sustitución⁽⁷²⁾, para evitar la nulidad del contrato de maternidad subrogada⁽⁷³⁾. Si bien es cierto, hay voces muy contrarias a esta equiparación entre ambas figuras legales⁽⁷⁴⁾, puesto que ello provocaría dificultad para encontrar mujeres que estén dispuestas a quedarse embarazadas y a entregar al hijo de modo totalmente desinteresado. Incluso el acuerdo por subrogación puede constituir fuente de conflictos de intereses entre los comitentes, la madre sustituta y el hijo⁽⁷⁵⁾, y, en todo caso, algunos autores consideran que no está justificado «crear» una nueva criatura para satisfacer el deseo de paternidad o maternidad, frente al hecho de que ya existen niños que están desamparados y necesitan un entorno familiar donde crecer y educarse⁽⁷⁶⁾.

III. REFLEXIÓN FINAL

El reconocimiento y la ejecución de una determinada resolución extranjera en la que se proclama que son padres de un niño personas que encargaron dicha gestación presenta complicaciones que a nadie se le ocultan.

En la correspondiente resolución, se debe hacer mención de los datos personales de la madre gestante que ha alumbrado al menor, indicándose que la verdadera filiación pertenece a los comitentes que solicitaron la subrogación gestacional y no a la madre biológica. Así pues, será determinante la existencia de una sentencia extranjera para que despliegue plenos efectos mediante un posible reconocimiento. Ello nos permitiría afirmar que aquellas situaciones que surgen en países como Ucrania, la India, etc., en los que no hay una clara existencia de resolución judicial, no encontrarán acomodo positivo en España. Una vez que los comitentes regresan a



territorio español, es necesario inscribir la filiación en el Registro Civil para así fijar legalmente todos los efectos que se derivan de la situación familiar reconocida por la autoridad extranjera.

En estas circunstancias, y teniendo en cuenta los valores superiores presentes en la maternidad subrogada, se precisaría una modificación del Derecho sustantivo con una coherente regulación del reconocimiento de las situaciones de gestación por sustitución provenientes del extranjero, ya que, a pesar de la existencia de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, esta se ha hecho insuficiente⁽⁷⁷⁾.

Con el reciente pronunciamiento del TS, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, observamos que para el Alto Tribunal no es admisible el argumento del «*interés superior del menor*» como «*válvula de escape*» para conseguir resultados contrarios a la ley. En cambio, el voto particular redactado por el Magistrado Seijas Quintana analiza la cuestión desde un punto de vista más flexible, fundamentando su razonamiento en los principios de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. Los cuatro magistrados que lo formulan concluyen que la aplicación del principio del orden público perjudica a los menores privándoles de su identidad y de su núcleo familiar.

Con este esperado pronunciamiento del TS, la brecha del dilema jurídico de la gestación por sustitución se ha abierto nuevamente y consideramos que debe ser afrontado a través de una revisión legislativa

Con este esperado pronunciamiento del TS, la brecha del dilema jurídico de la gestación por sustitución se ha abierto nuevamente y consideramos que debe ser afrontado a través de una revisión legislativa. La radical prohibición de la maternidad subrogada puede presentarse como un problema, ya que no puede quedar supe- ditada una situación de tantísima importancia a la legislación registral española y que sea esta la que marque los límites del Derecho. Por el momento, el ordenamiento jurídico español parece imponer aún más trabas, como se deduce del Proyecto de Ley de medidas de reforma administra-

tiva en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. En su art. 44.7, al regular la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido fuera de España, establece que «*será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur*». Si bien es cierto que el precepto no menciona de manera expresa la gestación por sustitución, claramente podría incluirse en la expresión «*en cualquier otro caso*». Esta propuesta de *lege ferenda* no verá la luz en los términos transcritos, puesto que, según nota de prensa del Ministerio de Justicia de 9 de julio de 2014, tras la reunión con la asociación Son Nuestros Hijos, se llegó al compromiso de facilitar la inscripción de los nacidos en el extranjero de «*vientres de alquiler*». Si se trata de simplificar los trámites, debería incluirse un reconocimiento incidental, lo que permitiría el acceso al Registro Civil con una mera legalización o apostilla y traducción.

Se deben evitar condicionantes tales como el «orden público internacional», el «principio del *favor filii*» y el «interés del menor» para otorgar validez o no a situaciones nacidas en otros países en donde son perfectamente legales; encajar en la *praxis* estos postulados de interpretación tan subjetiva puede conllevar a un futuro incierto, desde que se da por finalizada la relación contractual entre los comitentes y la gestante, generando así verdaderas situaciones de vulneración de derechos, esencialmente en los menores objeto de la subrogación maternal. La infancia, por sus especiales características derivadas de su falta de madurez y de su escasa experiencia vital, es más vulnerable ante situaciones injustas. Siendo conscientes de ello, todos los operadores jurídicos, tanto a nivel estatal como internacional, deben valorar sus disposiciones y/o actuaciones bajo la premisa de la defensa del menor y evitar que se produzca un limbo jurídico y social en la vida diaria del menor.

Por otra parte, no se debe olvidar que, en un mundo sin fronteras y en un contexto de sociedad pluralista y abierta, al Derecho Internacional Privado le incumbe también determinar qué límites y medidas se han de adoptar ante esta institución del Derecho de Familia: la gestación por sustitución. Pero nuestra disciplina no ha de suponer un médium para eludir la voluntad del legislador español y que determinado sector de la

población con altos recursos económicos y bajo un buen asesoramiento legal sean solo los beneficiarios de poder tener hijos bajo esta forma de reproducción asistida.

La normativa de carácter internacional deberá contar con la cooperación de todos los sujetos intervinientes desde el inicio del contrato gestacional en el estado de origen con los países en los que finalmente se establezca el centro social de vida familiar de los padres-comitentes y los menores

Lo ideal sería lograr, en un espacio breve de tiempo, una normativa de carácter internacional en la que la base debería ser una verdadera cooperación de todos los sujetos intervinientes desde el inicio del contrato gestacional en el estado de origen con los países en los que finalmente se establecerá el centro social de vida familiar de los padres-comitentes y los menores. De esta forma, se eliminaría tanto el surgimiento de situaciones fraudulentas en origen como la incertidumbre o el limbo jurídico de los niños nacidos fruto de maternidad subrogada y de sus progenitores en el estado de destino.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, F.; SÁNCHEZ-CARO, J., *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Ed. Comares, Granada, 2009.

ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, n.º 7863, 2012.

ALES URÍA ACEVEDO, M. M., *El derecho a la identidad en la filiación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 10, 2010, págs. 339-377.

— «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J. J.; GONZÁLEZ BEILFUSS,

C.; VIÑAS I FARRÉ, R. (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Liber Amicorum Alegría Borrás, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 77-90.

— «Surrogacy: Balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», en PELLISÉ, C. (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho Internacional Privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 61-74.

AMADOR, M., «Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India», en *Revista CS*, n.º 6, 2010, págs. 193-217. [Ejemplar dedicado a «Ciencia, Tecnología y Sociedad»]

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 27, Septiembre-Octubre 2009, págs. 52-56.

BAFFONE, C., «La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 137, 2013.

BAKER, H., «A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There "Lessons" to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?», en TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P. (ed.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 411-426.

BARBER CÁRCAMO, R., «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 739, 2013, págs. 2905-2950.

BARRÓN ARNICHES, P. de, «La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero de una madre de alquiler», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 31, 2009, págs. 29-42.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Hijos "made in" California», en *Aranzadi Civil*, n.º 3/2009, págs. 2117-2119.

BONILLO GARCÍA, L., «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución», en *Diario La Ley*, n.º 8070, 2013.

BRUNET, L.; CARRUTHERS, J.; DAVAKI, K.; KING, D.; MARZO, C.; MCCANDLESS, J.,

A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, Ed. European Parliament, Bruselas, 2013.

CALVO CARAVACA, A.-L., «El "Derecho Internacional Privado multicultural" y el revival de la ley personal», en *Diario La Ley*, n.º 7847, 2012.

CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, págs. 294-319.

— «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, págs. 247-262.

— «Eficacia extraterritorial de decisiones: conceptos generales», en *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 14.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2013.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., «Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», en *Diario La Ley*, n.º 7910, 2012.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Orden público internacional y externalidades negativas», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2065, 2008, págs. 2351-2378.

CASADO BLANCO, M.; IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M., «Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada», en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 40, 2013.

CERDÁ SUBIRACHS, J., «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN», en *Abogados de Familia*, n.º 60, segundo trimestre de 2011.

CONFERENCIA DE LA HAYA, *Note préliminaire sur les questions de Droit International Privé concernant le statut des enfants*, documento preliminar n.º 11, de marzo de 2011.

— *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de*

substitution à caractère international, documento preliminar n.º 10, de marzo de 2012.

— *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet «Filiation/Maternité de substitution»*, documento preliminar n.º 3B, de marzo de 2014.

— *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, documento preliminar n.º 3C, de marzo de 2014.

CORERA IZU, M., «Abandonados, apátridas y sin padres», en *Diario La Ley*, n.º 8345, 2014.

CORRAL GARCÍA, E., «El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 38, 2013, págs. 45-69.

CHELIZ, C., «La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos», en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, n.º 32, 2013, págs. 29-36.

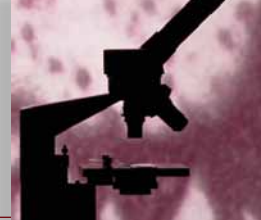
DÍAZ ROMERO, M. R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, n.º 7527, 2010.

DREYZIN DE KLOR, A.; HARRINGTON, C., «La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?», en *Revista de Derecho de Familia*, Octubre de 2011, págs. 301-329.

DURÁN AYAGO, A., «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 12, 2012, págs. 265-308.

ESPINAR VICENTE, J. M., «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley», en ESPLUGUES MOTA, C.; PALAO MORENO, G. (ed.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 589-604.

FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso



a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2010.

— «European Society of Human Reproduction and Embryology. 26th Annual Meeting», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2010.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2011, págs. 127-146.

FERRER VANRELL, M. P., «La transgresión del principio de igualdad en la Instrucción de DGRN 5-10-2010, sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución», en VERDERA IZQUIERDO, B. (dir.), *El principio de igualdad ante el Derecho Privado: una visión multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 15-38.

FLORES RODRÍGUEZ, J., «Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida», en *Actualidad Civil*, n.º 5, 2014.

— «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa», en *La Ley Derecho de Familia*, 7 de julio de 2014; *Diario La Ley*, n.º 8363, 2014.

— «Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco», en *La Ley Derecho de Familia*, 14 de julio de 2014.

FULCHIRON, H., «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», en *Journal du Droit International*, n.º 2, 2014, págs. 563-588.

FULCHIRON, H.; BIDAUD-GARON, C., «L'enfant de la fraude...». Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse», en *Recueil Dalloz*, n.º 15, 2014, págs. 905-911.

GAMBLE, N.; GHEVAERT, L., «International surrogacy: payments, public policy and media hype», en *Family law*, vol. 41, n.º 5, 2011, págs. 504-507.

GHEVAERT, L.; CABEZA, R., «Surrogacy, egg donation and assisted reproduction: payments and the conflict of law and policy», en *Family law*, vol. 44, n.º 2, 2014, págs. 215-218.

GODOY VÁZQUEZ, M. O., «La prohibición legal de la gestación por sustitución como límite al ejercicio del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español», en PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G. M.; RAFFIOTTA, E. C. (dir.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y ciencia*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 177-188.

GONZÁLEZ MARTÍN, B., «No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 54, Marzo-Abril 2014, págs. 36-40.

GRANET, F., *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États Membres de la CIEC*, Ed. CIEC, Estrasburgo, 2014.

GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 10, 2010, págs. 731-743.

HERNÁNDEZ RAMÍREZ, A.; SANTIAGO FIGUEROA, J. L., «Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 132, 2011, págs. 1335-1348.

HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, fasc. II, 2013, págs. 687-715.

— «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 54, Marzo-Abril 2014, págs. 42-46.

HUALDE MANSO, T., «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», en *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista Doctrinal*, vol. 1, n.º 10, 2012, págs. 35-47.

HUTCHINSON, A.-M.; KHAN, H.; O'LEARY, B.; VORZEIMER, A., «International surrogacy arrangements: between California and England and Wales», en *Family law*, vol. 41, n.º 10, 2011, págs. 1104-1109.

IGLESIA MONJE, M. I. de la, «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica», en *Revista Crítica de Derecho*

Inmobiliario, año 87, n.º 725, 2011, págs. 1668-1677.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., «La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución: problemas actuales», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 5, 2012, págs. 365-381.

LAGARDE, P., «Cour de cassation (1er Ch. civ.) 17 de décembre 2008», en *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, n.º 2, 2009, págs. 320-331.

LAMN, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Ed. Universitat de Barcelona. Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, C., «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», en *Diario La Ley*, n.º 7777, 2012.

LÓPEZ GUZMÁN, J.; APARISI MIRALLES, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», en *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, n.º 78, 2012, págs. 253-268.

LUNA SERRANO, A., «Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García*, Ed. Universidad de Jaén y Thomson Reuters, Jaén y Cizur Menor, 2012, págs. 1267-1278.

MAESTRI, E., «Fabbriche della vita: la critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali», en *Ragion Pratica*, n.º 37, 2011, págs. 417-442.

MONÉGER, F., «La gestation pour autrui», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, 2010, págs. 233-244.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 731, 2012, págs. 1363-1394.

— «La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho Internacional Privado español», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2014, págs. 189-215.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 19.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F., «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 27, Septiembre-October 2009, págs. 57-61.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución», en NAVAS NAVARRRO, S. (dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

PANIZA FULLANA, A., «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 1, Abril 2014, págs. 59-67.

PARRÓN CAMBERO, M. J., «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», en *Diario La Ley*, n.º 8269, 2014.

PEREÑA VICENTE, M., «Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI», en *Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 29, 2012, págs. 130-149.

PÉREZ MONGE, M., «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad», en *Revista de Derecho Privado*, año 94, mes 4, 2010, págs. 41-64.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2009.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos», en *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, n.º 6, Marzo 2014, págs. 38-50.

RUBIO TORRANO, E., «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución», en *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, n.º 9, 2011, págs. 11-14.

SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., «La maternidad subrogada: estado actual de la

cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8293, 2014.

SALAS CARCELLER, A., «El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, 2011, págs. 9-14.

— «Gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2014, págs. 11-15.

SÁNCHEZ ARISTI, R., «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», en *Humanitas*, n.º 49, Abril 2010.

SEIJAS QUINTANA, J. A., «Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler», en *Diario La Ley*, n.º 8363, 2014.

SOUTO GALVÁN, B., «Dilemas éticos sobre la reproducción humana: la gestación de sustitución», en *Feminismo/s: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, n.º 8, 2006, págs. 181-196. [Ejemplar dedicado a «Mujeres y Derecho»]

STRUYCKEN, T., «The Netherlands Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue», en BOELE-WOELKI, K.; EINHORN, T.; GIRSBERGER, D.; SYMEONIDES, S. (ed.), *Convergence and Divergence in Private International Law*. Liber Amicorum Kurt Siehr, Ed. Eleven International Publishing, La Haya, 2010.

TAMAYO HAYA, S., «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas», en *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º 6, 2013, págs. 261-316. [Ejemplar dedicado a «Premios García Goyena. XII Edición»]

TONOLO, S., «La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 50, n.º 1, 2014, págs. 81-104.

TORRALDA ERRUZ, M., «El contrato de gestación por sustitución», en LLEDÓ YAGÜE, F.; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (dir.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, vol. 1, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, págs. 616-622.

TORRES PEREA, J. M. de, «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014, sobre maternidad por sustitución, desde la perspectiva

del interés del menor», en *Diario La Ley*, n.º 8281, 2014.

TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P., «International surrogacy arrangements: An urgent need for legal regulation at the international level», en *Journal of Private International Law*, n.º 7, 2011, págs. 627-647.

— «General Report on Surrogacy», en *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 439-550.

VELA SÁNCHEZ, A. J., «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», en *Diario La Ley*, n.º 7608, 2011.

— *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012.

— «La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho», en *Diario La Ley*, n.º 8055, 2013.

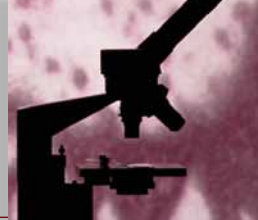
— «El interés del menor como fundamento de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», en *Diario La Ley*, n.º 8162, 2013.

— «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8309, 2014.

VERDA Y BEHAMONTE, J. R. de, «Inscripción de hijos nacidos mediante la gestación por sustitución. A propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010», en *Diario La Ley*, n.º 7501, 2010.

VORA, K., «Potential, Risk, and Return in Transnational Indian Gestational Surrogacy», en *Current Anthropology: A World Journal of the Sciences of Man*, n.º extra 7, 2013, págs. 97-106. [Ejemplar dedicado a «Potentiality and humanness: revisiting the anthropological object in contemporary biomedicine»]

(1) De este concepto y de su naturaleza se ocupan A. J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012, págs. 13-14, y M. R. DÍAZ ROMERO, «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, n.º 7527, 2010.



- (2) Se puede plantear en el eterno debate de la aceptación o no de los contratos de gestación por sustitución, si el deseo de las parejas estériles, contemplado este como derecho subjetivo, debe ser escuchado por la sociedad o, sin embargo, no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica posibles lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos. Así pues, hay autores que opinan que, con respecto a los menores, fruto del convenio gestacional, la legalización de la maternidad subrogada supone mercantilizar la filiación, ya que esta dependerá de la celebración de un contrato con un fuerte contenido económico. Además, la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos (vid. J. LÓPEZ GUZMÁN y A. APARISI MIRALLES, «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», en *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, n.º 78, 2012, págs. 265-266). Incluso el derecho de procrear de toda persona (sola o en compañía) estableciendo un vínculo de filiación natural no es un derecho fundamental consagrado en nuestro ordenamiento jurídico ni en ningún tratado o convención internacional, aunque nuestra legislación en materia de filiación parezca dar a entender otra cosa (vid. M. PEREÑA VICENTE, «Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI», en *Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 29, 2012, págs. 148-149). Parece más sencilla la defensa de un derecho a no procrear que a procrear, puesto que las parejas tienen más libertad y más medios para decidir no tener hijos que para tenerlos, especialmente porque el derecho a la procreación no presenta un contenido definido, ya que la facultad reproductiva es incontrolable, quedando fuera de la autonomía de la voluntad del sujeto [vid. M. O. GODOY VÁZQUEZ, «La prohibición legal de la gestación por sustitución como límite al ejercicio del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español», en A. PÉREZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO y E. C. RAFFIOTTA (dir.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y ciencia*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 186-187].
- (3) M. V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, «La inscripción de la filiación derivada de la gestación

- por sustitución: problemas actuales», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 5, 2012, págs. 367-369.
- (4) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en J. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS y R. VIÑAS I FARRÉ (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 77-78.
- (5) No solo existen choques de carácter legal, sino también moral, en muchos de los ordenamientos jurídicos al afrontar la admisibilidad o no de las filiaciones derivadas de la maternidad subrogada; por ello, se están generando ciertos problemas reales y que han de ser dotados con soluciones jurídicas, bajo los cambios sociales y generacionales tan profundos que se están dando en el panorama jurídico de este siglo, y al Derecho no le queda más remedio que acompañar los movimientos de una sociedad que genera permanentemente nuevas formas de familia y de parentesco (vid. S. TAMAYO HAYA, «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas», en *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º 6, 2013, págs. 284-294). El control tecnológico del cuerpo de la mujer y el control biopolítico de la reproducción artificial se han convertido en temas centrales dentro del pensamiento filosófico feminista, convirtiéndose en un punto de referencia obligado a profundizar desde un punto de vista conceptual, político y social. Las técnicas de reproducción asistida arrebatan el control reproductivo de la mujer (vid. E. MAESTRI, «Fabbriche della vita: la critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali», en *Ragion Pratica*, n.º 37, 2011, págs. 418-430). Se han invocado diversos derechos que, previsiblemente, entrarían en conflicto en torno a la problemática surgida en la gestación por sustitución: de una parte, la libertad individual, la protección de la familia y de la infancia, la dignidad e identidad genética del hijo nacido mediante gestación de sustitución y la dignidad de la mujer gestante. Se trata de un supuesto derecho no reconocido expresamente en nuestra Constitución, ni tampoco encontramos un reconocimiento explícito del mismo en declaraciones internacionales sobre derechos humanos (vid. B. SOUTO GALVÁN, «Dilemas éticos sobre la reproducción humana: la gestación de sustitución», en *Feminismo/s: Revista del Centro de Es-*

- tudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, n.º 8, 2006, págs. 189-195).
- (6) No se debe olvidar el hecho de que, para percibir la categoría moral de la vida biológica humana, es necesario reconocer la importancia que tiene esa vida para las personas como agentes morales; por ello, el rápido desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción crea muchas dudas que competen a la naturaleza moral y plantean a la conciencia interrogantes que giran en torno a si todo lo que técnicamente es posible realizar, es igualmente aceptable desde el punto de vista ético. La perspectiva ética es diferente de la legal o jurídica, aunque no por ello no están relacionadas entre sí (vid. M. CASADO BLANCO y M. IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, «Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada», en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 40, 2013, págs. 3-4).
- (7) P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución», en S. NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguals y diferentes ante el Derecho Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 465-467.
- (8) La European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) ha optado por una expresión, a nuestro modo de entender, más correcta: *cross-border reproductive care* (vid. E. FARNÓS AMORÓS, «European Society of Human Reproduction and Embryology. 26th Annual Meeting», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2010, págs. 9-10).
- (9) En particular, se pueden apreciar colisiones jurídico-sociales en el contexto de ciertos países con marcados conflictos internos, y ello ha contagiado al Derecho Internacional Privado: si antes solo ciertos países con un pluralismo social y jurídico muy acentuado debían procurar una solución al conflicto de civilizaciones que se producía en su interior, ahora lo debe hacer el Derecho Internacional Privado (vid. A.-L. CALVO CARAVACA, «El "Derecho Internacional Privado multicultural" y el revival de la ley personal», en *Diario La Ley*, n.º 7847, 2012). Si bien es cierto que, si se materializaran acuerdos internacionales de gestación por sustitución, al Derecho Internacional Privado le corresponderá resolver numerosos problemas derivados de esta nueva filiación [vid. T. STRUYCKEN, «The Netherlands Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue», en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER y S. SYMEONIDES (ed.), *Convergence and Divergence in Private International Law*. Liber Amicorum Kurt Siehr, Ed.

Eleven International Publishing, La Haya, 2010, pág. 369].

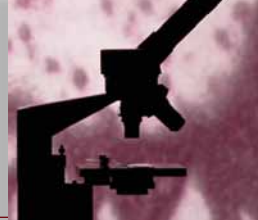
- (10) En cuanto a una posible sanción jurídico-penal que se puede imponer a quienes participan en la práctica de la gestación por sustitución, se encuentra en los arts. 220 y 221 CP (LO 10/1995, de 23 de noviembre), que regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad. Y, por otro lado, si de modo fraudulento se consiguiera la inscripción de la maternidad a favor de la comitente, podría considerarse que la alteración de la filiación se produce en el momento de inscribirse en el Registro, en concurso con un delito de falsedad en documento público. Para más información acerca de la tipicidad en el ámbito penal, *vid.* F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 19.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 295-299.
- (11) La monografía ofrece la legislación actual de la UE y de la Convención Europea de Derechos Humanos para determinar cuáles son las obligaciones y posibilidades que rodean la subrogación nacional y transnacional. El estudio concluye que es imposible indicar una tendencia legal en particular a través de la UE, aunque todos los Estados Miembros parecen estar de acuerdo en la necesidad de que el menor debe disponer de unos padres legales y un estatus civil claramente definidos (*vid.* L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO y J. MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Ed. European Parliament, Bruselas, 2013, págs. 137-158). Para un estudio pormenorizado de veinticinco ordenamientos jurídicos con sus peculiaridades, efectos y reconocimiento nacional y/o transfronterizo (Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, China, la República Checa, Francia, Alemania, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irlanda, Israel, México, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Rusia, Suráfrica, España, Ucrania, el Reino Unido, los Estados Unidos y Venezuela), *vid.* K. TRIMMINGS y P. BEAUMONT (ed.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 5-410.
- (12) En el Estado italiano, se prohíben todas las formas de subrogación, ya sea comercial o altruista. En los casos resueltos por los Tribunales penales italianos, los jueces excluyen de responsabilidad penal a los padres contratantes que soliciten la inscripción del nacimiento del menor, y ello es justificado con base en el interés superior del niño (*vid.* S. TONOLO, «La trascrizione degli atti di nascita derivanti

da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 50, n.º 1, 2014, págs. 81-87).

- (13) L. GHEVAERT y R. CABEZA, «Surrogacy, egg donation and assisted reproduction: payments and the conflict of law and policy», en *Family law*, vol. 44, n.º 2, 2014, págs. 216-218. En el citado artículo, se dirime la cuestión relativa a la determinación de qué se entiende por *finés comerciales* por parte de los Tribunales ingleses. Una de las cuestiones que más preocupa a estos es el interés superior del menor, sopesando los principios y valores del ordenamiento jurídico inglés frente al bienestar de los nacidos mediante un contrato de subrogación, decantándose siempre en favor del niño (*vid.* N. GAMBLE y L. GHEVAERT, «International surrogacy: payments, public policy and media hype», en *Family law*, vol. 41, n.º 5, 2011, págs. 506-507).
- (14) El Código Civil mexicano no contiene ninguna prohibición directa en referencia a la subrogación. La práctica de sustitución, en México, está regulada por los códigos civiles y penales de los diferentes estados de la República. En el Distrito Federal, es plenamente admitida dicha técnica, a pesar de que sus efectos jurídicos no han sido regularizados. En cambio, en el Estado de Tabasco, se regula de manera expresa la figura de la maternidad subrogada, incluso aspectos tan importantes como los derechos sucesorios del menor nacido bajo la modalidad de vientre de alquiler (*vid.* C. BAFFONE, «La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 137, 2013, págs. 457-463; A. HERNÁNDEZ RAMÍREZ y J. L. SANTIAGO FIGUEROA, «Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 132, 2011, págs. 1335-1348).
- (15) E. LAMN, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Ed. Universitat de Barcelona. Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013, págs. 118-181; F. ABELLÁN y J. SÁNCHEZ-CARO, *Bioètica y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Ed. Comares, Granada, 2009, págs. 213-215.
- (16) Se considera que en la India hay 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de reproducción asistida a clientes internacionales. De acuerdo con la legislación india, el conocimiento informado entre las partes es un requerimiento fundamental para la realización de la gestación subrogada. Las partes en el contrato son: la clínica, la pareja (casada o no), la donan-

te de óvulos y la madre subrogante. Las partes firman un acuerdo de subrogación (*a contract between the person/s availing of assisted reproductive technology and the surrogate mother*) y se comprometen a cumplir voluntariamente los términos del contrato de acuerdo con la ley india. Se estima que, en la India, una mujer que alquila su vientre recibe entre 5.000 y 7.000 dólares; para mujeres de bajos recursos e inmensas necesidades, la posibilidad de conseguir medios económicos a través de la gestación subrogada es una oportunidad en la que la voluntariedad se pone en duda por el contexto de pobreza (*vid.* M. AMADOR, «Biológicas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India», en *Revista CS*, n.º 6, 2010, págs. 199-205). Además, también se cuestiona el beneficio que presentan las clínicas a la hora de llevar a cabo la puesta en marcha del vientre de alquiler y las políticas utilizadas por estas en la potenciación de la gestación por sustitución en el marco de una sociedad con altas tasas de pobreza; las madres se enfrentan a la gestación bajo la incertidumbre y el desconocimiento de los riesgos que ello conlleva, solamente con el objetivo de recibir la cuota acordada entre la clínica y la madre gestante (*vid.* K. VORA, «Potential, Risk, and Return in Transnational Indian Gestational Surrogacy», en *Current Anthropology: A World Journal of the Sciences of Man*, n.º extra 7, 2013, págs. 103-105).

(17) Hay autores que piensan que se debe partir de la base que no puede deducirse el carácter contractual de los acuerdos de gestación por sustitución por carecer de objeto y causa lícitos; se trata de una relación de hecho carente de carácter jurídico, cuyas consecuencias solo pueden ser fácticas [*cf.* J. M. ESPINAR VICENTE, «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley», en C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO (ed.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 601]. La problemática de este tipo de acuerdo radica en cuál sea su objeto y el tipo de prestaciones que involucre, puesto que aquellas jurisdicciones que lo admiten entienden que el objeto de este tipo de pactos no es el hijo, sino la prestación de servicios de gestación de la mujer (*vid.* M. M. ALES URÍA ACEVEDO, *El derecho a la identidad en la filiación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 308-311).



- (18) Algunos autores consideran que «no sería cierto que la inscripción en nuestro Registro Civil de hijos naturales por gestación de sustitución no sea contraria a nuestro orden público internacional. Es manifiestamente contrario a la dignidad que nuestra Constitución y nuestra sociedad reconocen a la mujer. Es contraria a los principios básicos de nuestro Derecho». Si bien es cierto que, desde un punto de vista más flexible, es posible acudir al llamado orden público internacional atenuado: opera en situaciones jurídicas que ya han sido creadas en un país extranjero y que ya han producido legalmente sus efectos jurídicos en dicho país, y consiste en que se reconozcan ciertos efectos en España producidos por estas situaciones, sin que se dañe la estructura básica y la cohesión de la sociedad española (cfr. A. S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2011, pág. 10). Por tanto, no se permite crear en España una situación jurídica con arreglo a una ley extranjera que dañe el orden público internacional español, pero sí que se pueden aceptar efectos periféricos a situaciones creadas en el extranjero con arreglo a ley extranjera, aunque no estén reconocidas en nuestro Derecho (vid. C. CHELIZ, «La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos», en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, n.º 32, 2013, pág. 35; J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, «Orden público internacional y externalidades negativas», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2065, 2008, págs. 2351-2378).
- (19) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Surrogacy: Balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», en S. PELLISÉ (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho Internacional Privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 66-68.
- (20) CONFERENCIA DE LA HAYA, *Note préliminaire sur les questions de Droit International Privé concernant le statut des enfants*, documento preliminar n.º 11, de marzo de 2011.
- (21) CONFERENCIA DE LA HAYA, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, documento preliminar n.º 10, de marzo de 2012.
- (22) Un questionnaire à l'intention des Membres de la Conférence de La Haye et autres états intéressés a été diffusé («Questionnaire n.º 1»). Un Questionnaire en ligne à l'intention des praticiens du Droit

- a été mis à disposition sur ce site («Questionnaire n.º 2»). Un Questionnaire en ligne à l'intention des professionnels de la santé a été mis à disposition sur ce site («Questionnaire n.º 3»). Un Questionnaire en ligne à l'intention des agences de maternité de substitution a été mis à disposition sur ce site («Questionnaire n.º 4»).
- (23) CONFERENCIA DE LA HAYA, *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet «Filiation/Maternité de substitution»*, documento preliminar n.º 3B, de marzo de 2014.
- (24) CONFERENCIA DE LA HAYA, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, documento preliminar n.º 3C, de marzo de 2014.
- (25) Solo mediante la cooperación internacional se encontraría un equilibrio entre los principios defendidos por los estados y la protección de las personas, particularmente, la del niño. Ahora bien, una respuesta internacional no es fácil de lograr. A nivel general, se podrían tomar como modelo el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o también el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Algunos autores se inclinan por la utilización como modelo de este último convenio para poder destacar el respeto al interés superior del niño como valor fundamental; el respeto de los derechos y la dignidad de todas las personas involucradas en el proceso de gestación por sustitución; el rechazo de la comercialización del mismo, así como la normalización de los convenios de maternidad subrogada, incorporando no solo a los organismos facultados, sino también el procedimiento [cfr. H. FULCHIRON y C. BIDAUD-GARON, «L'enfant de la fraude...». Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse», en *Recueil Dalloz*, n.º 15, 2014, págs. 910-911; H. BAKER, «A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There "Lessons" to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?», en K. TRIMMINGS y P. BEAUMONT (ed.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 411-426]. En relación con el contenido de esa propuesta de nuevo instrumento internacional, tanto de sus principios como de las buenas prácticas a recoger, vid. H.

- FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», en *Journal du Droit International*, n.º 2, 2014, págs. 576-588; K. TRIMMINGS y P. BEAUMONT, «General Report on Surrogacy», en *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 439-550). Aunque la idea es difícil de alcanzar en estos momentos, se está trabajando, en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, por una solución unificada de carácter universal. En todo caso, la solución sería mucho más fácil a nivel regional, sobre todo en el seno de la UE, donde el propio TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse en favor de otorgar pleno reconocimiento por los Estados Miembros a situaciones válidamente creadas en otro Estado Miembro (asuntos *García Avello*, *Grunking y Paul y Sayn-Wittgenstein*) (vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», en *Journal du Droit International*, n.º 2, 2014, pág. 579). También a nivel regional, pero en el seno de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), se está afrontando la problemática de la madre sustituta extranjera que gesta a bebé contratado por comitentes de otro país y su incidencia en el estado y la capacidad de los menores nacidos de tal técnica reproductiva, así como sus consecuencias en el Derecho de Familia internacional (vid. F. GRANET, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États Membres de la CIEC*, Ed. CIEC, Estrasburgo, 2014, págs. 4-14).
- (26) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en J. J. FORNER DELAY-GUA, C. GONZÁLEZ BELFUSS y R. VIÑAS I FARRÉ (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 85-86.
- (27) I. HEREDIA CERVANTES, «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, fasc. II, 2013, pág. 693.
- (28) El Estado de California constituye el más solicitado para efectuar la contratación de vientres de alquiler, por poseer la legislación más progresista y permisiva del mundo (vid. A.-M. HUTCHINSON, H. KHAN, B. O'LEARY y A. VORZEIMER, «International surrogacy arrangements: between California and England and Wales», en *Family law*, vol. 41, n.º 10,

2011, págs. 1104-1105). El reconocimiento de la filiación que puede resultar de un acuerdo de maternidad subrogada realizado en California no es automático, sino que se requiere que, una vez celebrado, la parte interesada inste el procedimiento judicial conforme a lo dispuesto en la sección 7630 (f) del California Family Code, dirigido a determinar la filiación que pudiera derivarse conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo. Este procedimiento, encaminado a confirmar los derechos parentales, pretende establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declarará la filiación a su favor. El procedimiento también tiene por finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la madre subrogada y de su marido, si estuviere casada.

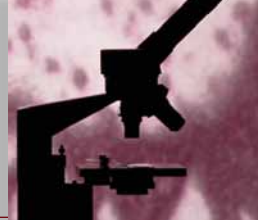
- (29) La RDGRN fundamenta el reconocimiento de la doble filiación paterna en las normas que, en sede de filiación adoptiva o derivada de fecundación asistida, ya admiten la doble paternidad o maternidad en el Derecho español. Así, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE n.º 157, de 2 de julio de 2005), al legalizar el matrimonio homosexual, extendió la posibilidad de adopción a las parejas homosexuales casadas y, con ella, la posibilidad de establecer la filiación de un menor a favor de dos hombres o de dos mujeres (*vid.* E. FARNÓS AMORÓS, «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2010, págs. 13-14).
- (30) A. J. VELA SÁNCHEZ, «La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho», en *Diario La Ley*, n.º 8055, 2013. Como indica el autor, la nulidad enunciada del convenio gestacional se justifica en virtud del principio básico de Derecho Civil «*Mater semper certa est*», es decir, la maternidad queda supeditada al parto. Como detalle, cabe apuntar que si se produjera un nacimiento bajo un contrato de maternidad subrogada en territorio español, si la mujer gestante está casada, se atribuirá la paternidad del hijo a su marido, en virtud del apartado 3 del art. 10 LTRHA [*vid.* A. LUNA SERRANO, «Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano», en D. JIMÉNEZ LIÉBANA (coord.), *Estudios de Derecho Civil en*

homenaje al Profesor José González García, Ed. Universidad de Jaén y Thomson Reuters, Jaén y Cizur Menor, 2012, pág. 1277].

- (31) E. RUBIOTORRANO, «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución», en *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, n.º 9, 2011, págs. 11-14.
- (32) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 10, 2010, págs. 347-354; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, págs. 297-299.
- (33) R. BARBER CÁRCAMO, «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 739, 2013, págs. 2908-2918; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 731, 2012, págs. 1365-1368.
- (34) Para el art. 23 LRC, no es suficiente con que el hecho eventualmente inscribible no sea contrario al orden público, sino que es menester que, además, no infrinja la ley española, y tal y como afirma L. F. Muñoz de Dios Sáez, se transgredió lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, siendo esta una norma prohibitiva de lo más explícita (*cf.* L. F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 27, Septiembre-Octubre 2009, págs. 58-59).
- (35) M. PÉREZ MONGE, «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad», en *Revista de Derecho Privado*, año 94, mes 4, 2010, págs. 55-59; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Hijos "made in" California», en *Aranzadi Civil*, n.º 3/2009, págs. 2117-2119.
- (36) A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, «La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho Internacional Privado español», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2014, págs. 189-215. El interés del niño no puede alegarse como paraguas

después de violar la ley, a pesar de que personajes conocidos contraten a madres portadoras en California y se pueda afirmar un «Derecho Civil para ricos» que se materializa en el extranjero y se le da plenos efectos en España (*cf.* T. HUALDE MANSO, «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», en *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista Doctrinal*, vol. 1, n.º 10, 2012, pág. 46).

- (37) Los recurrentes consideran que la inscripción es una consecuencia periférica del contrato de gestación por sustitución, por lo que no existe incompatibilidad con el ordenamiento jurídico español. Además, estos alegan motivos de discriminación por razón de sexo, puesto que sí es posible la inscripción de la filiación de dos mujeres (*vid.* A. PANIZA FULLANA, «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 1, Abril 2014, págs. 63-67). *A sensu contrario*, M. J. Parrón Cambero argumenta que la legislación española permite la inscripción de la maternidad a favor de dos mujeres casadas en el art. 7.3 LTRHA, bajo una serie de requisitos, pero la diferencia que impide la discriminación estriba en que se acude a una técnica legal de aportación de material genético masculino, siendo una de las mujeres la madre biológica del menor (*vid.* M. J. PARRÓN CAMBERO, «Ventre de alquiler: *mater semper certa est*, *pater semper incertus est*», en *Diario La Ley*, n.º 8269, 2014). Nos encontramos, por ello, ante una diferencia de trato legal entre hombres y mujeres, pero que, sin embargo, tiene una justificación biológica, pues la madre, por naturaleza, tiene reservado siempre su lugar en la filiación; además, en nuestro Derecho, no cabe renunciar a la maternidad (*cf.* A. SALAS CARCELLER, «Gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2014, págs. 14-15).
- (38) La Sentencia es clara y contundente al recoger un concepto de orden público internacional español que considera la gestación por sustitución contraria al mismo. Además, la situación del menor una vez que ha nacido queda totalmente desprotegida, al no reconocerse efectos jurídicos al consentimiento previo irrevocable. Se olvida, como bien se recoge en el inciso final del voto particular de la Sentencia, que «*no hay orden público, si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada*» (*cf.* J. M. de

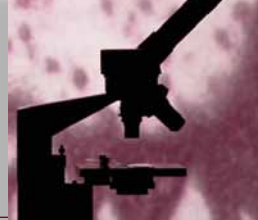


- TORRES PEREA, «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014, sobre maternidad por sustitución, desde la perspectiva del interés del menor», en *Diario La Ley*, n.º 8281, 2014).
- (39) La concreción del interés del menor resulta pintoresca, pese a que el TS reconoce que la privación de la filiación a los menores supone un inconveniente, pero que, en todo caso, debe garantizarse el respeto a su dignidad, que se ve menoscabada si se convirtiera en objeto de tráfico mercantil (cfr. I. HEREDIA CERVANTES, «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 54, Marzo-Abril 2014, págs. 45-46).
- (40) En contraposición, A. J. VELA SÁNCHEZ, «El interés del menor como fundamento de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», en *Diario La Ley*, n.º 8162, 2013, aboga por la admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico del convenio gestacional bajo postulados de índole económico; ello supondría la eliminación de elevados costes para los ciudadanos españoles que en la actualidad no tienen más remedio que acudir a otros estados para llevar a cabo la puesta en marcha de la contratación de un vientre y, además, ante una aceptación, conllevaría una importante inyección económica en España, dado el número tan elevado de potenciales usuarios de este tipo de técnica de reproducción, sin olvidar el efecto llamada respecto de los ciudadanos de otros estados de nuestro entorno.
- (41) Vid. J. A. SEIJAS QUINTANA, «Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler», en *Diario La Ley*, n.º 8363, 2014.
- (42) En favor del interés del menor, se debe aceptar la práctica de la gestación por sustitución, puesto que negar la filiación al menor es situarlo en un «limbo jurídico de difícil solución no solo para el menor, sino también para la sociedad», y se insiste en que nuestro legislador debe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 10.1 CE, en el que se declara el derecho al desarrollo de la libre personalidad, incluyéndose ahí el derecho a tener una descendencia directa (cfr. M. SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, «La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8293, 2014). *A sensu contrario*, se insiste en que no debería olvidarse que la filiación es materia indisponible, con el objetivo de garantizar y proteger de la mejor manera el interés superior del menor (vid. A. DREYZIN DE KLOR y C. HARRINGTON, «La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?», en *Revista de Derecho de Familia*, Octubre de 2011, págs. 301-331). Si bien es cierto que la conexión entre procreación y libre desarrollo de la personalidad significa reconocer la autonomía de la persona para elegir de manera libre y responsable de entre las variadas opciones vitales, la que sea más acorde a sus preferencias (cfr. J. FLORES RODRÍGUEZ, «Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida», en *Actualidad Civil*, n.º 5, 2014, pág. 544; J. FLORES RODRÍGUEZ, «Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco», en *La Ley Derecho de Familia*, 14 de julio de 2014).
- (43) La gestación por sustitución no va en contra del orden público de ninguno de los sistemas jurídicos pertenecientes al constitucionalismo contemporáneo: en algunos, está positivamente regulada, como es el caso de California, mientras que en otros, como en España, se trata de desalentarla, con no muy buenos resultados (cfr. M. ATIENZA RODRÍGUEZ, «De nuevo sobre las madres de alquiler», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 27, Septiembre-October 2009, pág. 56).
- (44) El reparo que la sociedad actual opone a la instrumentalización del cuerpo de la mujer, aun cuando sea voluntaria como método para la obtención de una ganancia, constituye un rechazo a las prácticas de técnicas de reproducción asistida; en cambio, la propia sociedad asume la contratación de trabajos que comportan altos niveles de peligrosidad y penosidad y no aprecia un atentado contra la dignidad, a pesar de que la integridad física y la esperanza de vida pueden verse resentidas [cfr. M. TORRALDA ERUZ, «El contrato de gestación por sustitución», en F. LLEDÓ YAGÜE y A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (dir.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, vol. 1, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 618].
- (45) B. GONZÁLEZ MARTÍN, «No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 54, Marzo-Abril 2014, págs. 38-40.
- (46) Asunto *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y asunto *Abassee c. France* (n.º 65941/11). Para un análisis de los antecedentes jurisprudenciales del asunto *Menesson*, vid. P. LAGARDE, «Cour de cassation (1er Ch. civ.) 17 de décembre 2008», en *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, n.º 2, 2009, págs. 320-331.
- (47) Se debe tener en cuenta que la nacionalidad y la filiación son cuestiones unidas una respecto de la otra en lo que se refiere a la identidad de la persona. Es lo que se conoce en Derecho Internacional Privado como *doble espejo*. Así pues, si no está acreditada la filiación del menor nacido en el extranjero de padres españoles, podría producirse la ruptura del «doble espejo» (vid. M. CORERA IZU, «Abandonados, apátridas y sin padres», en *Diario La Ley*, n.º 8345, 2014).
- (48) Con respecto a la legislación francesa y su evolución normativa y reseñas jurisprudenciales, vid. F. MONÉGER, «La gestation pour autrui», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, 2010, págs. 233-244.
- (49) Vid. J. FLORES RODRÍGUEZ, «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa», en *La Ley Derecho de Familia*, 7 de julio de 2014; *Diario La Ley*, n.º 8363, 2014.
- (50) Cfr. A. J. VELA SÁNCHEZ, «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8309, 2014.
- (51) Vid. notas 67 a 69.
- (52) Si se optase por presentar una resolución judicial extranjera que declarase la filiación de un niño nacido de una gestación por sustitución a favor de comitente español, se aplicará lo dispuesto en el art. 96 LRC (vid. J. M. de TORRES PEREA, «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014, sobre maternidad por sustitución, desde la perspectiva del interés del menor», en *Diario La Ley*, n.º 8281, 2014).
- (53) En contrario, la Sentencia aborda, en primer lugar, la cuestión desde la técnica del reconocimiento, y no desde la del conflicto de leyes, al existir una resolución extranjera que ya determina la filiación conforme a las leyes californianas (vid. M. J. PARRÓN CAMBERO, «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», en *Diario La Ley*, n.º 8269, 2014).
- (54) *A sensu contrario*, G. J. CAMARERO GONZÁLEZ, «Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», en *Diario La Ley*, n.º 7910, 2012.
- (55) En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en territorio extranjero, obviamente nacido de gestación por sustitución, sin que se presente una resolución que determine la filiación reconocible incidentalmente o por exequatur, el encargado del Registro Civil denegará su inscripción (vid. M. I. de la IGLESIA MONJE, «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos

- en el extranjero mediante dicha técnica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 87, n.º 725, 2011, págs. 1674-1676.
- (56) BOE n.º 243, de 7 de octubre de 2010.
- (57) El interés del menor solo tiene sentido si se inserta dentro del contexto legal correspondiente. Si se superpone este principio a lo marcado legalmente, se corre el riesgo de introducir inseguridad jurídica y arbitrariedad. Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, debe precisarse siempre en atención al caso concreto, pero sin obviar que este concepto solo tiene sentido dentro de la legalidad (vid. A. DURÁN AYAGO, «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 12, 2012, págs. 275-276).
- (58) BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990.
- (59) BOE n.º 312, de 29 de diciembre de 2007.
- (60) A. J. VELA SÁNCHEZ, «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», en *Diario La Ley*, n.º 7608, 2011.
- (61) A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, págs. 253-254.
- (62) Cfr. M. P. FERRER VANRELL, «La transgresión del principio de igualdad en la Instrucción de DGRN 5-10-2010, sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución», en B. VERDERA IZQUIERDO (dir.), *El principio de igualdad ante el Derecho Privado: una visión multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 37-38.
- (63) J. R. de VERDA Y BEHAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante la gestación por sustitución. A propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010», en *Diario La Ley*, n.º 7501, 2010.
- (64) C. LASARTE ÁLVAREZ, «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», en *Diario La Ley*, n.º 7777, 2012: «La Instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues, en realidad, pretende que cuanto la ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque solo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de "ocurrencias ministeriales de urgencia"».

- (65) A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2009, págs. 39-40.
- (66) M. ALBERT MÁRQUEZ, «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, n.º 7863, 2012.
- (67) Una propuesta, desde nuestra perspectiva, excesivamente rígida, se contiene en el Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, al incluir el párrafo séptimo el art. 44 de la Ley 20/2011, de Registro Civil, en el que se establece que: «En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido, será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur» (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 101-1, 23 de junio de 2014). Parece que esta propuesta de *lege ferenda* no verá la luz en los términos transcritos, puesto que, según nota de prensa del Ministerio de Justicia de 9 de julio de 2014, tras la reunión con la asociación Son Nuestros Hijos, se llegó al compromiso de adaptar la legislación española conforme a las pautas interpretativas contenidas en los asuntos *Mennesson* y *Abassee* (STEDH de 26 de junio de 2014) (vid. nota 46). Por el momento, el Centro Directivo ha emitido un Informe, de fecha 11 de julio de 2014, que tiene como destinatarios a los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con el régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución, tras la STS de 6 de febrero de 2014, que rechazaba dicha inscripción. Según dicho Informe, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles, sin que la STS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo

legal para ello, «con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica». En el punto V del Informe, el Centro Directivo matiza que «la Instrucción, como recoge su Preámbulo, incorpora la doctrina consolidada del Tribunal Supremo. De acuerdo con esta doctrina, serán de aplicación los arts. 954 y siguientes de la LEC 1881, en virtud de los cuales será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el art. 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción. Por tanto, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de esta de acuerdo con lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España como requisito previo a su inscripción». Y en el fundamento VI se añade que: «En estos supuestos en que se admite el reconocimiento, a fin de garantizar la ejecución de la correspondiente sentencia judicial extranjera en España a través de su inscripción en el Registro Civil español, tenga lugar de forma incidental en el propio trámite de calificación por parte del encargado del Registro, dicho control incidental deberá constar, conforme a la directriz primera núm. 3 de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, los siguientes extremos: "a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubiesen presentado. b) Que el tribunal de origen hubiese basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se hubiese producido una vulneración



del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado». Y, por último, en el fundamento VII se matiza que: «Por el contrario, en los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados por el art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción, y arts. 764 y siguientes de la LEC, ya que, conforme a la directriz segunda de la misma Instrucción: “Segunda.—En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de la madre gestante”».

- (68) Cfr. A. SALAS CARCELLER, «El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, 2011, págs. 12-13.
- (69) A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCO-SA GONZÁLEZ, «Eficacia extraterritorial de decisiones: conceptos generales», en *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 14.^a

ed., Ed. Comares, Granada, 2013, págs. 536-541; L. BONILLO GARCÍA, «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución», en *Diario La Ley*, n.º 8070, 2013.

- (70) Cfr. F. RAMÓN FERNÁNDEZ, «La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos», en *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, n.º 6, Marzo 2014, págs. 47-48.
- (71) Se presenta como una alternativa a la adopción, si bien, frente a esta, supone la posibilidad de ser padre de un bebé sanitariamente controlado, al que se tiene acceso desde el primer momento y que, en la mayoría de los casos, porta material genético propio (vid. J. CERDÁ SUBIRACHS, «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN», en *Abogados de Familia*, n.º 60, segundo trimestre de 2011).
- (72) R. SÁNCHEZ ARISTI, «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», en *Humanitas*, n.º 49, Abril 2010, págs. 28-30.
- (73) Como de todos es bien sabido, la admisibilidad de la adopción en nuestro ordenamiento jurídico no constituye vulneración del orden público español, puesto que, si no se ven afectados los arts. 10.1, 15 y 39.2 (entre otros) CE, dicha figura no dañará los principios y valores fundamentales de la legislación española; por eso siempre se han de distinguir los supuestos aceptables de los que no lo son, y así evitar la generalidad y acercarnos a lo más justo para cada situación (vid. K. TRIMMINGS y P. BEAUMONT, «International surrogacy arrangements: An urgent need for legal regulation at the international level», en *Journal of Private International Law*, n.º 7, 2011, págs. 627-647).

- (74) M. GUZMÁN ZAPATER, «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 10, 2010, pág. 742.
- (75) P. de BARRÓN ARNICHEs, «La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero de una madre de alquiler», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 31, 2009, págs. 40-41.
- (76) Cfr. E. CORRAL GARCÍA, «El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 38, 2013, págs. 62-63.
- (77) Por ahora, esta mantiene su aplicabilidad (puesta en entredicho por la jurisprudencia del TS). En este sentido, la DGRN en el Informe emitido el 11 de julio de 2014 (vid. nota 67). El Centro Directivo se pronuncia en los siguientes términos: «Visto el conjunto de consideraciones jurídicas, precedentes y razonamientos jurídicos, este Centro Directivo acuerda resolver la presente consulta en el sentido de afirmar que, en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación, en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello. Y todo ello con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2001, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica».

Reflexiones sobre la condición: a propósito de una compraventa de suelo urbano sujeta a la condición disolutoria de llegar a ser solar

José Luis del Moral Barilari
Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. RELACIÓN JURÍDICA Y OBLIGACIÓN
 - III. ELEMENTOS ACCIDENTALES
 - IV. DIFERENCIA ENTRE *CONDICIONANTE* Y *CONDICIÓN*
 - V. UNA *CONDICIÓN «OBJETIVA»* NO PUEDE SER DISOLUTORIA
 - VI. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya más de cuarenta años, el Jurista checo Hans Kelsen, padre del Derecho Internacional moderno y autor del conocido libro *Teoría pura del Derecho*, pronunció su conocida frase: «*Lo que no está prohibido expresamente, está permitido*».

Como aforismo, puede parecer ocurrente, pero de poco nos sirve si no nos despeja dos incógnitas que la frase ya plantea desde su propia formulación. ¿Y qué está permitido, señor Kelsen?, podría preguntársele. ¿Y quién decide lo que está permitido?

A la primera cuestión no se le puede dar respuesta en este artículo por razones



de simple espacio. Baste con decir que crear un código para compilar en él leyes dispositivas u orientativas parece una labor poco lógica.

La segunda de ellas ha merecido, durante muchos siglos, una respuesta muy categórica y sencilla: la ley. Sin embargo, el devenir de los tiempos y la configuración de la voluntad humana como nuevo centro

del universo jurídico han dado pie a considerar a la misma, cuando va acompañada de otra, como una nueva ley, la *lex inter partes*, expresión que dio a luz en términos de equivalencia y que hoy en día alcanza en no pocos casos términos de auténtica equiparación. Buena prueba de ello es el art. 1256 CC: «*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*».



Dejando de lado el hecho de que las partes no pueden tener, ontológicamente hablando, arbitrio, toda vez que el mismo es la suma de criterio (del protoindoeuropeo *ker: 'separar') más imparcialidad (por lo que ni la una ni las dos partes pueden tener otra cosa más allá de su criterio), lo más preocupante de este precepto es, en realidad, otra cuestión: ¿pueden quedar la validez y el cumplimiento de los contratos, o incluso la eficacia, al criterio no ya solo de una, sino de todas sus partes?

Parece poco lógico que las partes puedan decidir que un arrendamiento valga para producir un efecto traslativo o que las partes puedan, v. gr., pactar que se configure como conducta disolutiva un incumplimiento leve en una sola de las partes y que ese mismo incumplimiento deba ser grave por la otra de las partes contratantes. Pero también así me lo parece (y la realidad parece correr por otro camino) la posibilidad de ratificar *ex tunc* lo hecho por un *falsus procurator* ex art. 1259 CC, o bien la posibilidad de reactivar una sociedad disuelta ex art. 265 LSC, o la posibilidad de que una de las partes imponga que su consentimiento, pese a que consta acreditada su existencia por otros medios, solo pueda serle opuesto si se ha exteriorizado de una determinada forma, y así tantas y tantas cosas...

Los países más civilizados del mundo decidieron hace mucho tiempo vivir en una economía de libre mercado y que el Derecho deje a las partes la plena capacidad para fijar las determinaciones básicas del contrato bajo la conocida máxima «*Res tantum valet quantum vendi potest*»

Los países más civilizados del mundo decidieron hace mucho tiempo vivir en una economía de libre mercado y que el Derecho deje a las partes la plena capacidad para fijar las determinaciones básicas del contrato bajo la conocida máxima «*Res tantum valet quantum vendi potest*». Con base en este principio, todos los días el «pez grande» se come al «pez chico», pero todos tenemos claro que eso forma parte de las reglas de la naturaleza, y si el «pez chico» se espabila, en alguna ocasión también se termina comiendo al «pez grande».

FICHA TÉCNICA

Resumen: Mediante el presente trabajo, el autor reflexiona en torno a las posibles condiciones que las partes pueden establecer en un contrato. Más en concreto, analiza la denominada *condición disolutiva objetiva* en un contrato de compraventa de suelo urbano, llegando a la conclusión de que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden quedar al único y soberano criterio de las partes.

Palabras clave: Contrato de compraventa, urbanismo, condición disolutiva.

Abstract: In the paper at hand, the author reflects on the possible conditions that the parties to a contract can establish, more specifically, on the condition called *objective condition for terminating* in a purchase contract for urban land. The author reaches the conclusion that the validity and performance of contracts cannot be the only and sovereign criterion for the parties.

Key words: Purchase contract, urban planning, condition for terminating a contract.

La verdadera cuestión para un Jurista se plantea a partir de ahí. Se trata, en definitiva, de reflexionar sobre si las partes, que han tenido plena capacidad para negociar lo económico en términos de potencial desigualdad, pueden seguir autorregulando jurídicamente su acuerdo (uno de ellos, en mayor necesidad de cerrarlo y sin pensar en consecuencias futuras), de tal forma que, mientras conste la firma de ambos, mayores de edad y con plena capacidad de obligarse, pueden seguir configurando una suerte de *lex inter partes* en la que ninguno de nosotros pueda osar meterse.

Obviamente, este tema excede con mucho de este artículo (cláusulas de jurisdicción, cláusulas penales, adhesiones, etc.), pero nos sirve de marco adecuado para el mismo, pues no en vano lo que se va a discutir aquí compromete también la concepción de cuál es el juego de la ley (que jamás debe perder su carácter *supra partes*) para integrar, construir o destruir el contenido de un contrato, esta vez sí, *inter partes*.

II. RELACIÓN JURÍDICA Y OBLIGACIÓN

Antes de comenzar a hablar sobre las condiciones y todo lo que las mismas conllevan, se deben dejar claramente establecidos los conceptos *relación jurídica* y *obligación* a la que dichas condiciones pueden acceder. Dejar determinados ambos términos es de vital importancia, ya que la condición no hace sino predicar sus efectos sobre ellos, provocando su suspensión o desaparición.

Por lo que respecta a la *relación jurídica*, mucho se ha discutido a lo largo de los siglos sobre su verdadero concepto. Una

parte de la doctrina ha defendido que dicha relación puede ser entre una persona y una cosa, mientras que la otra ha defendido que la relación jurídica únicamente se puede dar entre personas.

El término *relación* proviene del latín *relatio*, que, a su vez, está formado por el prefijo *re-* (reiteración), la raíz *-lat* (del verbo *ferre, tuli, latum*: 'llevar algo') y el sufijo *-tio* (acción), por lo que la palabra *relatio* viene a significar 'acción y efecto de llevar una y otra vez', es decir, un movimiento que va y viene. Si dicha relación se estableciera entre una persona y una cosa, esta sería unidireccional y, por ello, no encajaría dentro del mismo sentido de la palabra.

Por su parte, el término *obligación* trae sus orígenes del latín *ob-ligare*, y este, a su vez, del protoindoeuropeo **leig-*: 'dar vueltas'. De ahí la expresión *ligar* o *rondar* a una mujer, la liga que envuelve una pierna o la que da una vuelta a todos los equipos que juegan una competición, o incluso las vueltas que se da con la cuchara a una salsa para que quede bien mezclada. Dentro de él quedan circunscritos los *ob-ligados* (si tienen posiciones *ob-puestas*). Si las posiciones no eran confrontadas, sino convergentes, como en la sociedad, se utilizaba el antiguo término *liga-men* (este último sufijo, indicativo de instrumento).

Todas las personas que integran la obligación están movidas por un mismo interés (del latín *inter esse*: 'lo que hay entre'), de tal forma que, v. gr., acreedor, deudor o fiador compartirán todos ellos ese mismo interés, al margen de sus diferentes intenciones⁽¹⁾, a veces en conflicto⁽²⁾. Ese interés único se mantendrá hasta tanto el mismo no desaparezca a través de la figura del mutuo disenso

y desinterés que el mismo implica. Solo caerán de tal interés quienes sean ajenos a la obligación (*vid.* art. 1210 CC) y se encuentren, en consecuencia, en condiciones de ser arbitrades de sus partes.

En dicha obligación, cada una de las partes tiene una serie de deberes (siendo posible que una de ellas posea, además, determinadas facultades), y será el cumplimiento de los deberes (que no el de la obligación, que únicamente existe o no) lo que producirá su extinción *ex art.* 1156 CC. Por muchos deberes que puedan existir, la obligación es solo una y solo llegará a desaparecer cuando todos los deberes en ella establecidos hayan sido íntegramente cumplidos.

Si, por el contrario, se produce un incumplimiento de dichos deberes (aunque algunos autores postulan la extinción de la obligación y la creación de una nueva), es la misma obligación la que se mantendrá en el *post* acto (y su consiguiente reclamación judicial), hasta que el perjudicado ejercite su opción *ex art.* 1124 CC. En tal caso, y por conversión (del latín *cum-vertere*: 'cambiar por dentro', verdadero supuesto, a diferencia de los clásicos arts. 715 y concordantes, que en realidad solo constituyen supuestos de *trans-formación* o de cambio externo), cambia sus deberes internos, *v. gr.*, de entregar a devolver.

III. ELEMENTOS ACCIDENTALES

Se consideran elementos accidentales de la obligación aquellos que se adhieren

ocasionalmente a la misma, bien en el momento de crearse, bien durante su vida y ejecución. No se puede predicar de ellos que sean parte esencial del objeto, ya que el acuerdo entre las partes puede concebirse sin su concurrencia, y su falta no provoca ni el vicio ni la anulación del mismo. Son, más bien, aquellos incluidos por el propio *sensum* de las partes para modificar o dotar de ciertos matices a dicho acuerdo, pero sin dotar de sentido o *sensum* propio al acuerdo. Por ello, al ser elementos no naturales, deben ser objeto de pacto que los introduzca, pues, en caso contrario, los deberes de la obligación se presumen puros (art. 1.113 CC).

Tres son los elementos accidentales reconocidos en los distintos ordenamientos jurídicos: plazo, condición y modo.

El plazo (del latín *placere*, y este, a su vez, del protoindoeuropeo **plak-*: 'plano, aplanar') es la fecha límite que se establece para el cumplimiento de un deber. Está configurada a través de un hecho futuro y cierto. De dicho plazo no depende, a mi juicio, la exigibilidad del deber (licitud), sino su coercibilidad (buena prueba de ello es que exigibilidad y vencimiento están en párrafos distintos en el art. 1196 CC). Se trata de una fecha límite (obsérvese como el art. 1505 CC utiliza la expresión «antes de vencer el término»), por lo que el cumplimiento anterior a esa fecha no es indebido (véase el art. 1126 CC). Y dicha fecha límite nunca (repito, nunca) puede ser esencial. Esta figura, a la que el Código Civil no hace mención ni en las transitorias (por algo se-

rá), es construcción *ex novo* de la doctrina jurisprudencial moderna.

La esencialidad (*esse*) solo se predica de un deber, no de un elemento accidental del mismo, que puede o no existir. Si el deber es esencial (*v. gr.* tradición), su incumplimiento será esencial; si no (*v. gr.* deber de dar preaviso de dicha entrega), solo dará lugar a la posibilidad de reclamar daños y perjuicios. Si, utilizando el clásico ejemplo, dos personas van a una tintorería, una con un traje de boda y la otra con unos simples vaqueros, y las dos fijan un plazo de entrega con el dueño de la tintorería, los dos deberes de entrega en plazo serán ambos igual de esenciales (porque consisten en la entrega del art. 1461 CC). La diferencia es que la de los vaqueros seguramente no tendrá problemas en exigir la equivalencia de cumplimiento forzoso, mientras que la del traje de boda estará ya expresando, sin vincularse a ello, su decisión de reclamar directamente la disolución y daños y perjuicios, porque tal realización forzosa ya no le sirve para nada.

Es la condición un elemento accidental que se incluye para subordinar la eficacia de una obligación al acaecimiento de un hecho futuro e incierto

Entrando ya en la condición, es el elemento accidental que se incluye para subordinar la eficacia de una obligación al acaecimiento de un hecho futuro e incierto (dejaremos por razones de espacio los comentarios que merece la posibilidad de que lo sea un hecho pasado o que la certidumbre pueda ser subjetiva y no objetiva).

Muchos juristas que no profundizan en la prolífica ciencia de la etimología⁽³⁾, aunque alcanzan a saber que la palabra *condición* viene del latín *con-dictio*, no buscan más allá. La *dictio* o 'dicción' es lo que una persona dice, pero la palabra *dictio*, proveniente también del latín *digit* ('dedo'), viene sobre todo a significar lo que uno dice indicándolo con el dedo, método que muchas veces es habitual en las personas para indicar lo que quieren, sobre todo en las cosas y mercaderías. La *dictio*, por tanto, es (con la importancia que de inmediato va-





mos a pasar a ver) lo que dice una persona (no la ley) y la *condictio*, lo que no dice pero añade (*con-*) al mismo tiempo que hace la *dictio*. Para acabar con las raíces etimológicas, tampoco está de más recordar que *contradictio* o 'contradicción' no es lo contrario de *dictio*, sino la suma de la dicción y su dicción contraria, del mismo modo que lo contrario de *prestación* es *prestación contraria* y no *contraprestación* (que es la suma de las dos).

Este elemento accidental de la condición se confunde fundamentalmente con el presupuesto y, como veremos posteriormente, con el condicionante. Con respecto al presupuesto, porque suele hablarse con impropiedad de *conditio iuris*⁽⁴⁾ para hacer referencia a supuestos clásicos como los de los arts. 657, 1334 y 1342 CC. La condición no nace nunca de la ley (como veremos al analizar el art. 1124 CC), sino de la dicción de las partes. Podríamos utilizar la frase, obviamente personal: «Solo el que dice *condice*». La muerte y el matrimonio no se configuran como un complemento (en el mundo del acto) a la dicción, sino como algo previo (un *prae-suppositus* o 'presupuesto'), existente en el mundo del *ante* acto y creado por la ley. Me resisto a terminar este razonamiento sin manifestar en este sentido que, a mi juicio, no puede ser más caótica ni acientífica la clasificación de fuentes de las obligaciones que establece el art. 1089 CC, al incluir la ley en el mismo saco que una caterva de actos jurídicos, como si la ley estuviera en el mismo plano y el resto de fuentes no fueran, precisamente, jurídicas porque una ley no lo reconociese previamente así.

Ambos elementos accidentales, esto es, la condición y el plazo (amén del modo, del que hablaremos en seguida), no pueden tampoco, desde el punto de vista ontológico, cumplirse o incumplirse, sino que se verifican o no: *pendet*, *existit* y *deficit*, de forma que lo que se incumple es el deber al que se refieren dichos accidentes.

Tampoco puede tener la condición (bajo ninguna circunstancia) carácter esencial. Lo que se le da a la condición es el poder de disolver «como si» fuera un elemento esencial⁽⁵⁾, porque se hace equivaler a la misma en la producción de sus efectos (aspecto externo). Pero, como toda equivalencia, es una equiparación incompleta (aspecto interno), lo que se olvida en figuras vitales como el art. 464 CC o el art. 34 LH. Es por

lo que a la misma se le debe aplicar la conocida locución latina «*Conditio pendet sed non cogit*», que viene a significar: 1) que si una condición no se ha verificado, se puede producir la disolución, pero no por ello podrá decirse que el deudor ha incumplido absolutamente nada, y 2) que lo establecido como condición no puede configurarse como un deber cuya falta de realización pueda llevar aparejada indemnización alguna por daños y perjuicios.

De menor importancia práctica está el elemento accidental del modo, pero no por ello exento, a mi juicio, de incorrecta interpretación. Se trata de una carga establecida sobre los destinatarios de disposiciones gratuitas. En contra de lo que se defiende mayoritariamente hoy en día por la doctrina y la jurisprudencia, la no verificación de un modo no puede dar lugar a una ineficacia sobrevenida de la disposición patrimonial, sino que tan solo puede producir una deducción en la misma del valor de la carga modal. Un ejemplo de esta idea se encuentra en el art. 633 CC en relación con el párrafo primero del art. 797 CC. El art. 633 establece el deber notarial de fijar separadamente el valor de la carga modal. El establecimiento del valor no puede tener otro propósito que el de su deducción. Además, el art. 797, párrafo primero, dice así: «La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que esta era su voluntad».

En contra de lo que se defiende por la doctrina y la jurisprudencia, la no verificación de un modo no puede dar lugar a una ineficacia sobrevenida de la disposición patrimonial, sino que tan solo puede producir una deducción en la misma del valor de la carga modal

Ninguno de estos tres elementos es, pues, parte fundamental del objeto. El objeto es el elemento básico del acuerdo por el que una obligación queda suficientemente determinada. Es la fuente creadora de los deberes entre las partes.

Como dice DÍEZ-PICAZO: «No se puede hablar de obligaciones si estas no están determinadas, y la manera de determinarlas es mediante el objeto». Llegados a este punto, se podría argumentar que los elementos accidentales forman parte del objeto del acuerdo, ya que estos son adheridos al mismo. Sin embargo, la palabra *accidente* proviene del latín *accidens*, que, a su vez, proviene del verbo *accidere*, término formado por el prefijo *ad-* ('hacia') y el verbo *-cadere* ('caer'); por ello, *accidente* se refiere a lo que cae hacia uno por casualidad. Esto supone, por lo tanto, que es imposible concebir la idea de que la determinación de una obligación quede supeditada al acaecimiento o no de un elemento que puede ocasionarse por casualidad.

IV. DIFERENCIA ENTRE CONDICIONANTE Y CONDICIÓN

Antes de poder hablar de la diferencia existente entre *condicionante* y *condición*, es necesario precisar un poco más [utilizando, en parte, la sistemática aristotélica⁽⁶⁾] los tres mundos distintos en los que se desarrolla todo fenómeno natural y, por ende, el fenómeno jurídico.

Esos tres mundos son: el *ante* acto, el acto y el *ex* acto.

- 1) Cuando nos referimos al acto, estamos hablando del momento en que una obligación se perfecciona entre dos sujetos, se desarrolla el cumplimiento y se produce el efecto.
- 2) El *ante* acto es todo aquello cuya realización nos ha permitido llegar al mundo del acto; normalmente, se suele tratar de un acto completo anterior y por medio del cual se producen las condiciones necesarias para dar lugar al acto que se da en el momento presente (v. gr. la legitimidad del acto nace del *ante* acto, en la medida en que el vendedor puede vender como dueño porque antes ha adquirido la titularidad en el *ante* acto de otro vendedor). Ni la ley ni la teoría del título y el modo no la mencionan como deber del vendedor, pero no por ello deja de existir y, por ello, postulo que la venta de cosa ajena debe ser ineficaz. Tampoco dice la ley que el vendedor tenga el deber de ser capaz, y es evidente que la eficacia de la venta está subordinada a su existencia.

- 3) Por último, el *post acto* sería lo acaecido con posterioridad al acto (donde se desarrollarían, *v. gr.*, la obligación extracontractual o la exigencia de cumplimiento forzoso al incumplidor).

Las dos fases que nos ayudarán a entender la diferencia entre *condicionante* y *condición* son el *ante acto* y el acto, ya que, como habrá empezado a intuir el lector, ambos fenómenos se producen en distintas etapas.

Cuando nos referimos a *condicionante*, estamos hablando de una figura del mundo del *ante acto*. El porqué de dicha afirmación es sencillo. *Condicionante* es todo lo que las partes acuerdan y deciden antes de entrar a integrar una obligación que las ate para el futuro. Los condicionantes son todo aquello que las partes exigen que esté presente en el objeto del contrato, son elementos indispensables y esenciales que se deben dar en el objeto y por los cuales se decidirá entrar o no en un contrato con la parte contraria. A esta figura hacen referencia algunos textos históricos, como el *Digesto teórico-práctico* o el *Tractatus de Gabellis, Regibus Hispaniae*. En ellos, la expresión de *condicionante* aparece como su término originario, esto es, *ante conditionem*.

Distinta del condicionante, como ya hemos dicho, es la condición. La condición, opuesta a aquel, se da en el mundo del acto. Como anteriormente se ha argumentado, la condición no es más que un elemento ocasional del objeto, por lo que la extinción de la obligación no está supeditada a la verificación de la condición. Son elementos que se añaden al objeto cuando este ya se ha definido perfectamente y no condicionan la voluntad de las partes a entrar o no en una determinada obligación jurídica. Mientras que el condicionante fija el objeto, la condición fija la eficacia de la obligación. Por ello, cuando el condicionante no se verifica, la obligación ni siquiera llega a nacer. Pero cuando la condición no se verifica, esto solo produce que la obligación devenga ineficaz.

Todo esto debería, a mi juicio, conllevar que el art. 1115 CC no elimine la obligación condicional en su totalidad, sino únicamente su condición o elemento accidental, dejando la obligación subsistente. Una condición supone que digo que sí a un objeto y, al mismo tiempo, condigo, es decir, adhiero un elemento más al mismo. Si, además, se

tiene en mente el principio de accesoriedad, la ineficacia no culposa del deudor no puede llevar a otra solución que a la purificación de la obligación.

Mención especial, por el despropósito, merece el art. 1124 CC, precepto sistematizado dentro de las obligaciones puras y condicionales y que, seguramente, se ubicó al final de dicho capítulo porque simplemente no supieron dónde terminaba de encajar. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que este artículo establece lo que vienen a denominar *condición resolutoria implícita*. Pues bien, recordando el conocido dicho popular atribuido al pueblo de Santillana del Mar (al que se conoce como «pueblo de las tres mentiras», porque ni es santa, ni es llana, ni tiene mar), vamos a desbrozar un poco esas tres afirmaciones al uso:

- Primero, el art. 1124 CC no contempla una condición en términos legales, ya que se trata de una mera facultad legal (así empieza curiosamente el precepto), que opera una vez elegido ese «modelo de contratación» (por ejemplo, compra-venta), ya se incluya o no en su clausulado, por la remisión al art. 1258 CC, que dice que el contrato obliga a todas las consecuencias que, «según su naturaleza», sean conformes a... la ley. Es por eso que el paraguas legal de dicho precepto solo sirve para asegurar el mismo bien objeto del contrato y no expectativas posteriores sobre el mismo. Del mismo modo que pactar sobre el art. 1124 CC es un sinsentido, también lo sería pactar una condición resolutoria para el caso de incumplimiento del mismo objeto comprado.
- Segundo, porque no es resolutoria, ya que lo que se resuelven son las partes y es el acuerdo el que se disuelve. *Resolver* proviene del latín *resolvere*, cuyo significado es 'volver a soltarse'. Las partes son las únicas que se pueden soltar para poder volver a atarse a una obligación.
- Y tercero, no es implícita (especie del género expreso conjuntamente con la explícita), ni sobrentendida, ni similares, porque todas las manifestaciones del *sensum* (expresa, tácita y presunta) lo son siempre de las personas, no de la ley (que ni dice, ni condice, ni expresa, ni tácita ni presuntamente).

V. UNA CONDICIÓN «OBJETIVA» NO PUEDE SER DISOLUTORIA

Hemos visto que la condición es un elemento accidental, pero que no es determinante del objeto de la obligación. También se ha dicho que no se trata de un elemento esencial para condicionar el *sensum* de las partes de cara a entrar o crear una determinada obligación entre ellas.

Todo esto previamente expuesto debe ser trasladado a la condición resolutoria. De ella se ha dicho previamente que lo que pretenden las partes a través de ella es supeditar la extinción de la obligación a su verificación. Por ello, si la verificación de la condición resolutoria no se llega a dar, una de las partes puede pedir la disolución del contrato.

La condición resolutoria es una figura que, por implantada que esté en la práctica jurídica moderna, no deja de poder ser objeto de discusión, aunque por razones obvias no voy a entrar en la misma. Simplemente me interesaría que se recordase, por un momento, que se trata de una figura que no fue permitida en el Derecho romano, en cuyas fuentes bebemos casi todos los ordenamientos jurídicos modernos.

Si se acepta que una condición resolutoria objetiva puede dar lugar a la extinción de la obligación, se estaría permitiendo a través de la misma un cambio de objeto de la obligación

En lo que sí que vamos a entrar, por supuesto, es en el hecho de si una condición resolutoria puede ser «objetiva» y, consiguientemente, determinante de la extinción o no de una obligación jurídica. Aunque pueda llegar a pensarse que dejar la eficacia de una obligación al albur «de que llueva el próximo fin de semana» es, de por sí, bastante más peligroso, permitir la configuración de condiciones de naturaleza objetiva lo es más y contraviene más aún si cabe los principios generales más básicos de nuestro ordenamiento jurídico.

El porqué ya ha sido en parte explicado por todo lo expuesto sobre la condición en general, ya que todo ello también ha



de aplicarse a la condición resolutoria. Un ejemplo clarificativo lo encontraríamos en la propia naturaleza a través de la relación entre un planeta y su satélite. Si es el satélite quien desaparece, el planeta sigue existiendo en las mismas circunstancias; sin embargo, si es el planeta quien desaparece, el satélite desaparece con él, ya que sin la existencia del primero ya no tiene razón de ser el segundo, que se pierde por el espacio. El planeta no deja de ser más planeta por no tener satélite, pero lo contrario sí que se da con el satélite, quien pasa a ser un cuerpo celeste más en el espacio. Si se elimina el objeto, la condición disolutoria no tendría eje sobre el que girar y perdería todo su sentido. Un contrato se puede disolver por no cumplir con el objeto (planeta), pero no por la no verificación de una condición objetiva (satélite).

Si se acepta que una condición disolutoria objetiva puede dar lugar a la extinción de la obligación, se estaría permitiendo a través de la misma un cambio de objeto de la obligación. Sería como incluir, *v. gr.*, un *incoterm* CIF con el traslado del riesgo en puerto de destino (que es precisamente en lo que consisten otros *incoterm*, como, por ejemplo, el DDU). Pocos expertos en Derecho Internacional o Marítimo conocen que detrás de un pacto CIF concurre un supuesto de las mal llamadas *obligaciones paritarias* (en realidad, independientes) del art. 1138 CC. Al hablar de *compraventa CIF*, se llega al engaño de pensar que todos sus términos (compraventa, seguro y flete) corresponden a un mismo acuerdo. Evidentemente, que algo se pacte con ocasión de un mismo acto no quiere decir que lo pactado no pueda ser objeto de dos obligaciones distintas, lo que ocurre precisamente con esta modalidad. Este término es antagónico al FOB (*free on board*) en cuanto que configura un deber de asunción de costes (que no de ejecución) por parte del vendedor del seguro y transporte hasta destino, pero, al igual que el FOB, es un *incoterm* de salida, es decir, con traslado del riesgo desde el puerto de origen. Pero estos deberes no integran el contrato de compraventa, sino otro de comisión mercantil complementario del mismo, cuyo incumplimiento dará lugar a la deducción del precio e indemnización por daños y perjuicios, pero en modo alguno afectará a una compraventa de mercaderías cuya entrega, siempre que esté en las debidas condiciones, ya se ha efectuado antes del viaje y al margen de cualquier de-

ber relacionado con un proceso durante el traslado.

También sería como permitir, *v. gr.*, la compra de un potro sujeta a la condición disolutoria de que se convierta en un caballo de carreras. En este caso, se estarían comprando dos cosas distintas: un potro (potencial caballo de carreras) y un caballo de carreras futuro.

Son, en ambos casos, dos *rei* distintas, y la inclusión de una condición disolutoria no puede cambiar una *res* por otra. O bien se establece una obligación cuyo objeto es un bien presente u otra cuyo objeto sea un bien futuro. Pero no se pueden establecer ambos bienes, presente y futuro, como parte del mismo objeto. Se ha de elegir entre uno u otro, ya que son cosas distintas.

Y no puede hacerlo porque ello supondría una violación tanto del principio de accesoriedad como del principio de determinación. Así, vulneraría el principio de accesoriedad, porque a un elemento accidental se le está dando la misma potencialidad que a un elemento esencial del objeto del contrato. Al mismo tiempo, es inconcebible que un objeto de contrato contenga, como elemento accesorio, el objeto susceptible de un contrato distinto, sino que ambos conforman obligaciones y contratos distintos e independientes. También quebrantaría el principio de determinación, porque no puede ser objeto de contrato una cosa presente y, al mismo tiempo, la misma cosa en el futuro (*emptio rei speratae*), que puede o no realizarse. Para poder formar una obligación que una a dos o más sujetos, es necesaria la determinación del objeto del contrato y no dejarlo, a diferencia de la simple eficacia, indeterminado a la realización de una condición en el futuro.

El hecho de que la condición disolutoria objetiva no pueda extinguir una obligación no quiere decir que existan diversas opciones para solucionar el supuesto de que el objeto no llegue a convertirse en otro objeto esperado por el comprador. Una de dichas soluciones es establecer un pacto de recompra, siempre que no se verifique la condición incluida. Con ello, el sujeto pasivo se obligaría a recomprar a cambio de un precio aquello que vendió y no se convirtió en lo esperado. Pero obsérvese como esto supondría, precisamente, reconocer *ab initio* la plena eficacia de la

primera compra y el pleno respeto al correcto sentido del art. 1256 CC que reconocimos. Y obsérvese también que con este mecanismo se está reconociendo que el objeto era el primero, no el segundo objeto de la recompra. Estaríamos, pues, antes dos obligaciones diferentes. Otra opción puede consistir en establecer un pacto de pagos aplazados con señalamiento de otra cantidad suplementaria para el caso de obtenerse un resultado añadido. Pero obsérvese que con esta opción se estaría condicionando el precio, no el objeto del contrato.

En materia urbanística, un mismo bien físico (una parcela) es sometido a unas evoluciones posteriores que lo convierten en cuatro bienes susceptibles de determinar el objeto de cuatro contratos de compraventa distintos: no urbanizable, urbanizable, urbano y solar

Tras la exposición de por qué una condición disolutiva objetiva no puede extinguir una obligación, mención especial merece el supuesto de compraventa de un suelo ur-



bano sujeto a la condición disolutoria (por lo tanto, habiendo mediado título y modo) de que llegue a ser solar.

En materia urbanística⁽⁷⁾, ocurre lo mismo que con lo antes explicado. Un mismo bien físico (una parcela de terreno) es sometido a unas evoluciones posteriores que lo convierten en cuatro bienes *suscepti-bles* [en potencia, como todo lo que termina en *-ble* o *-bilidad*⁽⁸⁾] de determinar el objeto de cuatro contratos de compraventa distintos: 1) no urbanizable, 2) urbanizable, 3) urbano y 4) solar. Todas ellas suponen distintas fases por las que puede pasar una misma parcela de terreno, pero cada una de ellas configura un potencial objeto del contrato distinto de la anterior.

¿Por qué dicha ley establece tantas clasificaciones sobre el mismo bien? Aunque pueda parecer una pregunta baladí, para muchos la respuesta no parece tan obvia. Aunque también pueden apuntarse razones de tipo económico (todo proceso de transformación suele producirse mediante la utilización de unos medios y sus correspondientes costes) o la simple *naturalis ratio* (durante el proceso de transformación, siempre hay riesgos de pérdida), la verdadera respuesta es más evidente aún: cada calificación corresponde a un bien que, aunque físicamente no es distinto (pues, si no, nadie dudaría que estaríamos en el ámbito de las condiciones del art. 1116 CC), sí lo es desde el punto de vista jurídico. La clasificación se efectúa, precisamente, para poder identificar el objeto de la compraventa y para saber que esa es la base u objeto único del contrato. Es decir, que aunque se pueden añadir más prestaciones adicionales al mismo (pagar cuotas urbanísticas, costear un seguro o un flete, etc.), esas circunstancias no afectarán al objeto único del contrato, por lo que su no verificación no dará lugar a la operatividad *ex lege* del art. 1124 CC (solo para lo estrictamente pactado como objeto), y solo y siempre y cuando sea meramente subjetiva, a una condición disolutoria pactada al amparo del art. 11 LH y sus concordantes.

Cada calificación que se hace de una parcela de terreno supone el nacimiento

to, para el mundo del Derecho, de una *res* nueva y distinta. Si utilizáramos el símil del deporte americano del béisbol, es como si hablásemos de bases distintas dentro del campo. Se puede estar en una o en otra, pero el que uno se encuentre a mitad de recorrido entre ambas no significa que tenga asegurado el llegar a la siguiente «base». El riesgo de que le pillen «entre bases» es del comprador de turno que, en vez de asegurarse la base siguiente, ha preferido adquirir la anterior, sin que nada de ello cambie por el hecho de que haya añadido medidas tendientes a facilitar el alcance de esa siguiente parada (más allá de la posibilidad de deducir sus costes).

La admisión de una condición objetiva implicaría que los riesgos que naturalmente se derivan de cualquier contrato de compraventa sobre un bien sujeto a una evolución desaparecerían, ya que el comprador siempre podría disolver el contrato de no producirse la transformación del objeto deseada

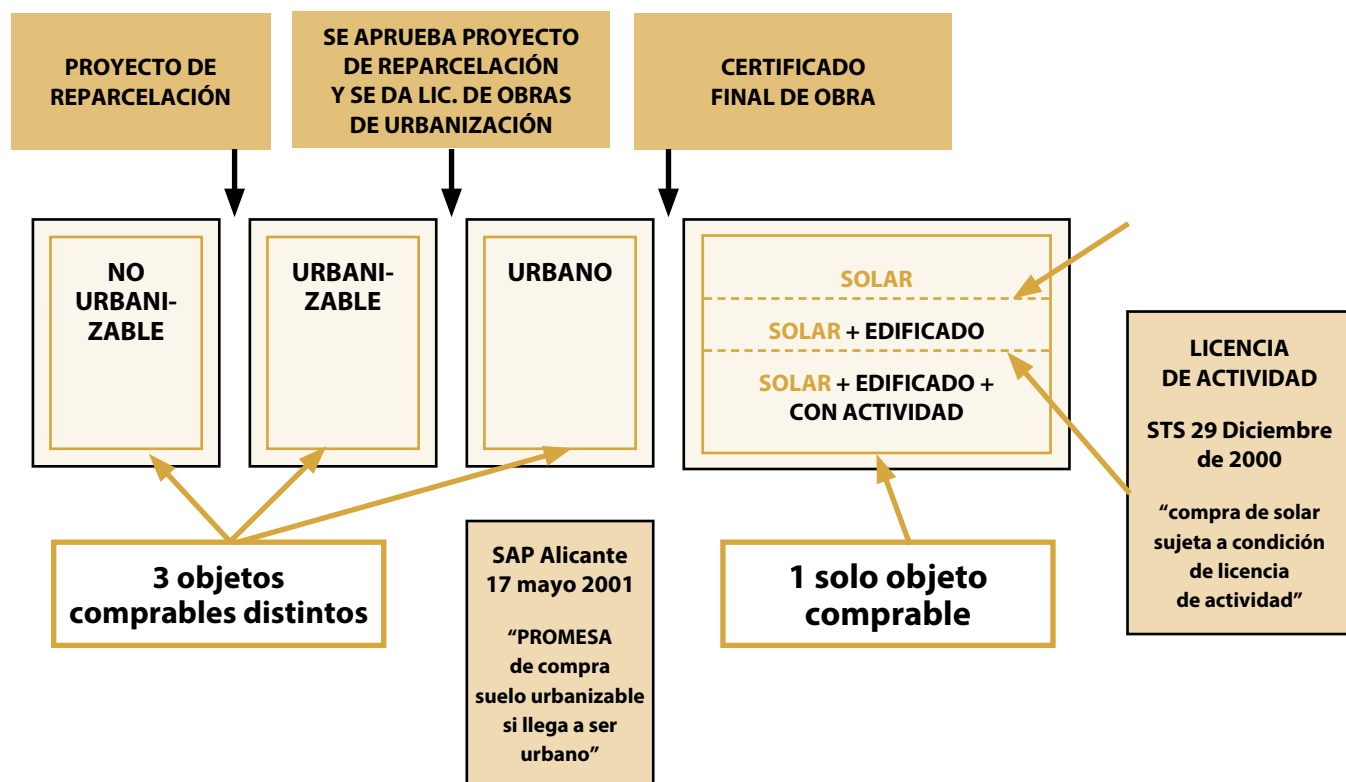
La admisión de una condición objetiva implicaría que los riesgos que naturalmente se derivan de cualquier contrato de compraventa sobre un bien sujeto a una evolución desaparecerían, ya que el comprador siempre podría disolver el contrato de no producirse la transformación del objeto deseada (que podría ser incluso *per saltum* desde el primero de los estadios o bases, esto es, un terreno no urbanizable a todo un solar ya edificado y con actividad). Es decir, si no se produjesen los sucesivos cambios, el comprador podría disolver el contrato devolviendo únicamente lo pagado por el terreno no urbanizable. Por el contrario, de llegar el terreno a obtener la calificación de solar edificado y con actividad, obtendría los beneficios derivados del aumento del valor del terreno. Ciertamente, esto otorgaría a los especuladores inmobiliarios una

posición muy ventajosa que entendemos no tiene cabida en el ordenamiento jurídico, incluido la de hipotecar (al ser disolutoria) dichos terrenos en el *interin* para la financiación de otros negocios. Y conste que lo que digo no es un futurible, pues no hay más que ver la cadena de disoluciones contractuales que ha tenido lugar en estos últimos tiempos a consecuencia del advenimiento de la actual crisis económica.

En la siguiente gráfica se pueden observar distintas fases por las que puede pasar, desde el punto de vista urbanístico, una parcela de terreno. Para avanzar de una «base» a otra, se deben dar ciertos requisitos de muchos sabidos. Por ejemplo, para que un suelo no urbanizable se convierta en urbanizable, es necesario obtener un proyecto de reparcelación. Para que pase de urbanizable a urbano, se necesita la obtención de una licencia de obras de urbanización. En el caso de que de urbano pase a ser un solar, hará falta obtener un certificado final de obra. En todos los supuestos mencionados, cada vez que se cumplen esos requisitos, nos encontramos con bienes diferentes entre sí y, como es público y notorio, con valores de mercado muy distintos.

Caso distinto es el que se puede observar en la figura del solar. Y ello porque, una vez se ha obtenido tal calificación, el objeto siempre va a seguir siendo el mismo. Como se observa en la gráfica, la palabra *solar* siempre aparece en la última de las «bases», aunque pueda ir acompañada de otras expresiones, como *solar edificado* o *solar edificado con actividad*. La naturaleza del objeto es la misma, aunque tiene cierto *plus*. Por ello, en el caso del solar, sí que se puede disolver el contrato si no se da la condición de licencia de edificación o de licencia de actividad.

Idéntico criterio sigue también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de mayo de 2001, por cuanto, aunque afirma que sí que se puede disolver en caso de que el suelo urbanizable no llegue a ser urbano, no habla de un contrato de compraventa firme, sino de una mera promesa de compra.



VI. CONCLUSIONES

1) La validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al criterio de partes. Hacerlo está conduciendo a una deriva ciertamente peligrosa. La voluntad no es *lex inter partes*.

2) Una condición disolutiva objetiva no puede provocar la extinción del contrato, porque vulneraría los principios de accidentalidad y de determinación del objeto de un contrato.

3) Las distintas evoluciones de un mismo bien, siempre que estén suficientemente definidas en nuestro ordenamiento jurídico, hacen a cada una de dichas fases susceptible de ser objeto de distintos acuerdos y de sus consecuentes efectos jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

Derecho Civil: Contratos [en línea]. <http://dcivilcontratos.blogspot.com.es/2009/03/3-elementos-accidentales-del-contrato_03.html> [Consulta: 27 marzo 2014]

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

Enciclopedia jurídica [en línea], Ed. Unión Postal Universal, Berna. <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/condicion/condicion.htm>> [Consulta: 27 marzo 2014]

HERNÁNDEZ, L., «La relación jurídica», en *Temas de Derecho* [en línea]. <<http://temasdederecho.wordpress.com/2012/04/04/la-relacion-juridica/>> [Consulta: 26 marzo 2014]

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto edición del Código Civil.

VERDA Y BEAMONTE, J. R. de, *Derecho Civil II*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- (1) La intención (*in-tendere*) es una tendencia interna del acto hacia el resultado en el *post acto*, como el dolo, y a diferencia del propósito (*pro-possitum*), que se busca tras lo que sigue al resultado, esto es, la *con-secuencia*, que a veces concurre o no (*v. gr.* el lucro, que, a mi juicio, en modo alguno es un *ánimus* del acto, razón por la cual el acto mercantil carecería de sustantividad propia).
- (2) No existiría, en consecuencia, un conflicto de intereses, sino de intenciones o propósitos, según los casos. El interés une, no distingue. Con independencia de

ello, lo cierto es que con posterioridad el término se per-virtió, utilizándose incluso para sustituir a la palabra *usura* (por el uso del dinero).

- (3) Etimología: del griego *étimos* y *logos* ('la verdad de la palabra').
- (4) Es constante el recurso de la doctrina y la jurisprudencia modernas a la falsa traducción al latín de expresiones que en el Derecho romano jamás se conocieron, como para dar mayor legitimidad a las mismas: véase la propia *conditio iuris*, las adquisiciones *a non domino*, la culpa *in eligendo* e *in vigilando* o la excepción *non rite adimpleti contractus*.
- (5) El comodín puede hacer, según las reglas de muchos juegos de naipes, de cualquier carta. Pero no por ello se convierte en dicha carta.
- (6) *Vid.* ARISTÓTELES, *Metafísica*, libro I.
- (7) En mi caso, en los arts. 9 y ss. de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, urbanística valenciana.
- (8) A la potencialidad acude el Derecho en innumerables ocasiones. Sin ir más lejos, la propia comerciabilidad de un bien (*res intra o extra commercium*) está, en definitiva, basada en la mayor o menor potencialidad que puede tener un bien (pistola de juguete) de cara a un uso lícito en el comercio efectivo.

El Reglamento de Blanqueo de Capitales y la actuación notarial

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL NOTARIO COMO SUJETO OBLIGADO
- III. LAS OBLIGACIONES DEL NOTARIO
- IV. PERSONAS CON RESPONSABILIDAD PÚBLICA
- V. OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN
- VI. CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS
- VII. PROHIBICIÓN DE REVELACIÓN
- VIII. OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LOS MEDIOS DE PAGO
- IX. OBLIGACIONES NO RECOGIDAS EN LA LEY

I. INTRODUCCIÓN

El BOE publicó, el pasado día 6 de mayo, el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, Reglamento de la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, que desarrolla la Ley 10/2010, de 28 de abril, la cual, a su vez, transpuso la Directiva 2005/60/CE, o Tercera Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, de



26 de octubre de 2005, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE, de la Comisión, de 1 de agosto de 2006.

Cuatro años ha tardado el legislador en elaborar el Reglamento y menos de veinticuatro horas da a sus destinatarios (los «*sujetos obligados*», en la terminología aquí utilizada) para su conocimiento y debida aplicación, puesto que el Real Decreto determina su entrada en vigor el mismo día de su publicación en el BOE, reduciendo así la *vacatio legis* a su mínima expresión.

Previamente a la aprobación del Reglamento, la Disposición Final 6.^a de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, había introducido algunas modificaciones en la Ley 10/2010, que en cierto modo, «abrirían el camino» a alguna de las novedades que en este se introducen. El nuevo Reglamento deroga el anterior, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio (algunas de cuyas disposiciones se incorporaron en su día a la nueva Ley), pero



deja en vigor determinadas normas de desarrollo del mismo, en cuanto no se opongan al nuevo (e incluso, temporalmente, alguna previsión del antiguo Reglamento), destacando entre estas:

- La Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado.
- La Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.
- La Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

Es necesario que las órdenes ministeriales se modifiquen para concretar los términos excesivamente genéricos en que aparecen configuradas las obligaciones del Notario y las dudas sobre la aplicabilidad de algunas de sus disposiciones

El Gobierno ha anunciado ya que el Ministerio de Economía va a ir modificando las órdenes ministeriales sobre sujetos y productos para adaptarlas al nuevo Reglamento. Esta es, en relación con la actividad notarial, una necesidad urgente, dados los términos excesivamente genéricos en que aparecen configuradas las obligaciones del Notario en la normativa señalada y las dudas sobre la aplicabilidad de algunas de sus disposiciones. A la espera de dicha modificación, parece en todo caso imprescindible una aproximación a la situación creada con la publicación del Reglamento.

II. EL NOTARIO COMO SUJETO OBLIGADO

La consideración del Notario como sujeto obligado deriva de lo previsto en el art. 2.1 de la Ley, según el cual: «La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados: [...] n) Los notarios y los registrado-

FICHA TÉCNICA



Resumen: El BOE publicó, el 6 de mayo, el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, Reglamento de la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo. El nuevo Reglamento deroga el anterior, pero deja en vigor determinadas normas de desarrollo del mismo, en cuanto no se opongan al nuevo (e incluso, temporalmente, alguna previsión del antiguo Reglamento), destacándose una serie de órdenes ministeriales que habrán de ser modificadas sobre sujetos y productos para adaptarlas al nuevo Reglamento. Esta es, en relación con la actividad notarial, una necesidad urgente, dados los términos excesivamente genéricos en que aparecen configuradas las obligaciones del Notario en la normativa señalada y las dudas sobre la aplicabilidad de algunas de sus disposiciones. A la espera de dicha Orden Ministerial, parece en todo caso imprescindible una aproximación a la situación creada con la publicación del Reglamento. Es esta, pues, la pretensión del presente trabajo.

Palabras clave: Derecho Financiero, blanqueo de capitales, Derecho Notarial.

Abstract: On 6 May, the Official State Gazette (BOE) published Royal Decree 304/2014 of 5 May: the Regulations of the Law on the Prevention of Money Laundering and the Funding of Terrorism. The new Regulations repeal the previous Regulations, but leave certain implementing provisions in force, in so far as they do not contradict the new Regulations (and also, on a temporary basis, some provisions of the former Regulations), highlighting a series of ministerial orders which will need to be amended in connection with persons bound and products in order for them to conform to the new Regulations. With regard to notarial activities, this is an urgent need, given the excessively generic terms in which the duties of notaries are couched in the said Regulations and the doubts over the applicability of some of the provisions. As we wait for the said Ministerial Order, it seems in any event essential that there should be an approximation to the situation created with the publication of the Regulations. As such, this is the aim of this work.

Keywords: Financial Law, money laundering, Notarial Law.

res de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles».

Como es bien sabido, esta norma dio lugar en su momento a muchas discusiones, habida cuenta de que la regulación anterior, contenida en los arts. 2.2 de la Ley 19/1993 y 2.2.d) del Reglamento de 9 de junio de 1995, concretaba la consideración de notarios, abogados y procuradores como sujetos pasivos a determinados supuestos⁽¹⁾, lo que también hace el art. 2 de la Directiva 2005/60, de 26 de Octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo⁽²⁾. Ya el Preámbulo de la Ley parece rechazar la tesis de que la misma esté rebasando el contenido de la Directiva, al calificar a esta como una norma «de mínimos», que justifica que la Ley contenga disposiciones más rigurosas.

Desde este punto de vista, la principal novedad contenida en el Reglamento aparece en su art. 3 («Actividades excluidas»), que contiene un n.º 2 relativo a «los actos notariales y registrales que carezcan de contenido económico o patrimonial o no sean relevantes a efectos de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. A tal efecto, mediante Orden del Ministro de Economía y Competitividad, previo informe del Ministerio de Justicia, se establecerá la relación de tales actos».

Con ello parecen solventarse las dudas respecto del alcance de dicha consideración, puesto que la concreción que se hacía en la antigua norma reglamentaria y en la Orden EHA 114/2008 debe entenderse sustituida por esta norma de exclusión objetiva, que, por oposición, entiende incluidas cualesquiera otras operaciones.

Sin embargo, ya este art. 3 R plantea alguna duda. Es indudable la relación que la referencia a los actos que carezcan de contenido económico o patrimonial tiene con aquellos otros artículos que, como vamos a ver, excluyen la aplicabilidad de algunas obligaciones (o «medidas de diligencia debida») en supuestos en los que no se alcancen determinados umbrales económicos. Por otro lado, el art. 7.1 de la Ley (7.1 L) dispone que «en todo caso los sujetos obligados aplicarán las medidas de diligencia debida cuando concurren indicios de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, con independencia de cualquier excepción, exención o umbral, o cuando existan dudas sobre la veracidad o adecuación de los datos obtenidos con anterioridad».

Deberá confirmarse, por tanto, si la prevalencia de esta norma legal («en todo caso») se dará también en relación con los supuestos de documentos sin contenido

económico o de importe inferior a los umbrales marcados en los artículos que luego se dirán. Quizá sea posible una interpretación diferente según los dos casos. De este modo:

- Respecto de aquellos supuestos a concretar por Orden Ministerial, dados los términos del art. 3 R («no estará sujeta a la Ley...», «quedarán asimismo excluidos...»), debería entenderse no aplicable el art. 7.1 L, puesto que, para apreciar con base en el mismo los indicios o dudas a que se refiere, resulta imprescindible un examen que no procede si la actividad está efectivamente excluida.
- Por el contrario, en los supuestos excluidos por umbral económico, la concreta «medida de diligencia debida» a que los preceptos reglamentarios se refieren debería practicarse, no obstante la previsión de exclusión contenida en estos, si se dan los supuestos del art. 7.1 L.

III. LAS OBLIGACIONES DEL NOTARIO

Las **obligaciones más importantes** que afectan al Notario en este ámbito se clasifican en los siguientes grupos:

- Medidas de diligencia debida
- Obligaciones de información
- Obligaciones de conservación
- Medidas de control interno
- Control de medios de pago

Las medidas de diligencia debida hacen referencia a la identificación formal, la del titular real y la constancia del propósito e índole de la relación de negocios

Las **medidas de diligencia debida** hacen referencia a la identificación formal, la del titular real y la constancia del propósito e índole de la relación de negocios. En relación con las mismas, existe, junto con una regulación específica, una aplicabilidad (en mayor o menor grado) de lo que la Ley y el Reglamento califican como «medidas simplificadas» o «reforzadas», en función del riesgo del supuesto de hecho. Todo lo cual da lugar a que (al margen de lo que deba

acabar por determinarse respecto de esas *actividades excluidas* a que se refiere el art. 3 R) existan casos en los que alguna o algunas de dichas medidas puedan (o incluso deban) no aplicarse y, por el contrario, otros en los que deberán aplicarse siempre.

Entre estos últimos, ya hemos señalado la norma del art. 7.1 L, relativa a los casos de indicios en el supuesto de hecho o dudas sobre la veracidad o adecuación de los datos. Esta obligación se reitera en el art. 12 R, con referencia específicamente a los deberes de identificación formal y del titular real, pero incluyendo una norma cautelar en su párrafo segundo que establece: «No obstante, en estos casos, los sujetos obligados deberán tener en cuenta el **riesgo de revelación, pudiendo omitir la práctica de las medidas de diligencia debida previstas en el párrafo precedente cuando consideren razonablemente que revelarían al cliente o potencial cliente el examen o comunicación de la operación**».

La **consecuencia de la imposibilidad de aplicar las medidas** que procediere en cada caso es la prohibición de actuación del Notario, conforme señala el art. 7.3, al disponer que «los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio **ni ejecutarán operaciones** cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida previstas en esta Ley».

1. Identificación formal

1.1. Supuestos excluidos

Hay que tener en cuenta que, si bien la identificación del otorgante es inherente a la función notarial, la misma no se efectúa de forma plenamente coincidente conforme a la normativa notarial y la de prevención a que ahora nos referimos. Por eso es importante señalar cuáles son los supuestos que, por venir excluidos de dicha obligación en esta normativa especial, harán remisión a las formas generales de identificación. La cuestión tiene una relevancia mayor cuando hablamos de la identificación de personas jurídicas, para la que el Reglamento prevé criterios bastante rígidos. En síntesis, tales supuestos pueden ser:

— **De exclusión por razón del importe económico:**

El primero de ellos, claramente relacionado, como decíamos, con la norma gene-

rica del art. 3 R, relativa a las «Actividades excluidas» de la aplicación de la Ley en su conjunto, es el que contiene el art. 4.1 R, según el cual esta obligación se concreta a las «relaciones de negocio o cualesquiera operaciones ocasionales cuyo importe sea igual o superior a **1.000 euros**».

No obstante, hay que hacer algunas observaciones:

- Que, con arreglo a la Disposición Final 3.ª del Real Decreto, esta exclusión no regirá hasta transcurridos seis meses de la publicación del Reglamento en el BOE, es decir, hasta el día 6 de noviembre de 2014.

Hasta ese momento, la Disposición Transitoria 3.ª indica que se seguirán aplicando los umbrales establecidos en el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales⁽³⁾. Lo cual parece remitir al límite de 3.000 euros previsto en el art. 4 del antiguo Reglamento.

— Que, para la apreciación del límite económico que señala la norma, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 2 R, según el cual: «Los umbrales cuantitativos establecidos en este Reglamento serán aplicables con independencia de que se alcancen en una única operación o en varias operaciones ligadas entre sí».

Por otro lado, y conforme a lo dispuesto en el art. 17 R al regular las «medidas simplificadas» de diligencia debida, en los supuestos de los arts. 15 R y 16 R, el sujeto obligado podrá decidir «comprobar **la identidad del cliente** o del titular real únicamente cuando se supere un umbral cuantitativo con posterioridad al establecimiento de la relación de negocios».

La norma, sin embargo, es confusa, pues no se sabe si ese «con posterioridad» está remitiendo a la identificación (que tampoco se nos dice cómo habría de hacerse entonces) o al momento en que se supere ese umbral cuantitativo; umbral respecto del cual, no viniendo establecido, tampoco sabemos qué margen de determinación tiene el sujeto pasivo, si es que tiene alguno.

En todo caso, los supuestos a que se refiere (a los que volveremos al hablar de



las otras dos medidas de diligencia debida) vienen determinados por la naturaleza del cliente y el tipo de operación:

- a) Así, la referencia contenida en el antiguo art. 9 L, modificado por la Ley de Transparencia, a las entidades de Derecho Público, entidades financieras y empresas cotizadas que, respectivamente, formaran parte, estuvieran domiciliadas o cotizaran en alguno de los Estados Miembros de la Unión Europea o de países terceros equivalentes viene ahora recogida en el art. 15 R⁽⁴⁾, si bien añadiendo que no se incluyen, dentro de las entidades financieras, las «entidades de pago»⁽⁵⁾.
- b) En cuanto a operaciones concretas, se trata de las determinadas en el art. 16 R, siendo destacables de entre las mismas, a efectos notariales, quizá únicamente las de las letras h) e i):
 - h) Los contratos de **crédito al consumo por importe inferior a 2.500 euros**, siempre que el reembolso se realice exclusivamente mediante cargo en una cuenta corriente abierta a nombre del deudor en una entidad de crédito domiciliada en la Unión Europea o en países terceros equivalentes.
 - i) Los **préstamos sindicados** en los que el banco agente sea una entidad de crédito domiciliada en la Unión Europea o en países terceros equivalentes, respecto de las entidades participantes que no tengan la condición de banco agente.

En todo caso, el art. 17 R, siguiendo lo ya previsto en el art. 7.1 L, recuerda que **no podrán aplicarse medidas simplificadas** de diligencia debida (por tanto, no podrá omitirse la identificación en la forma prevista) o, en su caso, cesará la aplicación de las mismas cuando concurren o surjan **indicios o certeza** de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo o **riesgos superiores al promedio**.

— **De exclusión por conocimiento del cliente:**

La norma del art. 4.1 R, párrafo tercero, recoge lo que ya permitía el art. 2 de la Orden 114/2008 al señalar que «no será preceptiva la comprobación de la identidad en la ejecución de operaciones cuando **no concurren dudas** respecto de la identidad del interviniente, quede acreditada su parti-

cipación en la operación mediante su firma manuscrita o electrónica y dicha comprobación **se hubiera practicado previamente en el establecimiento de la relación de negocios**».

Ello permitiría, cuando se trate de clientes conocidos y ya previamente identificados, no atender necesariamente a las rigideces de identificación formal que vamos a ver.

— **De exclusión por «riesgo de revelación»:**

Conforme al art. 12 R, al que hemos hecho referencia antes, si bien en los casos de indicios o certeza de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo existe una obligación clara de proceder a la identificación, se podrá «omitir la práctica de las medidas de diligencia debida previstas en el párrafo precedente [identificación formal y del titular real] cuando consideren razonablemente que revelarían al cliente o potencial cliente el examen o comunicación de la operación».

1.2. Requisitos de identificación formal

1.2.1. Documentación fehaciente

La identificación formal tiene que hacerse con carácter previo y mediante documentos fehacientes, considerándose tales los que detalla el art. 6.1 del nuevo Reglamento, a saber:

— Para las PERSONAS FÍSICAS:

- 1) De **nacionalidad española**: el Documento Nacional de Identidad.
- 2) De **nacionalidad extranjera**:
 - 1.º La Tarjeta de Residencia
 - 2.º La Tarjeta de Identidad de Extranjero
 - 3.º El Pasaporte
 - 4.º En el caso de ciudadanos de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, el documento, carta o tarjeta oficial de identidad personal expedido por las autoridades de origen.
 - 5.º El documento de identidad expedido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para el personal de las representaciones diplomáticas y consulares de terceros países en España.

Sin embargo, el Reglamento contiene una norma aplicable tanto a nacionales como a extranjeros, según la cual, excepcionalmente, se podrán aceptar «**otros documentos de identidad personal expedidos por una autoridad gubernamental siempre que gocen de las adecuadas garantías de autenticidad e incorporen fotografía del titular**». Lo cual debería permitir la utilización del Permiso de Conducir expedido por el Estado español.

No cabrá, por el contrario, salvo que se trate de alguno de los supuestos excluidos a que antes nos hemos referido, la aplicación de los medios previstos supletoriamente en la legislación notarial de identificación por la otra parte, por testigos o por cotejo de firma (art. 23 LN).

— Respecto de las PERSONAS JURÍDICAS, existen mayores novedades, puesto que, mientras que el art. 3.3 del antiguo Reglamento preveía para su identificación la presentación de «**documento fehaciente acreditativo de su denominación, forma jurídica, domicilio y objeto social, sin perjuicio de la obligación que proceda de comunicar el número de identificación fiscal (NIF)**», ahora, el art. 6.1 R se refiere a «**los documentos públicos que acrediten su existencia y contengan su denominación social, forma jurídica, domicilio, la identidad de sus administradores, estatutos y número de identificación fiscal**». Las novedades, por tanto, serían:

- a) La no inclusión del objeto entre los datos que deben figurar en el documento público de identificación. Cuestión menor, toda vez que lo ordinario es que haya de reflejarse para la constancia del propósito o índole de la relación de negocios.
- b) La referencia al NIF como elemento que debe constar en el documento público de identificación. Si bien hay que entender que dicha referencia no debería impedir cualquier acreditación que resulte conforme con la normativa reguladora correspondiente, la modificación parece incidir en la obligación de su *acreditación en todo caso*, y no solo de su *comunicación cuando proceda*, tal como establecía el anterior precepto reglamentario.

Recordemos que, con arreglo al art. 156.5º RN, «*deberá hacerse constar el número de identificación fiscal cuando así lo disponga la normativa tributaria [...], en particular,*

en las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria». Previéndose, a falta de dicha acreditación, una mera advertencia y comunicación ulterior. Hay que entender que, siempre que el acto resulte afectado por la normativa que estudiamos, esta previsión queda ahora superada por la exigencia de acreditación.

- c) La inclusión, entre los datos del documento fehaciente de identificación de la persona jurídica, de los relativos a la «*identidad de los administradores*» y los «*estatutos*».

Conforme a una interpretación literal, habrán de presentarse, en todo caso, la escritura o escrituras que contengan los estatutos sociales, sin que baste con que el administrador presente la de su nombramiento o el apoderado la de sus poderes, y ello aun cuando dichos documentos acrediten suficientemente la representación y facultades del compareciente. Es evidente que, desde un punto de vista operativo, tal exigencia supone un considerable atraso, de difícil asimilación por el cliente de la oficina notarial y sin que se aprecie cuál es la razón de ser de esta exigencia, tratándose de datos que están (y seguirán estando en caso de necesitarse su comprobación en cualquier momento ulterior) en el Registro Mercantil.

Precisamente este n.º 1 añade que «*en el caso de personas jurídicas de nacionalidad*

española, será admisible, a efectos de identificación formal, certificación del Registro Mercantil provincial aportada por el cliente u obtenida mediante consulta telemática». Norma esta innecesaria y que, además, dejaría fuera la admisibilidad de la nota simple telemática, más económica y rápida en su obtención, si bien es cierto que no incorpora (cuando menos, de modo habitual) los estatutos de la sociedad.

1.2.2. Identificación en la representación legal o voluntaria

Al hilo de lo previsto en su párrafo primero, el n.º 2 del mismo art. 6 continúa: «*En los casos de representación legal o voluntaria, la identidad del representante y de la persona o entidad representada será comprobada documentalmente. A estos efectos, deberá obtenerse copia del documento fehaciente a que se refiere el apartado precedente correspondiente tanto al representante como a la persona o entidad representada, así como el documento público acreditativo de los poderes conferidos*». E insiste: «*Será admisible la comprobación mediante certificación del Registro Mercantil provincial, aportada por el cliente u obtenida mediante consulta telemática*».

La especialidad de esta norma, comparada con la general del art. 4.1 («*identificarán y comprobarán, mediante documentos fehacientes...*»), consiste en la referencia a la identificación «*tanto del representante como de la persona o entidad representada*». Consecuentemente, de la misma deriva la necesidad de obtener copia de los documentos fehacientes de identificación:

- 1) De la persona física representada, que, por definición, no será el compareciente, quien es dudoso que sea consciente de la necesidad que ahora se le impone para poder ejercitar las facultades para las que está legitimado.

La cuestión no reviste mayor importancia si el Notario autorizante, consciente de la existencia de la norma, advierte al poderdante. Pero eso, que es perfectamente asumible tratándose de Notario español, va a resultar excepcional en caso de autorización por Notario extranjero.

- 2) Del documento fehaciente de identificación de la persona jurídica representada, con las características que en relación con su contenido veíamos antes (administradores, estatutos).

La especialidad de esta norma consiste en la referencia a la identificación «tanto del representante como de la persona o entidad representada». Consecuentemente, de la misma deriva la necesidad de obtener copia de los documentos fehacientes de identificación de la persona física representada

De dichos documentos, y de la escritura de apoderamiento o (entendemos) de nombramiento de administrador, habrá de guardar copia el Notario, conforme a la citada norma del art. 28 R.

1.2.3. Supuestos especiales de identificación formal

El art. 6.3 R extiende la obligación de identificación formal a «*todos los partícipes de las entidades sin personalidad jurídica*», salvo que no ejerzan actividades económicas. De acuerdo con lo cual resultaría que, en caso de otorgamiento por el representante de una UTE, debería aportarse la reseñada documentación (con inclusión, insistamos, de los estatutos y el nombramiento de administrador) de todas las sociedades que la integran.

El mismo número incluye, finalmente, normas específicas relativas a la identificación en caso de fondos de inversión o de





«fideicomisos anglosajones (trusts)» u otros «instrumentos jurídicos análogos».

1.2.4. Vigencia de la documentación fehaciente

Señala el n.º 4 del art. 6 R que «los documentos de identificación deberán encontrarse en vigor en el momento de establecer relaciones de negocio o ejecutar operaciones ocasionales. En el supuesto de personas jurídicas, la vigencia de los datos consignados en la documentación aportada deberá acreditarse mediante una declaración responsable del cliente».

2. Identificación del titular real

2.1. La base de datos de titularidad real

Conviene empezar por llamar la atención sobre la importante norma contenida en el art. 9.6 R, según el cual «para el cumplimiento de la obligación de identificación y comprobación de la identidad del titular real [...] los sujetos obligados **podrán acceder a la base de datos de titularidad real del Consejo General del Notariado**, previa celebración del correspondiente acuerdo de formalización».

Al margen de la responsabilidad que se deriva del hecho de que la identificación por parte de otros sujetos obligados pueda descansar en la que previamente haya sido hecha por un Notario (lo que, de hecho, ya sucedía cuando el cliente aportaba a aquellos el acta de titularidad real), la utilización de dicha base de datos debería suponer una facilitación del cumplimiento de esta obligación, en primer lugar, para los propios notarios. Debe por ello extremarse el celo en que la información que se suministre al Consejo General del Notariado resulte veraz, y en que su procesamiento y puesta a disposición cumpla con los requisitos precisos para cumplir con la finalidad prevista.

2.2. Supuestos excluidos

Dos de los grupos de supuestos excluidos de la obligación de identificación formal que veíamos antes se presentan también en el ámbito de la identificación del titular real. Así, puede hablarse:

— **De exclusión por razón del importe económico:**

La Disposición Final 6.ª de la llamada Ley de Transparencia (19/2013, de 9 de diciembre) introdujo, en el art. 7 L, un n.º 6, con arreglo al cual «reglamentariamente podrá autorizarse la no aplicación de todas o algunas de las medidas de diligencia debida o de conservación de documentos en relación con aquellas operaciones ocasionales que no excedan de un umbral cuantitativo».

Y el Reglamento, en ejercicio de la potestad que otorga al legislador dicho artículo, restringe, en su art. 9.1, la necesidad de identificación del titular real a las «operaciones ocasionales por **importe superior a 15.000 euros**».

Cabe hacer aquí, en todo caso, las mismas observaciones que antes en relación con la entrada en vigor de dicha norma (Disposición Final 3.ª y Disposición Transitoria 3.ª del Real Decreto) y el límite de cómputo que señala el art. 2 R.

Asimismo, resulta aplicable la previsión contenida en el art. 17 R en relación con los clientes del art. 15 R y las operaciones del art. 16 R, en tanto que permiten al sujeto obligado decidir «comprobar la identidad del cliente **o del titular real únicamente cuando se supere un umbral cuantitativo con posterioridad al establecimiento de la relación de negocios**».

Nos remitimos también en este punto a los comentarios hechos al hablar de la identificación formal (en particular, en relación con la dificultad de interpretación de la norma) y a la imposibilidad de aplicación de estas medidas simplificadas cuando concurren o surjan **indicios o certeza** de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo o **riesgos superiores al promedio**.

— **De exclusión por «riesgo de revelación»:**

La posibilidad que contempla el art. 12 R, antes comentado, se da también en el ámbito de la titularidad real, pudiendo el sujeto obligado decidir no realizar la identificación en los casos de indicios o certeza de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, «si se considera razonablemente que se revelaría al cliente o potencial cliente el examen o comunicación de la operación».

2.3. Concepto de titular real

Las novedades contenidas en el Reglamento respecto de la regla general del art. 4.2 L⁽⁶⁾ serían:

— La introducción de un nuevo supuesto de personas físicas que pueden llegar a tener la consideración de titulares reales del cliente persona jurídica, recayente en el administrador o administradores de la misma, o, si dicho administrador es, a su vez, otra persona jurídica, en la persona física nombrada por esta. Así resulta del art. 8.b) R, debiendo señalarse al respecto:

- a) Que dicho supuesto es **supletorio** de los que con carácter principal resultan del art. 4.2 L y del mismo art. 8.b) R, y solo se aplicará «cuando **no exista una persona física que posea o controle, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de la persona jurídica, o que por otros medios ejerza el control, directo o indirecto, de la persona jurídica**».
- b) Que el mismo opera a modo de **presunción** susceptible de prueba en contrario.
- c) Que, no obstante, para el Reglamento esta circunstancia no altera la calificación inicial en esos casos del administrador como titular real, dados los términos de la Disposición Transitoria 4.ª, que señala: «En relación con los clientes existentes a la fecha de entrada en vigor del Reglamento, la inclusión por los sujetos obligados en sus archivos de clientes de **los administradores como titulares reales de las personas jurídicas en los supuestos contemplados en el artículo 8.b) de este reglamento se realizará en el plazo máximo de dos años a contar desde la entrada en vigor de este Reglamento**».
- d) Que las **consecuencias prácticas** de todo ello serían:
 - i) La necesidad de que la identificación de los administradores como titulares reales venga precedida de la confirmación por parte de los clientes de la inexistencia de otras personas físicas que lo sean porque «posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión» (art. 4 L).

- ii) La conveniencia de dejar constancia de que dicha identificación resulta de una presunción legal, y no de una declaración del compareciente respecto de la realidad de la misma; el compareciente debería confirmar, eso sí, la identidad del o de los administradores.

La Ley no resulta en absoluto clara a la hora de determinar cómo debe identificar el Notario al titular real, limitándose a hablar en el art. 4 de la obligación de adoptar «medidas adecuadas» y de «recabar información» para comprobar la estructura de propiedad o control

- e) Que la obligación de actualización de archivos en el plazo de dos años a que se refiere la Disposición Transitoria 4ª R (y sin entrar ahora en las dificultades de todo tipo que dicha actualización conlleva), unida a la presunción introducida, implica, de momento, la imposibilidad de aceptar como suficiente la presentación de una anterior acta de identificación en la que se hubiere indicado la inexistencia de titular real por no haber personas físicas que reunieran los requisitos del art. 4 L.
- f) Una presunción similar a la anterior se contiene en la letra c) del mismo art. 8 R en relación con los «instrumentos⁽⁷⁾ o personas jurídicas que administren o distribuyan fondos» y en relación con las fundaciones y asociaciones, aunque, en estos casos, la presunción inicial recae sobre los miembros del Patronato, o de la Junta Directiva, que controlen o posean un 25 % o más de los derechos de voto.

2.4. Procedimiento de identificación del titular real

La Ley no resulta en absoluto clara a la hora de determinar cómo debe identificar el Notario al titular real, limitándose a hablar en el art. 4 de la obligación de adoptar «medidas adecuadas» y de «recabar información» para comprobar la estructura de pro-

piedad o control⁽⁸⁾. El Reglamento, en sus arts. 9.1, 9.2 y 9.3, añade a dicha obligación genérica algunas indicaciones concretas, pero sigue utilizando una terminología un tanto difusa a la hora de referirse a supuestos especiales y a las medidas que los mismos requieren. Unos y otras aparecen de nuevo en la sección relativa a las «Medidas reforzadas de diligencia debida» (arts. 19 y 20). Aunque hubiera sido deseable una mejor sistematización en la regulación y la utilización de términos cuya equivalencia no suscitara ninguna duda, parece que de una interpretación conjunta de ambos bloques normativos resultaría defendible el siguiente esquema de actuación:

Procedimiento ordinario

La «adopción de medidas adecuadas» al efecto de determinar la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas (arts. 4.4 L y 9.3 R) y de recabar «la información precisa o necesaria» al efecto (art. 4.3 L y 9.3 R) que, sin concretar el modo en que debe obtenerse la misma, ya señalaba la Ley y reitera el Reglamento, quedaría concretada, «con carácter general», en la «**declaración responsable**» que deberá hacer el cliente conforme establece ahora el art. 9.1 R, lo cual confirma, por lo demás, lo que había venido siendo el entendimiento general de la norma.

Que dicho artículo obligue a estos efectos a los administradores de las sociedades u otras personas jurídicas a «obtener y mantener información adecuada, precisa y actualizada sobre la titularidad real de las mismas» no limita a los administradores la legitimación para realizar tal declaración, debiendo entenderse que esa legitimación la atribuye la Ley a cualquier representante, que, por el mero hecho de serlo y de pretender como tal efectuar un otorgamiento ante Notario, viene obligado a ello por la propia Ley.

Procedimiento reforzado

1. Supuestos:

Como decía antes, tanto la determinación de los supuestos sujetos a medidas reforzadas como la caracterización de estas requiere una mejor sistematización, que confiamos venga hecha en la necesaria Orden Ministerial aplicable a la actuación notarial. Sin embargo, también puede comprobarse, estudiando los distintos artículos legales y

reglamentarios relacionados, la aparición en todos ellos de un elemento, por lo demás, claramente esperable: el de «riesgo más elevado» o «superior al promedio».

Las «Medidas reforzadas de diligencia debida» venían ya previstas en la Ley (art. 11 y ss.) para una serie de supuestos entre los cuales el único que podía afectar directamente a la actividad del Notario es el de intervención de persona con responsabilidad pública, al que nos referiremos más adelante.

Sin embargo, dicho art. 11 L establece dos previsiones adicionales:

- La primera, relativa a «cualquiera otros que, por presentar un alto riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, se determinen reglamentariamente».
- La segunda, relativa a aquellos en que ese mayor riesgo pueda apreciarse por el sujeto obligado de acuerdo con el análisis de riesgo que debe efectuar el mismo. Esta obligación dio lugar a la elaboración por el OCP de la *Tabla de indicadores de riesgo* que se contiene en el manual correspondiente.

Ahora el Reglamento insiste en esta materia, a la que dedica la Sección 3.ª del Capítulo II (arts. 19 a 22), que contiene la regulación genérica sobre «Medidas reforzadas». Así, el art. 19 R se refiere también, en su n.º 1, a aquellos casos que presenten un «riesgo más elevado». Y, a continuación, para su determinación, efectúa, en los dos números siguientes, el desarrollo de las citadas dos previsiones contenidas en el art. 11 L:

- 1) Así, en el art. 19.2, habla de la aplicación de dichas medidas «en todo caso», en una serie de supuestos entre los que destacan los de las letras:

d) **Sociedades con acciones al portador** que estén permitidas conforme a lo dispuesto en el artículo 4.4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

e) **Clientes de países, territorios o jurisdicciones de riesgo**, o que supongan transferencia de fondos de o hacia tales países, territorios o jurisdicciones.

f) **Transmisión de acciones o participaciones de sociedades preconstituidas**, sin actividad económica real, para su posterior transmisión a terceros.



2) Y en el n.º 3 se refiere a aquellos que determine el propio sujeto obligado, con base en la consideración de, entre otros, los siguientes factores:

a) Características del cliente:

- 1.º Clientes no residentes en España.
- 2.º Sociedades cuya estructura accionarial y de control no sea transparente o resulte inusual o excesivamente compleja.
- 3.º Sociedades de mera tenencia de activos.

b) Características de la operación, relación de negocios o canal de distribución:

- 1.º Relaciones de negocio y operaciones en circunstancias inusuales.
- 2.º Relaciones de negocio y operaciones con clientes que empleen habitualmente medios de pago al portador.
- 3.º Relaciones de negocio y operaciones ejecutadas a través de intermediarios.

Esta regulación genérica que el Reglamento dedica a las «Medidas reforzadas de diligencia debida» debe compararse necesariamente con la específicamente contenida en el ámbito de la determinación del titular real, en la que el art. 9 R hace una referencia a los supuestos que darían lugar a este procedimiento reforzado:

- Cuando el cliente, el titular real, la relación de negocios o la operación presenten **riesgos superiores al promedio**. (art. 9.1 R).
- Cuando existan indicios de que **la identidad del titular real declarada por el cliente no es exacta o veraz** [art. 9.2.a) R].
- Cuando concurren circunstancias que determinen el **examen especial** de conformidad con el art. 17 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, o la **comunicación por indicio** de conformidad con el art. 18⁽⁹⁾ [art. 9.2.b) R].

Para intentar entender cómo afecta todo ello a la actuación notarial, creo que hay que reparar:

— En que tanto el art. 9.1 R, al hablar en concreto de la titularidad real, como el art. 19.1 R, al referirse en general a las «medidas reforzadas», imponen estas cuando exista ese riesgo «elevado» o «superior al promedio» para, a continuación, señalar en concreto determinados casos en su respectivo n.º 2.

— En que, si se examinan los arts. 17 L y 18 L, a los que el art. 9.2.b) R se remite para determinar esos supuestos de aplicación «en todo caso», comprobamos la generalidad de los términos utilizados al referirse a las circunstancias⁽¹⁰⁾ que dan lugar al examen especial y comunicación que en ellos se regula, así como la índole de las mismas.

Todo ello parece provocar una suerte de bucle que acabaría reduciendo los supuestos de aplicación de este procedimiento reforzado:

— A los casos de existencia de un **riesgo más elevado** de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, que, en nuestro caso, vendría determinada por la apreciación de alguno de los indicadores de riesgo de la *Tabla* elaborada por el OCP. Teniendo en cuenta que dicha *Tabla* deberá revisarse con arreglo a los criterios del art. 19.3 R e incluir, en todo caso (y de no incluirlos, el Notario habrá de tenerlos en cuenta), los supuestos previstos en el art. 19.2 R sobre acciones al portador, territorios de riesgo y sociedades preconstituidas.

— Al lado de dicho supuesto general, deberían aplicarse también las medidas reforzadas conforme al art. 9.2.a) R, siempre que el Notario estime que hay **indicios** de que la identidad del titular real declarada por el cliente **no es exacta o veraz**.

Por lo que se refiere a las actuaciones en que consiste este «procedimiento reforzado», el art. 9.1 R se refiere a la obligación de obtener documentación adicional o información de fuentes fiables independientes

2. Medidas:

Por lo que se refiere a las actuaciones en que consiste este «procedimiento reforza-

do», el art. 9.1 R se refiere a la obligación de obtener documentación adicional o información de fuentes fiables independientes.

Existen en el manual del OCP instrucciones relativas a esa **documentación adicional**, mientras que la referencia a la información que pueda ser suministrada por «**fuentes fiables independientes**» nos remitiría de nuevo, entre otras posibilidades, a la que pudiere constar en la base de datos de titularidad real del Consejo General del Notariado.

Dichas actuaciones se reiteran en la regulación general relativa a las «Medidas reforzadas de diligencia debida», al señalar el art. 20 R que «*los sujetos obligados comprobarán en todo caso las actividades declaradas por sus clientes y la identidad del titular real, en los términos previstos en los artículos 9.1 y 10.2*».

Pero, a continuación, dicho art. 20 añade que «**adicionalmente se aplicarán, en función del riesgo, una o varias de las siguientes medidas**», desgranando hasta once actuaciones⁽¹¹⁾, entre las que destacamos:

c) *Obtener documentación o información adicional sobre el origen de los fondos.*

d) [...] *sobre el origen del patrimonio del cliente.*

j) *Exigir que los pagos o ingresos se realicen en una cuenta a nombre del cliente, abierta en una entidad de crédito domiciliada en la Unión Europea o en países terceros equivalentes.*

k) *Limitar la naturaleza o cuantía de las operaciones o los medios de pago empleados.*

3. Trusts e instrumentos jurídicos análogos:

El art. 9.5 R contiene normas concretas en relación con la obligación de comprobar la identidad del fideicomitente, de los fideicomisarios, del protector, de los beneficiarios o clases de beneficiarios y de cualquier otra persona física que ejerza el control efectivo final sobre el fideicomiso anglosajón o *trust*, o instrumento jurídico análogo.

2.5. La obligación de abstención

Conforme a los arts. 4.4 L y 9.3 R, la imposibilidad de determinar la estructura de



propiedad o de control conlleva la obligación de abstención, que, en el caso del Notario, se traduce en la no autorización del documento.

Una y otra norma contienen, por otro lado, referencias a supuestos concretos:

- El art. 4.4 L, a las sociedades cuyas acciones estén representadas mediante **títulos al portador**, respecto de las cuales dice: «Se aplicará la prohibición anterior salvo que el sujeto obligado determine **por otros medios** la estructura de propiedad o de control. Esta prohibición no será aplicable a la conversión de los títulos al portador en títulos nominativos o en anotaciones en cuenta».

Acabamos de ver que el art. 19.2.d) R incluye dicho supuesto entre los que requieren, «en todo caso», la aplicación de las medidas reforzadas. Por ello, relacionando una y otra norma, parece que hay que concluir:

- a) Que la prohibición contemplada en el art. 4.4 L es relativa e implicará que no basta con la «*declaración responsable*» que, como medio general, señala el art. 9.1 R ni, en consecuencia, con la aplicación supletoria de la presunción de titularidad real por control de administración.
- b) Que, por tanto, esos «*otros medios*» de los que habla la norma deben suponer la necesidad de aplicación de las medidas reforzadas vistas (documentación adicional o información

de fuentes fiables independientes), además de esas medidas adicionales previstas en el art. 20 R.

- El art. 9.3 R añade a la norma general de abstención otra que puede confundir: «En caso de **resistencia o negativa del cliente** a proporcionar la información o documentación requerida, los sujetos obligados se abstendrán de establecer o mantener la relación de negocios o de ejecutar la operación».

La mención resulta aparentemente innecesaria, porque lo lógico es que, si existe dicha resistencia o negativa, se dé como consecuencia el supuesto general de imposibilidad de determinar el titular real. Pero quizá con ella se pretenda redundar en la idea de que, en tal caso de resistencia o negativa, no cabe la determinación de la titularidad real por otros medios distintos, sino la abstención sin más.

3. *Constancia del propósito e índole de la relación de negocios*

Por seguir la estructura utilizada al comentar las anteriores obligaciones, nos referiremos en primer lugar a los supuestos en que no es exigible la constancia del propósito e índole de la relación de negocios.

3.1. *Supuestos excluidos*

Vienen constituidos en este caso de modo exclusivo por aquellos en que intervienen los clientes reseñados en el art. 15 R o se trata de las operaciones mencionadas

en el art. 16 R. En cualquiera de dichos casos, prevé el art. 17.1 R que «*los sujetos obligados podrán aplicar, en función del riesgo y en sustitución de las medidas normales de diligencia debida, una o varias de las siguientes medidas: [...] d) No recabar información sobre la actividad profesional o empresarial del cliente, infringiendo el propósito y naturaleza por el tipo de operaciones o relación de negocios establecida*».

Damos por reproducidos, en relación con dichos supuestos, los comentarios hechos al hablar de la identificación formal.

Sorprende un tanto, sin embargo, que el Reglamento no contemple en este ámbito el «riesgo de revelación», es decir, la posibilidad, que en relación con la identificación formal o la titularidad real sí existe (art. 12 R), en caso de indicio o certeza, de «*omitir la práctica de las medidas de diligencia debida cuando consideren razonablemente que revelarían al cliente o potencial cliente el examen o comunicación de la operación*».

Eso significará que, en principio, siempre habrá de recogerse la manifestación del cliente sobre su actividad profesional o empresarial. Pero, además, si se duda de la veracidad de dicha manifestación o si existe un indicador de riesgo, deberá obtenerse documentación complementaria o información externa, y ello aunque tengamos indicios o certeza de blanqueo o financiación del terrorismo y aun cuando consideremos que efectuar dicha comprobación supone incurrir en ese «riesgo de revelación».

3.2. *Procedimiento de actuación*

La obligación que comentamos viene ya prescrita en el art. 5 L y se traduce en **recabar y comprobar razonablemente** la información sobre la naturaleza de la actividad profesional o empresarial del cliente.

Sin embargo, ahora del art. 10 R resulta con más claridad que se trata de obligaciones diferentes, que se aplican en supuestos distintos, dando lugar a actuaciones similares a las que en el ámbito de la titularidad real hemos calificado como *procedimiento ordinario* y *procedimiento reforzado*, distinción que seguiremos también aquí.

Procedimiento ordinario

Consiste en la obligación de recabar información que venía ya recogida, en los



mismos términos, en el art. 3.5 del Reglamento de 1995, y se concreta en el art. 2.3 de la OEHA 114/2008, al decir que: «Los notarios deberán hacer constar en la escritura, de conformidad con lo previsto en el artículo 156.10.º del Reglamento Notarial, la **profesión o actividad empresarial del otorgante**».

Del redactado de dicho artículo se deduce que basta con recoger las manifestaciones del otorgante respecto de su profesión o negocio habitual, o los de su representado. Dado que la Orden parte del mismo redactado que el contenido en la Ley y (ahora) en el Reglamento, hay que entender que la concreción que en la misma se hace de los términos de esta obligación permanece vigente.

Tratándose de personas jurídicas, y aun cuando ahora el art. 6.1 R, al referirse a los datos que deben figurar en el documento fehaciente de identificación, no menciona el objeto, deberemos entender necesaria la manifestación del mismo para dar cumplimiento a la obligación que comentamos

Por lo demás, tratándose de personas jurídicas, y aun cuando ahora el art. 6.1 R, al referirse a los datos que deben figurar en el documento fehaciente de identificación, no menciona el objeto, deberemos entender necesaria la manifestación del mismo para dar cumplimiento a la obligación que comentamos.

Procedimiento reforzado

1. Supuestos:

En la regulación específica de esta obligación, el Reglamento restringe, en su art. 10.2, la comprobación de la actividad profesional o empresarial a los siguientes **supuestos**, similares a los previstos en el ámbito de la titularidad real:

a) Cuando el cliente o la relación de negocios presenten **riesgos superiores al promedio**, por disposición normativa o porque así se desprenda del análisis de riesgo del sujeto obligado.

b) Cuando del seguimiento de la relación de negocios resulte que las operaciones activas o pasivas del cliente **no se corresponden con su actividad declarada** o con sus antecedentes operativos.

Añadiendo luego en el art. 10.4:

c) Se comprobará en todo caso la actividad declarada cuando concurran circunstancias que determinen el examen especial de conformidad con el **artículo 17 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, o la comunicación por indicio de conformidad con el artículo 18 de la Ley 10/2010, de 28 de abril.**

Lo cual nos reconduce también aquí a esos términos un tanto inconcretos relativos a «operaciones o pautas de comportamiento complejas, inusuales o **sin un propósito económico o lícito aparente, o que presenten indicios de simulación o fraude**» (art. 17 L), o a «**falta de correspondencia ostensible** con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes», cuando «no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones» (art. 18 L).

Junto con esta previsión específica, resulta aplicable la relativa a las medidas reforzadas de diligencia debida contenida en los arts. 19 R y 20 R, que hablan, como hemos visto, de los casos de «**riesgo más elevado**» o de «**riesgo superior al promedio**».

Dada la similitud que la regulación, como vemos, presenta con la que se contiene en el ámbito de la titularidad real, parecería que dichos supuestos serán también aquí subsumibles en dos:

- 1) Cuando exista un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo [arts. 10.2.a), 10.4 y 19.1 R].
- 2) Cuando existan indicios de inexactitud o falta de veracidad en el objeto o actividad declarados por el cliente [art. 10.2.b) R].

Nos remitimos, por ello, a lo comentado al hablar de la titularidad real y, en particular, respecto de la *Tabla de indicadores de riesgo*, a la llamada de atención a lo dispuesto en el n.º 2 y en el n.º 3 del art. 19 R.

2. Medidas:

La comprobación de la información obtenida se llevará a cabo, según el segundo párrafo del art. 5 L, mediante «la obtención

de los clientes de **documentos** que guarden relación con la actividad declarada o la obtención de información sobre ella **ajena al propio cliente**», teniendo en cuenta «el diferente nivel de riesgo».

Estos criterios son ahora mantenidos por el Reglamento en sus arts. 10.3⁽¹²⁾, relativo específicamente a esta obligación, y 20⁽¹³⁾, referente a la aplicación de medidas reforzadas de diligencia debida.

La comprobación consistente en la obtención de **documentación relacionada** puede entenderse hecha exigiendo la presentación de cualquiera de los documentos que habiliten al cliente para el ejercicio de la actividad declarada. En cuanto a la información que pueda ser suministrada por «**fuentes fiables independientes**», sería de gran utilidad la creación, también en este ámbito, de una base de datos centralizada, como al parecer se prevé llevar a cabo.

En todo caso, hay que tener en cuenta la obligación de aplicar una o varias de las **medidas adicionales** a que se refiere el art. 20 R y que se han comentado más arriba, en el punto referente a la titularidad real.

IV. PERSONAS CON RESPONSABILIDAD PÚBLICA

El art. 11 L prevé la concreción reglamentaria de las áreas o actividades en que serían aplicables las medidas reforzadas de diligencia debida, así como la índole de dichas medidas. Unas y otras han sido repasadas en los números anteriores.

Sin embargo, el art. 14 L contiene una norma específica relativa a las operaciones realizadas por personas con responsabilidad pública, así como por sus familiares más próximos y personas reconocidas como allegadas.

Dicho artículo fue objeto de modificación por la Disposición Final 6.ª de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, y desde entonces señala como tales personas con responsabilidad pública no solo a quienes desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes en otros Estados Miembros de la Unión Europea o en terceros países, sino también en el Estado español, incluido el ámbito autonómico.

Tratándose de personas de otros estados, la norma prevé «la **adopción de medidas adecuadas a fin de determinar el origen del patrimonio y de los fondos**»; sin embargo,

en relación con personas de nuestro Estado, dichas medidas se restringen a los casos de «*relaciones de negocio de riesgo más elevado*», circunstancia que, por otro lado, determinará, por sí misma y conforme a lo visto, la aplicación del resto de medidas reforzadas a la hora de dar cumplimiento a las obligaciones estudiadas.

Cabe señalar que, entre las medidas aplicables específicamente a este supuesto, el art. 15 L se refiere a la creación de ficheros donde se contengan los datos identificativos de las personas con responsabilidad pública

Cabe señalar que, entre las medidas aplicables específicamente a este supuesto, el art. 15 L se refiere a la creación de ficheros donde se contengan los datos identificativos de las personas con responsabilidad pública.

V. OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN

5.1. Examen especial, comunicación y deber de abstención

Los hechos u operaciones que, **por su naturaleza**, puedan estar relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo han de ser objeto de un examen especial, según determina el art. 17 L. La primera cuestión es, por tanto, determinar cuáles son esos hechos u operaciones⁽¹⁴⁾, cuestión en la que cobra apoyo normativo la misión del OCP, al que el art. 44 R atribuye, entre otras, la función de «*informar a los funcionarios incorporados sobre tipologías y operaciones de riesgo*».

El «**examen especial**» de dichos supuestos se desarrolla en los arts. 25 R y 26 R. Si de dicho examen resulta indicio o certeza de que la operación está relacionada con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, nacen las dos obligaciones que ya preveía la Ley.

La primera de dichas obligaciones es la de efectuar **comunicación** sin dilación al Servicio Ejecutivo de la Comisión (art. 18 L). Sin perjuicio de dicha comunicación, el art. 19 L impone, en estos casos, una **obligación**

de abstención, salvo cuando ello no sea posible o pueda dificultar la investigación.

Respecto a cuándo hay ese indicio de relación a que se refieren la Ley y el Reglamento, debe servir de referencia la norma dirigida de modo específico a los notarios que se contiene en el n.º 2 de este art. 19, según la cual: «*A efectos de esta Ley, se entenderá por justa causa que motive la negativa a la autorización del Notario o su deber de abstención la presencia en la operación bien de varios indicadores de riesgo de los señalados por el órgano centralizado de prevención o bien de indicio manifiesto de simulación o fraude de ley*».

Junto con la comunicación por indicio, el art. 20 L prevé unos supuestos de **comunicación sistemática** de las operaciones «*que se establezcan reglamentariamente*» o de ausencia de dichas operaciones en un periodo determinado de tiempo. Sin embargo, el Reglamento, al desarrollar ahora dicha obligación en su art. 27, excluye de la misma a una serie de sujetos obligados, entre los que se incluye a los notarios.

5.2. Los procedimientos de control interno

Por lo demás, todas estas obligaciones de información aparecen vinculadas a la previa fijación del «**procedimiento de control interno**» que se desarrolla en los arts. 31 y ss. R.

Esta obligación resulta aplicable a los notarios, si bien con las especificidades que se derivan de la obligatoria existencia del OCP y de su incorporación al mismo.

Digo que resulta aplicable, a pesar de que el art. 31 R, de modo sorprendente, excluye de una parte muy importante de dicha regulación a «*los corredores de comercio [sic] y los sujetos obligados comprendidos en el artículo 2.1 i) a u), ambos inclusive, que, con inclusión de los agentes, ocupen a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocio anual o cuyo balance general anual no supere los 2 millones de euros*».

Pero añado que está determinada por la existencia del OCP, porque, según el art. 44 R, se incluyen, entre las funciones de dicho órgano, las de aprobar las medidas de control interno a aplicar por los funcionarios incorporados (letra h), supervisar el cumplimiento de las mismas (letra i) y desarrollar acciones formativas de los funcionarios y de su personal.

De acuerdo con ello, el art. 44.2.a) R señala que el examen de la operación podrá ser realizado por el OCP «**por petición del funcionario incorporado o como consecuencia del análisis de índices o bases de datos por el órgano centralizado de prevención**. En todo caso, los funcionarios colegiados deberán poner en conocimiento del órgano centralizado de prevención, tan pronto como tengan conocimiento del mismo, **cualquier hecho u operación, con independencia de su cuantía, que, por su naturaleza, pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo**».

Esta norma resulta confusa, principalmente, por el tenor de esa obligación de comunicación, que no se acaba de aclarar si aparece ligada a la petición de examen o se da realmente «*en todo caso*». La lógica habría de llevar, en mi opinión, a entender que si el Notario solicita al OCP la realización del examen especial a que se refiere el art. 17 L (sin perjuicio del que pueda hacer «de oficio» el propio OCP con base en los índices), entraría en juego la obligación de comunicación prevista en la segunda parte; comunicación que debería hacerse «*en todo caso*» y «*tan pronto como tengan conocimiento*», pero a los únicos efectos de realización de dicho examen por el OCP.

Si, por el contrario, el Notario efectúa el examen por sí mismo, la comunicación al OCP se limitaría, ex art. 18 L antes citado, a los supuestos en que de dicho examen resultara la existencia de *indicio o certeza*, que hemos concluido que se dará no en todo caso, sino cuando se aprecien «*varios indicadores de riesgo de los señalados por el órgano centralizado de prevención o bien indicio manifiesto de simulación o fraude de ley*» (art. 19.2 L). Teniendo en cuenta, eso sí, que la obligación de comunicación por indicio resulta obligatoria (art. 18 L) incluso en los casos de «*mera tentativa*» y que, de hecho, ese será el supuesto habitual, dada la obligación de abstención que deriva del art. 19 L.

La Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguló y ordenó la creación del Órgano Centralizado de Prevención en el Consejo General del Notariado, señalando sus funciones principales, pero sin regular su estatuto ni funcionamiento.

El Reglamento señala ahora que el OCP es un órgano establecido por la organización colegial (art. 44.1 R), que es la que debe aprobar «*las políticas y procedimientos de prevención*» (art. 31 R) y, de modo más concreto,



«las directrices, frecuencia y contenido de las inspecciones o acciones específicas de comprobación» del cumplimiento de los procedimientos de control interno [art. 44.2.i) R], además (art. 44.4 R) de «velar para que [el OCP] cuente con los medios humanos, materiales y técnicos necesarios para el adecuado desempeño de sus funciones» (art. 44.4 R).

Sin perjuicio de lo cual el art. 44.3 se preocupa de destacar que «los órganos centralizados de prevención actuarán con plena autonomía técnica, no pudiendo recabar o recibir instrucciones, generales o específicas, de los órganos de la organización colegial a la que se encuentren adscritos».

Entiendo, por lo demás, que la existencia del OCP debería no hacer aplicable a los notarios la norma del art. 23 R, que impone a los sujetos obligados cuyo número anual de operaciones exceda de diez mil «la implantación de modelos automatizados de generación y priorización de alertas».

VI. CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS

La obligación de conservación de los documentos de identificación de los clientes viene impuesta por un periodo de diez años por el art. 25.1 L («con las excepciones que se determinen reglamentariamente»), y deberá cumplirse mediante almacenar «las copias de los documentos de identificación a que se refiere el artículo 3.2 en soportes ópticos, magnéticos o electrónicos que garanticen su integridad, la correcta lectura de los datos, la imposibilidad de manipulación y su adecuada conservación y localización».

Esa obligación es extendida por el Reglamento a **toda la documentación** obtenida o generada en aplicación de las medidas de diligencia debida (art. 28) y a «los documentos en que se formalice el cumplimiento de sus obligaciones de comunicación y de control interno» (art. 29).

Pese a lo previsto en el art. 25.1 L acerca de la conservación en «soportes ópticos, magnéticos o electrónicos», el art. 28 R establece una excepción en relación con los documentos de identificación, señalando que podrán optar por mantener **copias físicas** de los mismos «los sujetos obligados que ocupen a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocio anual o cuyo balance general anual no supere los 2 millones de euros, salvo

aquellos integrados en un grupo empresarial que exceda dichas cifras».

Toda la documentación e información podrá ser requerida por la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o sus órganos de apoyo y «por cualquier otra autoridad pública o agente de la Policía Judicial de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado legalmente habilitado»

Toda esta documentación e información podrá ser requerida por la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o sus órganos de apoyo (art. 2.1 L) y «por cualquier otra autoridad pública o agente de la Policía Judicial de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado legalmente habilitado» (art. 30 R).

VII. PROHIBICIÓN DE REVELACIÓN

El art. 24 L prohíbe revelar al cliente o a terceros las comunicaciones o exámenes que se hicieran o pudieran hacerse en relación con cualquier operación.

Existen, sin embargo, algunos sujetos obligados exceptuados en determinadas circunstancias, entre los que, sorprendentemente, no se incluye a los notarios [art. 2.1.n)], pese a que sí lo están las comunicaciones entre:

- Auditores, contables, asesores fiscales [art. 2.1.m)] y abogados, procuradores y otros profesionales [art. 2.1.n)], cuando ejerzan sus actividades profesionales dentro de la misma entidad jurídica o en una red.
- Miembros de uno u otro grupo, cuando se trate de un mismo cliente y una misma operación en la que intervengan dos o más entidades o personas y se trate de sujetos obligados que estén sometidos a obligaciones equivalentes en lo relativo al secreto profesional y a la protección de datos personales.

La cuestión se hace casi más llamativa si nos fijamos en el párrafo 3 del artículo: «Cuando los sujetos obligados a que se refieren las letras m y n del artículo 2.1 intenten disuadir a un cliente de una actividad ilegal, ello no cons-

tituirá revelación a efectos de lo dispuesto en el apartado primero». Parece, por tanto, que la actuación de cualquier otro sujeto obligado (entre ellos, el Notario) para intentar disuadir a un cliente de una actividad ilegal vinculada a blanqueo de capitales o financiación del terrorismo sí supondría incurrir en la revelación de información prohibida. Es decir, que habrá ocasiones en que el Notario, según hemos ido viendo, estará obligado a averiguar la identidad real del cliente (art. 4), puede que deba abstenerse de autorizar o intervenir la operación (arts. 7.3 o 19), pero no podrá pretender disuadir al cliente de realizarla y, además, tampoco podrá comunicar a cualquier otro Notario que existe en marcha una operación sospechosa, debiendo limitarse a hacer esa comunicación al OCP.

Guarda, por lo demás, relación con esta cuestión la norma del art. 12 R, a la que más arriba hacíamos referencia y que regula el riesgo de revelación en los casos de «indicio o certeza», que pueden llegar a permitir la no aplicación de las obligaciones de identificación formal e identificación del titular real.

VIII. OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LOS MEDIOS DE PAGO

El art. 34 L impone una obligación de declaración de los medios de pago que anteriormente (y en los casos que veremos) habrá de ser comprobada por el Notario y que se refiere al supuesto de:

Personas físicas

que en relación con los **medios de pago** consistentes en metálico, cheques bancarios al portador y cualquier otro medio físico de pago al portador realicen los siguientes movimientos:

a) Salida o entrada en territorio nacional de medios de pago por importe igual o superior a **10.000 euros**.

b) Movimientos por territorio nacional de medios de pago por importe igual o superior a **100.000 euros**.

Al respecto, debe tenerse en cuenta:

- Que se entiende por *movimiento* el mero cambio de lugar o posición que se verifique en el exterior del domicilio del portador.

- Que la declaración referida se efectúa en el conocido modelo S-1, regulado en la Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo.
- Que, según el número segundo de dicha Orden, «durante todo el movimiento los medios de pago deberán ir acompañados de la oportuna declaración y ser transportados por la persona que figure como portador en la misma».

Respecto de la actuación notarial, la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, modificó el art. 24 LN, que incluye, respecto de las «escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el **dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles**, la obligación de “incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportada por los comparecientes cuando proceda presentar esta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales”».

Sin embargo, la Orden 114/2008, de 29 de enero, dirigida específicamente a regular las obligaciones de los notarios, limita en su art. 5 tal obligación a los supuestos en que la cuantía, **sea cual sea su origen**, supere los 100.000 euros, límite que, por tanto, y con independencia de las obligaciones formales de quien efectúe el movimiento, consideramos aplicable al control que del mismo debe efectuar el Notario.

En el Reglamento se regula esta materia en la Sección 1.ª del Capítulo V, arts. 45 y 46, el primero de los cuales establece la intervención de los medios de pago no declarados o declarados con falta de veracidad.

IX. OBLIGACIONES NO RECOGIDAS EN LA LEY

Hacemos referencia en este punto a la obligación contenida en la **Disposición Adicional 1.ª de la Orden 114/2008**, referente a las llamadas *listas negras* de personas y entidades publicadas en resoluciones de organismos internacionales y Reglamentos de la Unión Europea, por las que se les imponen sanciones o medidas restrictivas.

Los términos de la norma son que «los notarios deberán comprobar la eventual coincidencia de las identidades de los otorgantes con las de los destinatarios de aquellas que figuran incluidos en listas públicas oficiales, informando de forma inmediata **a través del OCP** de las

operaciones en las que se produce dicha coincidencia a la autoridad competente que se indica en cada instrumento correspondiente».

Es la Disposición Adicional 1.ª de la Orden 114/2008 la que alude a las llamadas *listas negras* de personas y entidades publicadas en resoluciones de organismos internacionales y Reglamentos de la Unión Europea

En su momento, entendimos, siguiendo la opinión expuesta por J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER en la revista *El Notario del Siglo XXI*, que el deber de comunicar no implica el de paralizar la operación. Y que la expresión «a través del OCP» debería permitir que la comunicación se haga mediante el cruce de la información correspondiente con el programa del Índice Único. En cualquier caso, es necesario atender a los criterios interpretativos de dicha norma que se contienen en el manual del OCP, así como a la remisión que del mismo resulta a la lista consolidada y actualizada de personas sujetas a bloqueo de fondos.

- (1) «1. Cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (trust), sociedades o estructuras análogas, o
2. Cuando actúen en nombre y por cuenta de clientes, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.»
- (2) «Artículo 2.
1. La presente Directiva se aplicará a:
3) las siguientes personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión:
b) Los notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a:
— La compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales.
— La gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente.

— La apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores.

— La organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas.

— La creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias, o estructuras análogas».

- (3) «Artículo 4. Excepciones a la obligación de identificar
a) Cuando se trate de operaciones con clientes no habituales cuyo importe no supere los 3.000 euros o su contravalor en divisas, salvo las transferencias en las que la identificación del ordenante será en todo caso preceptiva conforme a lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 3».
 - (4) «a) Las entidades de Derecho Público de los Estados Miembros de la Unión Europea o de países terceros equivalentes.
b) Las sociedades u otras personas jurídicas controladas o participadas mayoritariamente por entidades de Derecho Público de los Estados Miembros de la Unión Europea o de países terceros equivalentes.
c) Las entidades financieras, exceptuadas las entidades de pago, domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros equivalentes que sean objeto de supervisión para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
d) Las sucursales o filiales de entidades financieras, exceptuadas las entidades de pago, domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros equivalentes, cuando estén sometidas por la matriz a procedimientos de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
e) Las sociedades cotizadas cuyos valores se admitan a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes, así como sus sucursales y filiales participadas mayoritariamente».
- Esta última referencia a las empresas cotizadas se contiene también en el art. 9.4 L en relación concretamente con la identificación del titular real.
- «Respecto de los “países terceros equivalentes”, téngase en cuenta la Resolución de 10 de agosto de 2012 (BOE de 23 de agosto de 2012), de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el Acuerdo de 17 de julio de 2012, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, por el que se determinan las jurisdicciones que establecen requisitos equivalentes a los de la legislación española de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo».
- (5) Las entidades de pago fueron creadas por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre. Se trata de entidades distintas a las de crédito, a las que se otorga autorización para realizar servicios de pago, como, por



ejemplo, transferencias, adeudos domiciliados y pagos efectuados con tarjetas.

“La Caixa” y Telefónica fueron las dos primeras sociedades que crearon en España una entidad de pago. “La Caixa” se asoció con la multinacional estadounidense Global Payments para la prestación de servicios de procesamiento de transacciones electrónicas con los comercios, mientras que Telefónica, a través de Telefónica Remesas, SA, actúa como entidad de pago solo para remesas, esto es, el dinero que los inmigrantes envían a su país de origen, normalmente a sus familias, y siempre sin contrapartida.

La cuenta de pago que se puede contratar con una entidad de pago es muy distinta de la cuenta corriente que solo se puede contratar con una entidad financiera. La cuenta de pago solamente funciona como contrato marco para realizar las operaciones de pago autorizadas, esto es, la acción de situar, transferir o retirar fondos. Dichos fondos no se consideran en ningún caso como depósitos u otros fondos reembolsables, ni pueden devengar intereses. Por tanto, a una cuenta de pago no se podrán asociar imposiciones a plazo fijo, planes de pensiones, fondos de inversión, cuentas de valores ni el resto de productos propios de las entidades financieras.

- (6) «A los efectos de la presente Ley, se entenderá por titular real:
- La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones.
 - La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica. Se exceptúan las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes.
 - La persona o personas físicas que sean titulares o ejerzan el control del 25 por ciento o más de los bienes de un instrumento o persona jurídica que administre o distribuya fondos o, cuando los beneficiarios estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa principalmente la persona o instrumento jurídicos».
- (7) La referencia a los «instrumentos jurídicos» permite englobar aquí, entiendo, figuras como los trusts, a los que específicamente se refieren ya otros preceptos, pero también los nuevos fondos de activos bancarios, no obstante no tener los mismos personalidad jurídica. Respecto de estos últimos, cuya actividad en el tráfico inmobiliario reviste cierta importancia en la actualidad, se plantea, no obstante la duda derivada de si procede la identi-

cación del titular real, teniendo en cuenta que los mismos deben estar gestionados por una sociedad gestora de titulización de activos, que las «sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva» tienen la condición de entidades financieras (art. 2.4 L), y que las entidades financieras están, de ordinario, exceptuadas de la obligación de identificar al titular real (art. 9 R).

- (8) 4.1. «Los sujetos obligados identificarán al titular real y **adoptarán medidas adecuadas** a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones».

4.3. «Los sujetos obligados **recabarán información de los clientes** para determinar si estos actúan por cuenta propia o de terceros. Cuando existan **indicios o certeza** de que los clientes no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados **recabarán la información precisa** a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquellos».

4.4. «Los sujetos obligados **adoptarán medidas adecuadas** al efecto de determinar la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas».

- (9) El «examen especial» viene previsto en el art. 17 L cuando se trate de «hechos u operaciones que, **por su naturaleza**, puedan estar relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y, en particular, aquellas operaciones o **pautas de comportamiento complejas, inusuales o sin un propósito económico o lícito aparente**, o que presenten **indicios de simulación o fraude**».

Tampoco el art. 18 L, al referirse a la comunicación de aquellos hechos, operaciones o tentativas respecto de los que exista (después del examen especial del artículo anterior) indicio o certeza de su relación con el blanqueo o la financiación del terrorismo, detalla mucho más, hablando de los supuestos de «**falta de correspondencia ostensible** con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes» cuando «**no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones**».

- (10) Vid. nota 9
- (11) a) Actualizar los datos obtenidos en el proceso de aceptación del cliente.
 b) Obtener documentación o información adicional sobre el propósito e índole de la relación de negocios.
 c) Obtener documentación o información adicional sobre el origen de los fondos.
 d) Obtener documentación o información adicional sobre el origen del patrimonio del cliente.
 e) Obtener documentación o información sobre el propósito de las operaciones.
 f) Obtener autorización directiva para establecer o mantener la relación de negocios o ejecutar la operación.

g) Realizar un seguimiento reforzado de la relación de negocio, incrementando el número y la frecuencia de los controles aplicados y seleccionando patrones de operaciones para examen.

h) Examinar y documentar la congruencia en una cuenta a nombre del cliente de las operaciones con la documentación e información disponibles sobre el cliente.

i) Examinar y documentar la lógica económica de las operaciones.

j) Exigir que los pagos o ingresos se realicen en una cuenta a nombre del cliente, abierta en una entidad de crédito domiciliada en la Unión Europea o en países terceros equivalentes.

k) Limitar la naturaleza o cuantía de las operaciones o los medios de pago empleados.

- (12) «Las acciones de comprobación de la actividad profesional o empresarial declarada se graduarán en función del riesgo y se realizarán mediante **documentación aportada por el cliente** o mediante **la obtención de información de fuentes fiables independientes**. Asimismo, los sujetos obligados podrán comprobar la actividad profesional o empresarial de los clientes mediante visitas presenciales a las oficinas, almacenes o locales declarados por el cliente como lugares donde ejerce su actividad mercantil, dejando constancia por escrito del resultado de dicha visita».

- (13) «En los supuestos de riesgo superior al promedio previstos en el artículo precedente o que se hubieran determinado por el sujeto obligado conforme a su análisis de riesgo, los sujetos obligados **comprobarán en todo caso las actividades declaradas** por sus clientes y la identidad del titular real, **en los términos previstos en los artículos 9.1 y 10.2**».

- (14) Dada la excesiva generalidad de los términos utilizados, puede recordarse que existe una primera referencia en el art. 1 de la Orden Ministerial 114/2008, de 29 de enero, que sigue vigente en lo que no se oponga a la Ley o al Reglamento y que señala una serie de supuestos a los que, en su momento, se circunscribía el sometimiento de los notarios a esta normativa:
- Constitución, transmisión o extinción de toda clase de derechos reales sobre bienes inmuebles o entidades comerciales.
 - Creación de sociedades, asociaciones, fundaciones, entidades comerciales u otros tipos de estructuras análogas.
 - Compraventa de acciones, participaciones o de cualesquiera otros valores negociables e instrumentos financieros.
 - Actos o negocios jurídicos relativos al funcionamiento o a la gestión de sociedades, asociaciones, fundaciones, entidades comerciales u otros tipos de estructuras análogas.

Control notarial del certificado de eficiencia energética y de la licencia de primera ocupación

José Javier Cuevas Castaño
Notario jubilado

SUMARIO

- I. EL CONTROL NOTARIAL DE LEGALIDAD ANTES Y DESPUÉS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 2008
- II. CONSECUENCIAS RESPECTO AL CERTIFICADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA SEGÚN EL REAL DECRETO LEY 235/2013
- III. CONSECUENCIAS RESPECTO A LA EXIGENCIA DE LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN EN DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA TERMINADA O EN ACTA DE FINALIZACIÓN DE OBRAS
- IV. EN CONCLUSIÓN

I. EL CONTROL NOTARIAL DE LEGALIDAD ANTES Y DESPUÉS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 2008

El control de legalidad que ha ejercido desde siempre al Notario, en su doble condición de funcionario público y profe-



sional del Derecho, necesariamente ha de efectuarse con los medios y por los cauces legalmente previstos, de manera que en determinadas ocasiones ha de manifestarse como denegación de la autorización del documento (**control-rechazo**) y en otras, como realización efectiva y plasmación documental de las reservas y/o advertencias que procedan (**control-reserva y/o advertencia**).

El artículo 145 del Reglamento Notarial, *antes de ser declarado nulo en la mayor parte de su contenido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008*, establecía la obligatoriedad de la autorización o intervención de los documentos por parte del Notario, pero condicionaba esa obligatoriedad a que **«los interesados le hayan proporcionado los antecedentes datos, documentos, certificaciones,**



autorizaciones y títulos necesarios para ello», lo que significaba que **debía denegar** la prestación de su función siempre que **no se le proporcionasen** tales datos, documentos, certificaciones, autorizaciones o títulos, sin que fuese necesario que la norma que impusiere tales requisitos estableciera de manera expresa que la no justificación de su cumplimiento **llevase aparejada la negativa del Notario a autorizar o intervenir el documento** de que se tratase.

Excepcionalmente, se preveían algunos supuestos en los que, pese a la no aportación de datos o documentos, el Notario tenía *permitido* autorizar o intervenir el documento con las reservas y advertencias pertinentes. Tal era el caso, dentro del mismo artículo 145, de la falta de acreditación de la *representación*; o en el 169, en cuanto a la falta del *consentimiento* del cónyuge o conviviente; o en el 172, respecto a la falta de *datos necesarios para la inscripción*, cuando se tratase de documentos no sujetos a inscripción constitutiva. Supuestos todos en los que la negativa de autorización o intervención se sustituía por la realización de las pertinentes reservas y/o advertencias, lo que nos sitúa en el terreno del **control-reserva y/o advertencia**, que constituía la *excepción frente a la regla general* del **control-rechazo**, en el que machaconamente insistía el artículo 145 al disponer que «**el Notario, en su función de control de la legalidad, no solo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando [...] no se hubiere acreditado [...] el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos**», lo que tenía el efecto profiláctico de privar de cobertura o apariencia de legalidad a negocios jurídicos nulos, anulables, claudicantes o incompletos, cumpliendo así el Notario su tradicional función de *gatekeeper* o *guardabarreras*, por decirlo con una terminología tan abominable como descriptiva.

La posición clásica del Notariado respecto al ámbito y modos de ejercer el control de legalidad quedó herida de muerte con la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de mayo de 2008**, que ha venido a marcar un antes y un después en una materia tan transcendental, puesto que a partir de ella (y aunque se base en motivos estrictamente formales y apartados de la realidad y la conciencia social) el control notarial de legalidad solo puede traducirse en **rechazo**

FICHA TÉCNICA

Resumen: Este artículo, en la misma línea eminentemente práctica que el publicado en el número anterior de esta revista sobre la «cédula de habitabilidad», constituye un intento de resumir y sistematizar la abundante y dispersa normativa relativa a determinadas exigencias netamente administrativas afectantes al tráfico jurídico inmobiliario, ante las cuales la actitud del Notario se ha visto afectada por la visión restrictiva del control notarial de legalidad que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008.

Palabras clave: Notario, tráfico jurídico inmobiliario, certificado de eficiencia energética, licencia de primera ocupación.

Abstract: This article, in the same eminently practical line as the one published in the previous edition of this journal on «certificates of habitability», represents an attempt at summarizing and systematizing the abundant and diverse regulations governing certain purely administrative requirements concerning legal processes over real estate, in which the role of the Notary Public has been affected by the restrictive interpretation of notarial control over legality emanating from the Judgement of the Supreme Court of 20 May 2008.

Keywords: Notary Public, legal processes over real estate, certificate of energy efficiency, first-occupancy licence.

cuando así esté *expresamente previsto en norma con rango de ley*, mientras que en los demás casos lo único que puede hacer el Notario es formular la oportuna **reserva o advertencia**.

Según el Tribunal Supremo, el control notarial de legalidad solo puede traducirse en rechazo cuando así esté expresamente previsto en norma con rango de ley

Descendiendo de estas consideraciones generales a casos concretos, tendríamos que diferenciar, en función de los términos en que el legislador se haya manifestado respecto al nivel de exigencia en el control notarial de legalidad, dos ámbitos diferentes:

— *Supuestos en los que expresa y concluyentemente el legislador impone* al Notario (y/o al Registrador) **la obligación de controlar** directamente el cumplimiento efectivo de determinados requisitos, de manera que no se pueden autorizar (ni inscribir) los negocios jurídicos respecto a los cuales *la omisión o el incumplimiento de determinados requisitos tenga anudadas consecuencias impeditivas de la autorización e inscripción*, aunque en el orden sustantivo tales negocios produzcan sus efectos por concurrir sus elementos esenciales (consentimientos, objeto, causa y, eventualmente, forma). Tal es el caso de la exigencia de aportación de la póliza

de **seguro decenal y cédula de habitabilidad** en el contexto del artículo 32 de la Llei 18/2007, *de dret a l'habitatge* («*Los notarios, antes de autorizar la suscripción de un acto de transmisión o cesión de uso...*»), o en el artículo 20 de la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación («*No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad...*»). Este es, también, el caso del **certificado de eficiencia energética en declaraciones de obra nueva**, en los términos que resultan del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal («*Tratándose de declaración de obra nueva terminada, exigirán [los notarios] los documentos que acrediten [...] los requisitos de eficiencia energética*»), y así se ha aplicado, incluso a edificio viejo o ya construido, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de abril de 2013 (dicho sea sin perjuicio de nuestras dudas sobre posibles extralimitaciones del ámbito competencial del Estado).

— Supuestos en los que, aun imponiéndose a los ciudadanos la obligación de dar cumplimiento a determinados requisitos o de intercambiarse determinada información o documentación, **no se impone el control efectivo** del cumplimiento de esos requisitos, derechos y obligaciones ni a notarios ni a registradores, debiéndose limitar los primeros a **informar o advertir** de las previsiones legales al respecto y de los cauces para cumplirlas, pero **sin poder denegar la prestación de su función**. Este sería el caso, por ejemplo, del artículo 65 de la Llei 18/2007, *de dret a l'habitatge*, donde

no se impone ni a notarios ni a registradores la obligación de controlar la efectiva entrega de determinados documentos a los adquirentes de vivienda, por lo que los notarios cumplen con su deber de control mediante la **expresa advertencia y constancia documental de la misma**, sin que la falta de justificación del cumplimiento de esas obligaciones les permita denegar la autorización del documento.

II. CONSECUENCIAS RESPECTO AL CERTIFICADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA SEGÚN EL REAL DECRETO LEY 235/2013

Aplicando las anteriores consideraciones a las compraventas y arrendamientos de inmuebles (y, posiblemente, a los demás negocios traslativos del dominio o de uso) a los que se refiere el **Real Decreto Ley 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios**, comprobamos que ni en su *Exposición de Motivos*, ni en su articulado, ni en sus disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales, ni en el anexo que regula el procedimiento básico para tal certificación se recoge facultad alguna del Notario ni del Registrador para exigir que se acredite el cumplimiento de la obligación de entrega o puesta a disposición del certificado de eficiencia energética, por lo que entendemos que estamos ante un supuesto de **control-reserva y/o advertencia** en el cual el Notario tiene vetado ir más allá de una **detallada y expresa advertencia** del derecho de compradores y arrendatarios y de la correlativa obligación de vendedores y arrendadores de la entrega o puesta a disposición del tan repetido certificado, cuyo incumplimiento puede determinar la aplicación de las **sanciones** previstas en el Real Decreto Ley (de lo que también habría que advertir expresamente), y **sin que quepa la exclusión de dichas normas imperativas, la renuncia o la exoneración de las mismas** por el adquirente o arrendatario, ya que estamos claramente ante un supuesto sustraído a la *autonomía de la voluntad*; ante un caso encuadrable en el artículo 1255 del Código Civil español, que excluye la posibilidad de pactos, cláusulas y condiciones *contrarios a las leyes o al orden público*; ante una obligación *ex lege* que responde a **razones de interés general u orden público, a fina-**

lidades ecológicas o medioambientales, como obligada aunque tardía transposición de una Directiva comunitaria, por todo lo cual consideramos plenamente aplicable el **artículo 6, párrafo 2.º, del Código Civil español**, conforme al cual *«la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»*. En consecuencia, parece bastante evidente que **la exclusión, renuncia o exoneración en ningún caso tendría efectos inmunizantes ante la aplicación del régimen sancionador previsto en el Real Decreto Ley que nos ocupa**, por lo que cualquier manifestación en la escritura que pudiera ser interpretada en ese sentido produciría el efecto perturbador de introducir dudas, apariencias o ambigüedades, que es lo peor que puede ocurrirle a un documento notarial.

III. CONSECUENCIAS RESPECTO A LA EXIGENCIA DE LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN EN DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA TERMINADA O EN ACTA DE FINALIZACIÓN DE OBRAS

Hasta su reforma por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, el artículo 20 de la Ley del Suelo (Real Decreto Ley 2/2008, de 20 de junio), siguiendo el precedente del artículo 19 de la Ley 8/2007, de 27 de mayo, exigía para la **autorización e inscripción de obras nuevas terminadas y actas de finalización de obras**, además de la licencia de obras y el certificado técnico correspondientes, *«la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística»*.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución-Circular de 26 de julio de 2007, referida al artículo 19 de la citada Ley 8/2007, aclaró el alcance de la remisión a *«la legislación reguladora de la edificación»*, entendiéndola efectuada al **seguro decenal** y al **libro del edificio**, exigidos por la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999.

En cuanto a *«las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de or-*

denación territorial y urbanística», es claro que constituye una remisión a *la normativa autonómica* que corresponda, como no podría ser de otra manera, dado que es competencia de las Comunidades Autónomas determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de obtención de licencia, mientras que es competencia del Estado (artículo 149.1.8.ª de la Constitución) fijar en qué casos deberá acreditarse la concesión de la licencia o licencias de que se trate para que el acto tenga acceso al Registro, **siempre que la legislación autonómica competente exija tal licencia o licencias**, como expresamente se reconoce en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero y de 5 de julio de 2012, entre otras muchas.

La modificación del artículo 20 de la Ley del Suelo llevada a cabo por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, consistió, en cuanto a lo que ahora nos interesa, en sustituir la exigencia de *acreditación documental del otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística* por la exigencia de que se acredite documentalmente **«el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente»**.

El Real Decreto Ley 235/2013 no recoge facultad alguna del Notario para exigir que se le acredite el cumplimiento de la obligación de entrega o puesta a disposición del certificado de eficiencia energética

Dejando aparte lo relativo a la *«eficiencia energética»*, de la que acabamos de ocuparnos, el cambio de *redacción* parece bastante intrascendente y probablemente no constituya ningún cambio de *contenido*, ya que, por lo que a las **autorizaciones administrativas** se refiere, se sigue manteniendo la remisión a la legislación autonómica,



con la única variación, claramente irrelevante, de que antes se hablaba de **legislación de ordenación territorial y urbanística** y ahora se habla de **la ordenación urbanística aplicable**.

El problema está en que la **Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 8/2011**, en una clara *extralimitación* de lo que debería ser su contenido y con cierto menosprecio de lo que pudiera disponerse al respecto en las distintas **ordenaciones urbanísticas aplicables**, hace tabla rasa de las competencias autonómicas en la materia y, en clara y rechazable actitud de «LOAPA urbanística», generaliza la exigencia de la **licencia de primera ocupación** para autorizar e inscribir declaraciones de obra nueva terminada o actas de finalización de obras, lo cual nos obliga, como primera providencia, a concretar qué es lo que debe entenderse por **licencia de primera ocupación** y qué relación existe entre la misma y la **cédula de habitabilidad**:

- La *cédula de habitabilidad* (de la cual, y por lo que a Cataluña se refiere, nos hemos ocupado en el número anterior de esta revista) es el documento que acredita que una vivienda cumple los requisitos mínimos de habitabilidad y solidez exigidos por la normativa y, en consecuencia, que la vivienda que la tiene puede destinarse a residencia de personas.
- La *licencia de ocupación* tiene por objeto autorizar la puesta en uso de edificios o instalaciones, previa comprobación de que han sido ejecutados de conformidad con las condiciones de las licencias que autorizaron las obras o usos y de que se encuentran debidamente terminados y aptos según las condiciones urbanísticas de su destino específico.
- En Cataluña, se ha producido un *problema terminológico* que conviene aclarar motivado por el artículo 7.2 del Decreto 55/2009, de 7 de abril, según el cual «*la cédula se denomina de primera ocupación cuando se refiere a viviendas de nueva construcción y de segunda y sucesivas ocupaciones si se refiere a viviendas usadas o preexistentes*».

En base a este precepto (que tiene su plasmación en los dos impresos distintos en que se emiten las cédulas de habitabilidad) se ha generado la *apari-*

cia de que la cédula de habitabilidad y la licencia de primera o sucesiva ocupación son una misma cosa, lo cual es erróneo, puesto que la **cédula de habitabilidad** coexistía (igual que hoy coexiste la *comunicación previa de que trataremos*) con la **licencia (que no «cédula») de primera o sucesiva ocupación**. Tal coexistencia de la *licencia urbanística de primera ocupación* y la *cédula de habitabilidad* resulta del artículo 13 del Decreto 55/2009, de 7 de abril, que, por un lado, se refiere al posible conflicto entre ambas y, por otro, cita la «*solicitud de la licencia municipal de primera ocupación*» entre la documentación que es preciso acreditar para obtener la *cédula de habitabilidad*.

Volviendo a la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 8/2011, que introduce «*de matute*» y con carácter general la exigencia de **licencia de primera ocupación**, digamos que esta exigencia (que, por su ubicación en una mera Exposición de Motivos, **carece de eficacia normativa**) había sido sistemáticamente *negada* por la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de 9, 10, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 20 y 22 de diciembre de 2008; 12 y 13 de enero de 2009, y 9 de enero de 2010, cuyos fundamentos de Derecho siguen teniendo, a mi entender, plena vigencia, si bien es verdad que *se ha ido introduciendo expresamente en determinadas legislaciones autonómicas* como re-

quisito para el otorgamiento e inscripción de declaraciones de obra nueva terminada o de actas de final de obras:

- En **Andalucía**, el artículo 27 del Decreto 60/2010 (Reglamento de Disciplina Urbanística), en redacción dada por el artículo 4 del Decreto 327/2012, exige en todo caso «*la aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización*» para «*el otorgamiento de escrituras públicas y la inscripción en el Registro de la Propiedad de las declaraciones de obra nueva terminada*».
- En **Castilla-La Mancha**, el artículo 23.2 del Decreto 34/2011 (Reglamento de Disciplina Urbanística), —al que hace referencia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 2012—, cita la licencia de primera ocupación o utilización de edificios, construcciones e instalaciones como documento exigible «*de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo*» para «*el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración como obra nueva terminada*».
- En **Galicia**, el artículo 44 de la Ley 8/2012, de vivienda, también dispone, con un estilo que para sí hubiera querido cualquier Ministro o Ministra de Igualdad, que «*las notarias y notarios y*



las registradoras y registradores de la propiedad exigirán, para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva finalizada que acredite [...] **el otorgamiento de la licencia de primera ocupación**».

- En el polo opuesto se sitúa **Castilla y León**, donde, por Decreto 147/2000, se suprime la «**cédula de habitabilidad** como documento necesario para reconocer la aptitud de un inmueble para ser destinado a vivienda, así como el trámite de informe previo de los Servicios Territoriales de la Consejería de Fomento sobre condiciones higiénicas para la obtención de la licencia urbanística municipal de obra de inmuebles destinados a viviendas. [...] El otorgamiento de la licencia urbanística municipal de primera ocupación o utilización de construcciones e instalaciones supondrá la verificación previa del cumplimiento de las condiciones de habitabilidad» (artículo 1).

Se pretende así evitar duplicidades con la «**licencia de primera ocupación o utilización**», que cobra una particular relevancia, a pesar de lo cual **su aportación no es exigible a efectos de la declaración de obra nueva**, según resulta del artículo 101 de la Ley 5/1999, de urbanismo (después de su modificación por la Ley 4/2008), que enumera las autorizaciones administrativas o licencias a las que **debe entenderse referida la remisión del ar-**

tículo 20 de la Ley del Suelo (antes 19), que son las comprendidas bajo las *letras a), b) y d)* del artículo 97.1 de la misma Ley, lo que deja fuera de tal exigencia la licencia de primera ocupación, a la que se hace referencia en el citado artículo 97.1, pero **bajo la letra e)**. A idéntico resultado se llega con base en el artículo 301 del Reglamento de Urbanismo (Decreto 22/2004, de 29 de enero), cosa que incomprensiblemente silencia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de julio de 2012.

El caso concreto de Castilla y León sirve para demostrar hasta qué punto es temeraria y extralimitada la redacción de la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 8/2011, proclamando *urbi et orbe* la exigencia de licencia de primera ocupación para las declaraciones de obra nueva, sin distinción de la Comunidad Autónoma en que se ubiquen.

El requisito de aportación de la licencia de primera ocupación sigue siendo materia remitida a la legislación autonómica

Es cierto que, en la mayoría de las demás Comunidades Autónomas, la primera ocupación o utilización de edificios es un acto sujeto a licencia y, en algunas de

ellas, esa licencia debe entregarse o ponerse a disposición de los adquirentes, pero, a diferencia de lo que hemos visto respecto a Andalucía, Castilla-La Mancha y Galicia, **la aportación de la licencia no siempre es requisito para las declaraciones de obra nueva o actas de finalización de obras**, lo que justifica que pongamos en entredicho la generalización de la Exposición de Motivos que estamos criticando y sostengamos que **no es suficiente con que la legislación autonómica aplicable sujete a licencia la primera ocupación o utilización**, sino que se requiere, *además*, que de manera inequívoca se exija la aportación de tal licencia para el otorgamiento e inscripción de esas declaraciones de obra nueva o actas de finalización de obras. Coincidimos en esto con la opinión expresada en los «Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo» de *Registradores de Madrid*, en cuyo n.º 32 (Octubre-Diciembre 2011) se llega a tal conclusión a la vista de los artículos 19.2 de la Ley 2/1999 y 154 de la Ley del Suelo de la Comunidad de **Madrid**, 9/2001, de 17 de julio.

Por lo que a **Cataluña** se refiere, dicha generalización de la Exposición de Motivos está también absolutamente injustificada, más aún si se tiene en cuenta que aquí se ha producido un **proceso inverso** al de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Castilla-La Mancha, Galicia y cuantas hayan seguido por la misma senda:

- El anterior artículo 27 de la Llei 18/2007, de 28 de diciembre, **de derecho a la vivienda** (antes de su reforma por la Llei 9/2011), llevaba por título o rúbrica «**La relació entre cèdula d'habitabilitat i llicència urbanística de primera ocupació**», y disponía en su párrafo 2.º que «*La llicència urbanística de primera ocupació acredita el compliment de les condicions que estableix la llicència d'obres d'edificació*».

- En el vigente artículo 27, redactado por la Llei 9/2011, no queda ya el más mínimo vestigio o huella de la licencia de primera ocupación, lo que coincide con otro de los cambios significativos efectuados por esta misma Llei 9/2011, que **eliminó la exigencia de aportar la cédula de primera ocupación para poder contratar servicios y suministros**, lo cual hasta entonces venía impuesto por el artículo 236.2 del Decret





305/2006 (anterior Reglamento de la Ley de Urbanismo).

- El proceso de **eliminación de la licencia de primera ocupación como documento autónomo** culmina en la **Llei 3/2012, de 22 de febrero**, modificativa del Decret-Llei 1/2010, de 3 de agosto, en cuya Exposición de Motivos se dice:

«En materia de intervención de la edificación, cabe destacar la **reducción de las cargas administrativas** que conlleva la **sustitución de la licencia de primera ocupación por un régimen de comunicación previa**».

- La importante modificación se concreta en el artículo 187.5 del Decret-Llei 1/2010, que pasa a disponer:

«Queda sujeto al régimen de comunicación previa al ayuntamiento, de acuerdo con el procedimiento que establece la legislación de régimen local, la primera utilización y ocupación de los edificios y las construcciones. La comunicación se ha de acompañar de la certificación del facultativo director que acredite la fecha de la finalización de las obras y el hecho de que estas se han efectuado de acuerdo con el proyecto aprobado o con las modificaciones posteriores y las condiciones impuestas, y que la edificación está en condiciones de ser utilizada».

- Por su parte, el nuevo Reglamento de Urbanismo (Decreto 64/2014, de 13 de mayo), en su artículo 71.1, letra a), dispone que están sujetos al **régimen de comunicación previa**:

a) La primera utilización y ocupación de los edificios y las construcciones de nueva planta.

- Y el artículo 75 regula la tramitación y documentación necesarias diciendo que:

«Para la primera utilización y ocupación de los edificios y las construcciones a que hace referencia el artículo 71.1.a), la persona promotora debe comunicar previamente la finalización de las obras a la administración que otorgó la licencia urbanística correspondiente. La comunicación debe ir acompañada del certificado final de obra expedido por

la dirección facultativa de las obras, donde han de constar los hechos siguientes:

a) Fecha de conclusión de las obras.

b) Que las obras han sido ejecutadas de conformidad con el proyecto técnico autorizado y, si procede, sus modificaciones y las condiciones de la licencia urbanística otorgada.

c) Que la edificación está en condiciones de ser utilizada de conformidad con el uso autorizado».

La aplicación de este precepto quedó suspendida el 17 de diciembre de 2012 por razón del **recurso de inconstitucionalidad** interpuesto por el Gobierno central, pero dicha suspensión se alzó a finales de 2013. Sin duda, en la decisión de alzar la suspensión ha pesado, en el ánimo del Tribunal, el hecho de que la Ley del Suelo estatal ya admite que las legislaciones autonómicas puedan someter la primera ocupación y utilización de los edificios a comunicación previa o a declaración responsable, lo que constituye un paso más en la tarea de eliminación de trabas administrativas que promueve la Unión Europea.

- Se mantiene, sin embargo, la exigencia de licencia municipal para la ocupación o utilización **parcial** de los edificios, al disponerse en el artículo 5 del mismo Reglamento que: «También está sujeta a licencia urbanística previa la primera utilización y ocupación parciales de los edificios y las construcciones siguientes:

a) Los de nueva planta.

b) Las ampliaciones de los existentes.

c) Los sometidos a obras para cambiar su uso característico o a obras de gran reforma o rehabilitación que comporten la interrupción de su utilización y ocupación».

IV. EN CONCLUSIÓN

- Por lo que se refiere al **certificado de eficiencia energética**, el Notario no puede exigir su aportación en los supuestos de venta o arrendamiento en que resulte exigible, ni debe admitir la

renuncia del comprador o arrendatario a que dicho documento le sea proporcionado.

- En cuanto al requisito de aportación de la **licencia de primera ocupación** para poder autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obras, sigue siendo materia remitida a la **legislación autonómica que corresponda**, sin que la indebida referencia que se hace en la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 8/2011 suponga alteración alguna del sistema implantado en su día por el artículo 19 de la Ley del Suelo, de 27 de mayo de 2007, y seguido por el artículo 20 de la vigente, tanto antes como después de su reforma por el citado Real Decreto Ley.

- En lo que a **Cataluña** se refiere, la licencia de primera ocupación, fuera del caso excepcional de *utilización parcial de edificaciones*, carece hoy por hoy de «existencia legal» como documento o autorización administrativa «documentada», por haber sido sustituida por la comunicación de la finalización de obras con arreglo a licencia, cuya justificación tampoco es exigible para autorizar e inscribir declaraciones de obra nueva.

- Lo dicho no obsta para que el Notario, sin negarse a la autorización de la escritura o acta de que se trate (lo cual le estaría vedado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008), cumpla con sus obligaciones **de informar, asesorar y advertir** de la **obligatoriedad de dar cumplimiento a los requisitos o exigencias que hemos examinado** y de las eventuales consecuencias del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento de tales obligaciones, especialmente en cuanto afecte o pudiera afectar a *consumidores*, respecto a los que tiene, conforme al artículo 147 del Reglamento Notarial y a su normativa específica, una especial obligación de **asistencia imparcial pero equilibradora** y correctora de las *asimetrías de información* que pudieran poner en riesgo el consentimiento *libre e informado* sobre el que descansa todo un sistema contractual en el que el Notario no puede ser, y no es, un mero espectador.

Una aproximación al Reglamento 650/2012⁽¹⁾ (I): la *professio iuris*

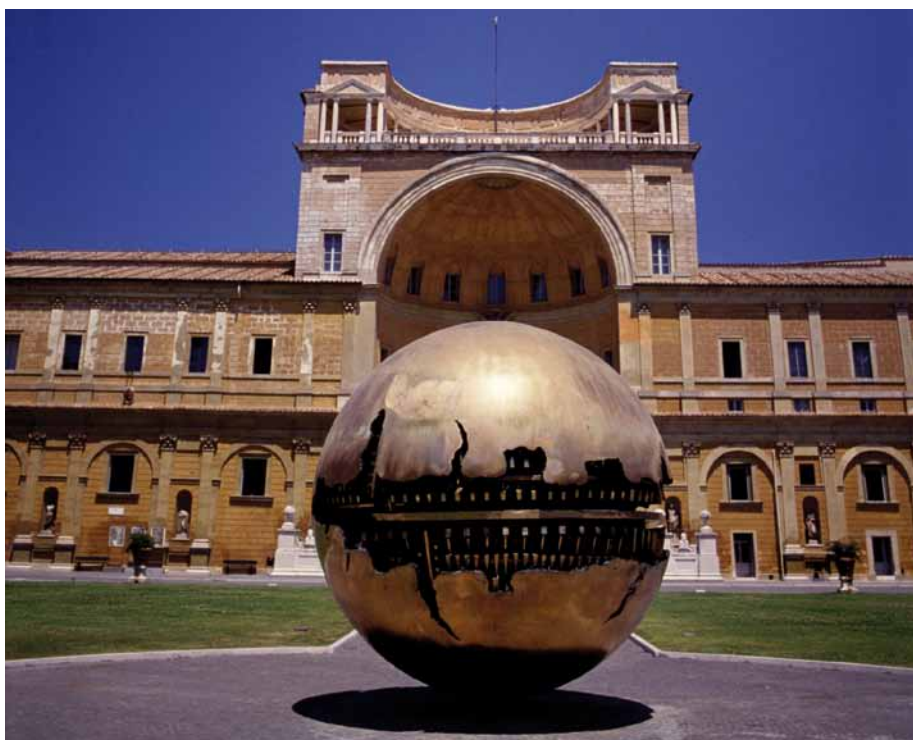
Elisabeth García Cueto
Notario de Barcelona
Profesora colaboradora con la URL-ESADE

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES
- II. LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE: LA *PROFESSIO IURIS*
- III. PACTOS SUCESORIOS
- IV. FORMA: LA ELECCIÓN HA DE REALIZARSE EN TESTAMENTO O DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA*
- V. REVOCACIÓN O MODIFICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES *MORTIS CAUSA*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En el seno de la Unión Europea (UE), y con el fin de lograr un espacio de libertad, seguridad y justicia⁽²⁾, el legislador comunitario continúa dando pasos en la creación de una normativa común. Especialmente en lo que se refiere a la voluntad de crear un espacio de justicia, se busca instaurar procedimientos de resolución de conflictos rápidos y a un coste reducido e implantar mecanismos de resolución de conflictos alternativos⁽³⁾ y de carácter preventivo.



En el marco de la globalización, es cada vez más frecuente el movimiento de sujetos de un Estado a otro por motivos laborales o de placer, y ello genera relaciones entre personas de distintos países tanto a nivel personal (matrimonio, filiación y sucesión)

como patrimonial (contratos de todo tipo). Además, en Europa, debido a la existencia del derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE, se ha llevado al legislador europeo a la necesidad de dotar de la máxima seguridad jurídica todas las relaciones



que se generen como consecuencia de ello. Esto es especialmente gráfico cuando se hace referencia a las transacciones jurídicas, transmisiones de bienes, la protección de las titularidades adquiridas y el tránsito de estos en el momento del fallecimiento de un sujeto nacional de la UE.

Partiendo de esta premisa, es decir, la existencia de relaciones jurídicas entre sujetos de distinta nacionalidad, la UE ha tenido que realizar esfuerzos importantes para conseguir la integración jurídica de los distintos Estados Miembros, cediendo, en ciertos casos, soberanía. A nadie le es ajena la dificultad de poner de acuerdo a tantos países, especialmente cuando la mayor parte de ellos es celosa de ceder su soberanía⁽⁴⁾; por ello, el legislador europeo ha optado por dar solución a un conjunto de conflictos de leyes, competencia, reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones, mayormente. Así consigue dar solución a un problema de gran complejidad y con un panorama muy diverso, debido a la normativa interna de cada Estado, pero dejando a salvo la normativa propia.

La UE ha tenido que realizar esfuerzos importantes para conseguir la integración jurídica de los distintos Estados Miembros, cediendo, en ciertos casos, soberanía. Por ello, el legislador europeo ha optado por dar solución a un conjunto de conflictos de leyes, de competencia, de reconocimiento mutuo y de ejecución de resoluciones

Este camino hacia la citada integración jurídica, que ya se ha plasmado a través de distintos instrumentos jurídicos⁽⁵⁾, sigue con paso firme. En este marco se encuentra el nuevo Reglamento de Sucesiones Europeo (RSE)⁽⁶⁾, que tiene como propósito facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo todos aquellos posibles obstáculos a la libre circulación de las personas y los elevados costes que, hoy por hoy, se encuentran a la hora de ejercer los derechos derivados de sucesiones *mortis causa* transfronterizas. Los ciudadanos suelen encontrar multitud de barreras a la hora de ordenar su sucesión *mortis causa*, pero más suelen tener los herederos en

FICHA TÉCNICA



Resumen: En el marco de la globalización, es cada vez más frecuente el movimiento de sujetos de un Estado a otro, generándose múltiples relaciones jurídicas entre personas de distintos países tanto a nivel personal como patrimonial. En Europa, esta cuestión es especialmente importante habida cuenta del derecho a la libre circulación de los ciudadanos, lo que lleva al legislador europeo a buscar instrumentos que, bajo el principio de seguridad jurídica, integren a los distintos Estados Miembros. En este camino hacia la integración, se destaca el nuevo Reglamento de Sucesiones Europeo, cuyo propósito es facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo todos aquellos posibles obstáculos a la libre circulación de las personas y los elevados costes que, hoy por hoy, se encuentran a la hora de ejercer los derechos derivados de sucesiones *mortis causa* transfronterizas. Mediante el presente trabajo, se analiza su contenido y repercusión.

Palabras clave: Derecho de Sucesiones europeo, *professio iuris*, pactos sucesorios, sucesiones *mortis causa* transfronterizas.

Abstract: Within the framework of globalization, the movement of people from one state to another is ever more frequent, giving rise to multiple legal relationships between people of different countries, both at a personal and a material level. In Europe, this question is particularly important thanks to the right to the free circulation of people, which has led European legislators to seek instruments which, under the principle of legal certainty, integrate the said Member States. On this path towards integration, the new European Inheritance Regulation is noteworthy, which has the aim of facilitating the smooth operation of the internal market by abolishing all possible barriers to the free circulation of people and the high costs which are charged nowadays for exercising the rights deriving from cross-border inheritances *mortis causa*. This work examines its content and effect.

Keywords: European Inheritance Law, *professio iuris*, inheritance agreements, cross-border inheritances *mortis causa*.

la sucesión cuando hay un elemento de extranjería de por medio. Hay que lograr organizar las sucesiones internacionales o transfronterizas para conseguir dar las máximas garantías a herederos, legatarios, albaceas y administradores de la herencia⁽⁷⁾, y aquí, el papel de los Tribunales⁽⁸⁾ y otros profesionales, como el Notariado⁽⁹⁾, es cada vez más fundamental⁽¹⁰⁾.

Con estos parámetros, y como ya se ha avanzado, cuando en el seno de la UE el legislador se plantea la necesidad de adoptar un régimen común para los distintos países integrantes de la misma, es complicado acabar con un régimen sustantivo material único para todos. La negativa reiterada por parte de los Estados de dejar de lado sus legislaciones nacionales, con su distinta y respectiva evolución jurídica, ha llevado a que se aprueben unas normas comunes que se reducen al ámbito del Derecho Internacional Privado, dando salida o respuesta al órgano judicial competente, la determinación de la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones, aceptación de los documentos públicos y de las transacciones judiciales en las materias que regulan.

El RSE podría haber tenido dos posibles enfoques o soluciones como punto de partida para el problema generado en este ám-

bito, tanto en el momento de llevar a cabo la planificación de la propia sucesión como tras el fallecimiento de una persona:

- a) Criterio de unidad⁽¹¹⁾, en virtud del cual existe una sola ley que ha de regir en toda la sucesión, cualquiera sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde estos se encuentren. Esta es la opción actual de países como Alemania, Austria, España, Dinamarca, Grecia, Italia, los Países Bajos o Portugal, entre otros. En estos países existen algunos que optan como punto de conexión (y, por tanto, ley aplicable) la ley de la nacionalidad del testador/causante⁽¹²⁾, mientras que otros aplicarán la ley correspondiente a la residencia habitual del sujeto al fallecer⁽¹³⁾.
- b) Criterio de la división de la herencia, en países como Francia, Bélgica, Luxemburgo o el Reino Unido, donde se aplicará una ley para los bienes muebles y otra para los bienes inmuebles, que será la del lugar de situación. Hay, por tanto, pluralidad de leyes aplicables a una pluralidad de masas hereditarias⁽¹⁴⁾.

Frente a esta situación, el RSE ha querido armonizar la legislación tomando dos decisiones capitales: i) que exista una única

ley aplicable a todos los distintos aspectos y recovecos del fenómeno sucesorio, y ii) el establecimiento del derecho de elección u opción, también llamado *professio iuris* sucesoria.

Ahora bien, no cabe perder de vista el hecho de que nadie está obligado a suscribir disposiciones *mortis causa* u otorgar testamento. ¿Qué pasa, entonces? ¿Qué ley aplicaremos a aquellas sucesiones con elemento de extranjería en el seno de la UE si no hay voluntad del causante en cuanto a la elección de ley aplicable? El art. 21 RSE nos da la respuesta. El legislador europeo ha optado por establecer como punto de conexión más cercano al causante el de la residencia habitual de este, al decir en su primer apartado: «*Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento*»⁽¹⁵⁾. La residencia habitual como punto de conexión subsidiario es objeto de otro trabajo y, por tanto, no procederé a analizarlo con profundidad⁽¹⁶⁾.

II. LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE: LA PROFESSIO IURIS

La *professio iuris*⁽¹⁷⁾ es el ejercicio unilateral de elección de una opción en una situación conflictual. En el ámbito sucesorio, se reduce a dotar de capacidad a los ciudadanos para que, mediante la elección de la ley aplicable, puedan organizar su sucesión. Esta posibilidad que se le da al causante es una de las grandes novedades del RSE⁽¹⁸⁾. El fundamento de todo ello reside en la voluntad del RSE de dar a conocer a todos los interesados en la herencia cuál es la legislación aplicable a la sucesión del causante. Y, de hecho, esta ley ha de ser una previsible, con la que guarde estrecha relación el causante, como posteriormente veremos.

Para este análisis, se ha de partir de una máxima en Derecho: «*La voluntad del causante es la ley de la sucesión*». Por tanto, frente a la pregunta de si podemos escoger la ley aplicable a nuestra sucesión, la respuesta es positiva, aunque con matices: uno puede escoger y manifestar su voluntad⁽¹⁹⁾, pero siempre teniendo en cuenta las limitaciones establecidas por la ley. Puede, por tanto, afirmarse que lo que se quiere es que se pueda decidir acerca del destino de los bienes de uno en previsión a su muerte,

así como asegurar que, una vez elegido, se realiza su voluntad.

Se ha de partir de una máxima en Derecho: «*La voluntad del causante es la ley de la sucesión*». Aunque con matices, la persona es libre para escoger y manifestar su voluntad, si bien teniendo en cuenta las limitaciones establecidas por la ley

Este principio de libertad de elección viene recogido en el art. 22 RSE, apartado 1, que, además, analiza las limitaciones establecidas por la ley de manera ordenada en los siguientes apartados del mismo. Así, el art. 22 RSE establece que:

Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa o habrá de resultar de una disposición de este tipo.

La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida.

Cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones mortis causa.

Como decía, el principio general establecido es el de la libertad de elección, pero existe un triple límite⁽²⁰⁾:

— La libertad de elección queda limitada a la ley de la nacionalidad en el momento de la elección o del fallecimiento⁽²¹⁾ o la que corresponda a la de su residencia habitual⁽²²⁾. Todo ello se hace en aras de garantizar que exista una conexión entre causante y ley elegida, y para evitar que se elija una normativa con el fin de vulnerar las expectativas legítimas de los herederos forzosos. Con esta deci-

sión, se ha dejado de lado de manera clara la diferenciación entre la sucesión de bienes muebles e inmuebles y, por tanto, el punto de conexión basado en el lugar de situación de los bienes raíces.

- La ley elegida va a regir toda la sucesión⁽²³⁾ y se aplicará desde la apertura de esta hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integran la herencia. También se encuentran incluidas las cuestiones relativas a la administración de la herencia y la responsabilidad del heredero o legatario por deudas o cargas de los bienes que conforman la misma⁽²⁴⁾.
- La elección ha de hacerse bajo forma solemne, es decir, disposición *mortis causa*, o ha de resultar de una disposición de este tipo.

1. Ley elegida

Aunque se dice que son dos leyes entre las que el RSE permite elegir, a saber, la ley nacional⁽²⁵⁾ en el momento de realización de la disposición o en el momento del fallecimiento o la ley de la residencia habitual⁽²⁶⁾ (ley de la sucesión), en realidad, el legislador solo ofrece a los ciudadanos la posibilidad de someter su sucesión a la ley nacional. En definitiva, la nacionalidad pasa a un segundo plano, pues si no hubo testamento o disposición *mortis causa* donde se elija la ley aplicable, la ley nacional no interviene para nada, siendo aplicable la ley de la última residencia habitual del causante. La residencia, entiende el legislador, pasa a ser la más próxima y donde se sitúa el centro de los intereses del causante. Todo ello en aras de evitar costes conflictuales y por el principio de proximidad⁽²⁷⁾: es el punto de conexión más adecuado y común para determinar la ley aplicable a la sucesión. Sea como fuere, la elección ha de ser meditada y bien informada, pues la elección de una u otra ley comportará consecuencias muy diferentes.

Dice la ley que la elección de la nacionalidad puede venir determinada en el momento de la realización de la disposición *mortis causa* o en el momento del fallecimiento. Por tanto, si inicialmente ostentamos una nacionalidad y después tenemos otra, sí podremos hacer uso de ella. Al legislador poco le importa que cuando se haga



testamento el causante ostente una nacionalidad y, posteriormente, la cambie, pues el RSE le da validez a la elección realizada, dotando de seguridad jurídica los actos realizados.

Ahora bien, el causante también puede elegir una ley de un Estado cuya nacionalidad confía adquirir en el momento del fallecimiento pero que no posee en el momento de realizar la disposición. Esta elección anticipada, sin embargo, estará implícitamente sujeta a condición suspensiva, es decir, si en el momento de la muerte ostenta esta nacionalidad, la elección es totalmente válida, pero si no la poseyera, esta será nula e ineficaz.

La ley elegida ha de ser una ley «de un Estado», sin poder escoger reglas legales de carácter religioso (Derecho Canónico de la Iglesia Católica, Derecho Judío, derechos indígenas de América del Sur o Derecho Nobiliario). Y, en el caso de que el Estado sea plurilegislativo, las normas de conflictos internos de leyes serán las que determine la legislación regional o personal aplicable⁽²⁸⁾. En nuestro caso, seguirá aplicando el art. 9.8 CC, lo que implicará que cuando una persona elija su ley nacional también estará optando por la ley de su vecindad civil.

El causante puede elegir una ley de un Estado cuya nacionalidad confía adquirir en el momento del fallecimiento pero que no posee en el momento de realizar la disposición

En materia de Derecho interregional, el nuevo RSE aportará novedades importantes. Hay que recordar que el Derecho español no tiene un sistema especial de resolución de conflictos interregionales, sino que se hace valer del sistema internacional, sin perjuicio de alguna que otra especialidad. Por tanto, aprobándose y aplicándose el sistema europeo, se desplazará la normativa española, generando un cambio sustancial en todo el sistema. En esta cuestión, el legislador europeo podría haber optado por dos sistemas distintos: el del uso de una cláusula de remisión a un ordenamiento plurilegislativo de forma directa o indirecta. La remisión directa supone el determinar de manera directa la legislación local a aplicar⁽²⁹⁾, mientras que la remisión indirecta

es aquella que determina el ordenamiento estatal a aplicar, siendo las normas de conflicto internas (normas de Derecho interregional) las que habrán de determinar cuál es la norma específica aplicable.

Esta última ha sido la alternativa por la que se ha decantado el legislador europeo en su art. 36 RSE, al establecer que:

En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes en dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.

Y el art. 38 RSE continúa diciendo que:

Los Estados Miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.

Consecuencia: la aplicación del art. 9.8 CC, que seguirá rigiendo para las sucesiones interregionales⁽³⁰⁾ en relación con el art. 14 CC, que regula la vecindad civil. El gran problema viene dado para todas aquellas personas que, residiendo en nuestro país, opten por la legislación española, pues, como extranjeros, carecen de vecindad civil, pero han elegido la normativa española. Hay que señalar que la propuesta del RSE

equiparaba la unidad territorial a un Estado, de tal manera que si hablabas de un alemán residente en Mallorca, la ley aplicable era la de las Islas Baleares. Ahora bien, puesto que nuestra legislación carece de una regulación específica para resolver los conflictos interregionales, tenemos un problema. Para poder hacer frente a alguno de ellos, el art. 36 RSE continúa diciendo, en su apartado segundo:

A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) Toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

Este segundo inciso supone el uso de una cláusula de remisión directa como subsidiaria de la indirecta analizada anteriormente. El problema, como ya apunta MARGALLÓN ELÓSEGUI⁽³¹⁾, es que este sistema solo resulta operativo cuando la norma de conflicto contenga conexiones que sean capaces de enlazar directamente el supuesto con uno de los ordenamientos locales (por lugar de situación del bien, lugar de comisión del hecho, la residencia o el domicilio). No ocurrirá lo mismo cuando el punto de conexión sea la nacionalidad. Este es el caso español, donde esta cláusula de cierre no nos permitirá señalar la ley aplicable.





Es por ello que el RSE ha optado por establecer una conexión subsidiaria: aquella con la que el causante presente los vínculos más estrechos con su sucesión o que se considere más vinculada al difunto⁽³²⁾. Todo ello sin perjuicio de que, en el supuesto de que exista otro tipo de conexiones, se podrá aplicar la ley del lugar donde se encuentre ubicado un bien.

A diferencia de las propuestas iniciales, se han tenido en cuenta los supuestos de doble nacionalidad del testador/causante⁽³³⁾. El legislador europeo positivamente ha previsto la posibilidad de elección de cualquiera de las nacionalidades que posea como opción, pues uno es tan nacional de un Estado como de otro⁽³⁴⁾, aunque ello suponga que se multipliquen sus opciones. Es por ello que el art. 22 RSE establece que: «Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento». Por tanto, aunque al titular de múltiples nacionalidades se le da la opción de escoger dentro de un abanico de posibilidades, habrá de tener en cuenta que en todo caso se deberá respetar el principio de unidad de la sucesión.

En el supuesto del apátrida, al carecer de nacionalidad, no puede optar, no puede ejercer la *professio iuris* y, por tanto, la ley aplicable será la del Estado de su última residencia habitual

En el supuesto del apátrida, la elección no será posible, pues carece de nacionalidad y ello es determinante para poder optar. Ello implica que a la sucesión de los sujetos apátridas le será aplicable la ley del Estado de su última residencia habitual. En definitiva, ni tienen nacionalidad, ni tienen la posibilidad de ejercitar la *professio iuris*.

Otro punto interesante es determinar si es válida la llamada *elección de ley escalonada y condicionada*. Así, un franco-español podrá decidir que la ley aplicable a la sucesión sea la francesa, cuya nacionalidad posee; ahora bien, además, podrá establecer que si por algún motivo no pudiera aplicarse esta⁽³⁵⁾, podría decir que elige, en ese caso, la ley española, nacionalidad de la que también es titular, evitando así que se

aplicara la ley subsidiaria determinada por la residencia habitual del causante.

Una vez determinada la ley aplicable, la pregunta que surge es: ¿a qué aplica esta ley? El art. 23 RSE establece un ámbito amplio que abarca prácticamente todos los aspectos de la sucesión. En este sentido, aplica a: i) las causas, el momento y lugar de apertura de la sucesión; ii) la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites; iii) la capacidad para suceder; iv) la desheredación y la incapacidad de suceder por causa de indignidad; v) la transmisión a los herederos (y, en su caso, a los legatarios) de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado; vi) las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular, en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores, sin perjuicio de las facultades contempladas en el art. 29.2 y 29.3 RSE; vii) la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia; viii) la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos; ix) la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados, a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios, y x) la partición de la herencia.

La ley aplicable debe determinar quiénes son los beneficiarios en la sucesión. Ello implica tener en cuenta: a) que la elección de la ley nunca podrá venir dada por ellos: ni los herederos, ni otros familiares o terceros, y b) que en el RSE se emplea la palabra *beneficiarios* en sentido amplio, comprendiendo a herederos, legatarios y legitimarios, y sin perjuicio de que, evidentemente, la posición de unos y otros según la legislación aplicable no sea la misma.

Una de las cuestiones que más desconianza ha generado respecto a la posibilidad de elegir una ley para que rijan la sucesión es que, mediante esta, se puedan eludir las normas imperativas del Estado de su nacionalidad o residencia habitual que es-

tablecen reservas o legítimas que deben ir a parar a ciertas personas. Este temor es fundado, aunque no es menos cierto que, en realidad, lo que ocurre es que el causante va a poder elegir entre la «lista de legitimarios»⁽³⁶⁾ prevista en la ley de la residencia habitual o en la de la nacionalidad que posea, pudiéndose dar el caso de que la ley elegida no contemple la existencia de legitimarios⁽³⁷⁾. Es más, se rompe en nuestro Derecho con la especial protección que dispensábamos a estos sujetos a través de lo que se llama *escisión funcional*, aplicando la ley elegida a toda la sucesión pero exceptuando a los legitimarios, a quienes se aplicaría otra distinta. Y todo ello sin que se pueda justificar que existe un problema de orden público internacional por el hecho de que existan ciertas leyes que no prevén la institución legitimaria o equivalente.

2. Unidad de la sucesión

Como ya se ha dicho antes, el RSE opta por aplicar una única ley para que rijan todos los aspectos del fenómeno sucesorio de una persona, con independencia de la naturaleza de los bienes que integren la herencia y del lugar donde estos se encuentren, ya sea otro Estado Miembro o un tercer Estado⁽³⁸⁾. Por tanto, se está optando por el criterio de la unidad⁽³⁹⁾ y universalidad⁽⁴⁰⁾ de la ley aplicable a la sucesión⁽⁴¹⁾. Ello tiene su fundamento en la seguridad jurídica de la que quiere dotar el legislador a estas sucesiones, puesto que se evita la fragmentación de la sucesión: se prohíbe cualquier tipo de *dépeçage*. Con ello, se consigue una aplicación uniforme de la norma.

A sensu contrario, esto implica que: a) no es válida la «elección parcial» de la ley aplicable. No se podrá, por ejemplo, escoger la ley nacional para los bienes inmuebles de Francia, o para los legados, pero sin decir nada más respecto al resto de los bienes hereditarios; b) de la misma manera, no cabe que cada segmento de la herencia sea regulado por una ley nacional distinta, de tal manera que no sería válida la elección de aplicar la ley nacional para una cosa y la de la residencia habitual, para otra parte de la herencia.

No obstante, hay que recordar la universalidad del RSE recogida en el art. 20⁽⁴²⁾, que determina que será válida la elección cuando sea tanto la ley de un Estado Miembro como la ley de un tercer Estado. Por tanto, le será aplicable esta normativa tanto a un



no nacional de la UE establecido aquí como incluso a un ciudadano europeo que haya dejado bienes en un tercer país.

Es importante recordar que la norma (y, por tanto, la ley elegida) solo se aplicará a las sucesiones *mortis causa*. Ello excluye, siguiendo lo dispuesto en el art. 1 RSE, las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas. Esto es muy importante, especialmente en lo relativo a la tributación, donde la ley nacional será la que marcará la modalidad de cálculo, el pago de los tributos relacionados con la sucesión a cargo de la herencia o qué debe ser abonado por los beneficiarios. Y, de paso, así se evita que escojamos una ley u otra en función de la fiscalidad.

También es importante la cuestión relativa a la determinación de la nacionalidad de una persona. El RSE excluye de manera clara esta cuestión, dejando la precisión de cómo se determina la pertenencia a un Estado u otro por los respectivos países⁽⁴³⁾.

Asimismo, quedan fuera del ámbito de aplicación de la elección de la ley, por estar fuera de la regulación del propio RSE⁽⁴⁴⁾: a) el estado civil de las personas físicas y las relaciones familiares; b) la capacidad jurídica de las personas físicas; c) las cuestiones relativas a la desaparición, ausencia o presunción de muerte de una persona física; d) las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como los regímenes patrimoniales de las relaciones que tienen efectos similares al matrimonio y las obligaciones de alimentos distintas de las que tengan su causa en la muerte; e) los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión; f) las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros, así como las relativas a la disolución, extinción y fusión de las mismas; g) la creación, administración y disolución de *trusts*, y h) la naturaleza de los derechos reales, así como cualquier inscripción de los mismos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro y los efectos de aquella o su omisión en el mismo.

Resumiendo: si volvemos a la elección, recordemos que se puede escoger entre la ley de la nacionalidad en el momento de otorgamiento del testamento o en el momento del fallecimiento, pues, en su defecto, ya sabemos que se aplicará la de la residencia habitual del causante. Y tam-

bién hechos dicho que está prohibido elegir varias leyes para una sucesión, en consonancia con el citado principio de unidad y universalidad de la sucesión, inspirador del RSE, tal y como establece el art. 23⁽⁴⁵⁾. Pero, dando un paso más allá, en el supuesto de que el causante ostente varias nacionalidades, no puede elegir «leyes sucesorias» cumulativamente aplicables. La sucesión, repito, solo podrá quedar regulada por una sola ley nacional, consiguiendo sencillez en la aplicación y comprensión tanto para el causante como para los Tribunales.

Se puede escoger entre la ley de la nacionalidad en el momento de otorgamiento del testamento o en el momento del fallecimiento, pues, en defecto, se aplicará la de la residencia habitual del causante

La ley determinada será la que deba regir desde su apertura hasta la transmisión a los herederos/legatarios de la propiedad de los bienes, derechos y acciones que compongan la herencia, incluyendo la administración del caudal hereditario y la responsabilidad de las deudas y cargas de esta. A título ejemplificativo, el art. 23 RSE lo determina.

Si bien esto es así, se establecen algunas restricciones a este principio: así sucederá con los pactos sucesorios (que posteriormente analizaremos), la determinación de los derechos legitimarios u análogos que puedan existir, en la sucesión de determinados bienes [art. 30 RSE⁽⁴⁶⁾] o en la aplicación en favor de la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles, recogida en el art. 31 RSE⁽⁴⁷⁾. Todos ellos, específicamente, no los analizaré en este trabajo; ahora bien, la aplicación de los mismos y, por tanto, la posible existencia de un fraccionamiento en la ley aplicable nos determinará hasta qué punto el principio de unidad no se ve desquebrajado, aunque sea parcialmente, por la interacción de dichas excepciones.

Pero, más allá de este supuesto, la disparidad de leyes es muy probable que exista en el día a día de estas sucesiones, especialmente cuando haya manifestación de la voluntad sucesoria vía testamento o pacto sucesorio. Esto sucederá porque, por un lado, tendremos la ley que determine la

validez del testamento y, por otro, la que se aplique en la sucesión.

3. Forma de la elección

El tema de la forma de la elección es interesante por las cuestiones que deben tratarse:

- i) El consentimiento del causante en el momento de la elección. Como todo acto que vincula a quien lo realiza, es necesario que el consentimiento emitido por el causante sea válido. El art. 22.3 RSE⁽⁴⁸⁾ y el Considerando 40 corroboran esta idea.
- ii) La capacidad del causante en el momento de la elección. La solución para este punto es la misma que la anterior. Así lo recogen los arts. 22.3 y 26.1.a) RSE.

En estos dos primeros casos, en los que se aplicará la ley elegida conforme al art. 22.3 citado⁽⁴⁹⁾, estamos ante lo que el RSE llama *validez material de las disposiciones mortis causa*, entendiendo por tal, según su art. 26:

- La capacidad del disponente para realizar la disposición *mortis causa*.
- Las causas específicas que impidan al disponente disponer a favor de determinadas personas o que impidan a una persona recibir bienes sucesorios de aquel.
- La admisibilidad de la representación a efectos de realizar una disposición *mortis causa*.
- La interpretación de la disposición *mortis causa*.
- El fraude, la coacción, el error o cualquier otra cuestión relativa al consentimiento o a la voluntad del disponente.

- iii) La forma de la elección. El art. 22.2 RSE establece que: «La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa* o habrá de resultar de los términos de una disposición de este tipo».

Si bien en un primer momento y en la propuesta se hacía referencia solo a que «se expresará», lo que conllevaba a la consecuente discusión acerca de si tenía que hacerse mención expresa



o tácita de esta, el cambio del art. 22.2 RSE ha sido muy importante. Ahora se contempla tanto la designación expresa como la tácita⁽⁵⁰⁾. Como vemos, la forma de elección es estricta, pero no rígida. Es decir, que esta puede hacerse explícitamente o bien resultar de las disposiciones *mortis causa*. En definitiva, se admiten ambas elecciones, pero no la presunta.

Respecto a la forma expresa, hay que tener en cuenta que, siempre y cuando se cumplan los requisitos formales de una disposición testamentaria, la elección es válida. ¿Sería válido el testamento que solo dijese «*es mi voluntad que mi sucesión se rija conforme a la ley española*»? La respuesta es positiva, si atendemos a la *professio iuris*; ahora bien, no es un testamento, sino un documento notarial⁽⁵¹⁾.

La forma tácita, por otro lado, es aquella que se da cuando la elección de la ley deriva o resulta de los términos de una disposición *mortis causa*, de manera clara, indubitada e inequívoca. Esto puede darse: a) porque se cite en el testamento una institución que existe en una legislación de un país concreto (como sería el supuesto del *trust*); b) en el caso de que existan elementos varios que lleven a entender cuál es la ley a aplicar, como el Notario, la voluntad tácita o el idioma usado, entre otros, pero todos juntos, nunca por separado, pues solo uno de

ellos no será suficiente para hacer válida la elección⁽⁵²⁾.

Ello puede llevar a que un testamento sea nulo cuando un sujeto tiene varias nacionalidades y hace el testamento sin autoridad pública que medie. De ahí la importancia de la intervención notarial, pues, en caso de no hacerse, aquí tendremos un problema para indagar la verdadera voluntad del testador, quien no ha realizado manifestación clara al respecto y, como comentábamos, el aplicar una ley u otra puede llevar a soluciones radicalmente opuestas.

Un testamento puede ser nulo cuando un sujeto que tiene varias nacionalidades lo hace sin autoridad pública que medie. De ahí la importancia de la intervención notarial

4. Críticas o problemas derivados de la *professio iuris*

Uno de los grandes problemas que conlleva esta facultad de elección establecida por el legislador europeo es que, con ella, se permite al causante evadir las normas sucesorias que establecen derechos legítimos o incluso reservas hereditarias. Es

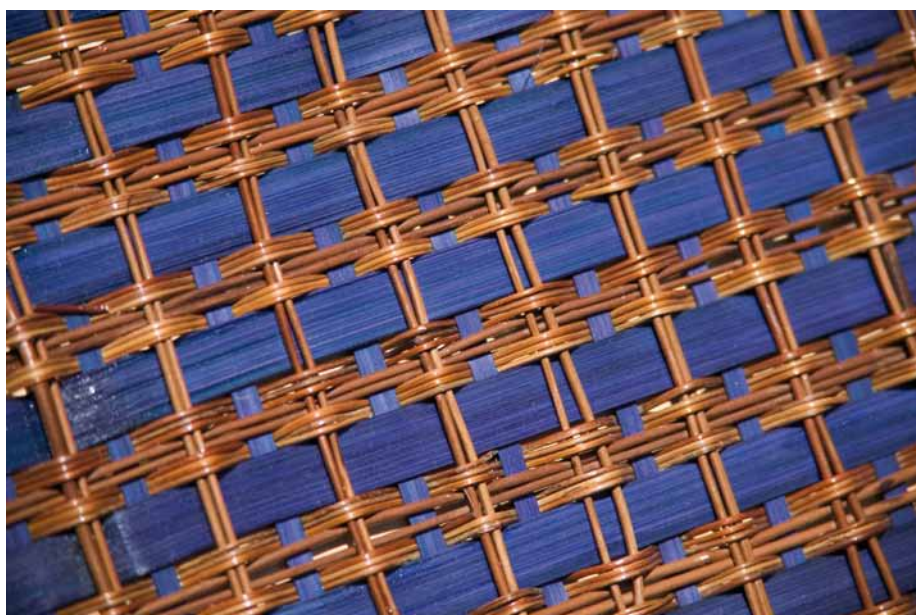
decir, a través de la elección de una ley en concreto, puede tener plena disposición de sus bienes, llegando a vulnerar las normas imperativas de la ley aplicable (en defecto de elección) y frustrar legítimas expectativas a los posibles herederos. Pues no hay que olvidar que la ley sucesoria elegida es la que va a determinar cuál es el grado de libertad dispositiva que ostenta el causante y, en su caso, qué límites tiene a la hora de hacer la disposición *mortis causa* o pacto sucesorio en cuanto a la ordenación de la sucesión.

Aunque esto puede llegar a ser cierto, la realidad es que el hecho de que la *professio iuris* se encuentre restringida solo a la ley nacional o de la residencia habitual ha hecho que el riesgo de abuso en la elección se reduzca considerablemente, pues no se podrá escoger una legislación que no esté conectada con el causante, de tal manera que los herederos forzosos del causante puedan, de manera más o menos cierta, prever las cuotas hereditarias en relación con estas dos legislaciones.

En este sentido opina algún que otro autor⁽⁵³⁾, pues esta medida es positiva al eliminar el cambio consciente a un país «de conveniencia» para que se altere la residencia habitual en el momento del otorgamiento del testamento y luego regresar al país de origen, congelando la ley aplicable a la sucesión. Y, de igual manera, se evitan residencias *de facto*, fiscales o la que rija su régimen económico matrimonial.

En otro orden de cuestiones, hay que llamar la atención sobre la posibilidad de que la ley aplicable a la sucesión sea distinta a la prevista para el estatuto económico matrimonial. Debido a la movilidad de las personas, junto con la cada vez más frecuente existencia de parejas de distintos países o distintas regiones, existe el peligro de que el cónyuge superviviente perciba más o menos de lo que cualquiera de las normativas le pudiera conceder. Si bien la normativa sobre matrimonio y sus efectos se encuentra excluida de la regulación del RSE, se propone por parte de algún autor⁽⁵⁴⁾ que el testador elija como ley de la sucesión la misma que rige los efectos patrimoniales del matrimonio.

Algo parecido puede suceder con los herederos necesarios. Si bien (art. 9.8 CC) se protegen en cierto modo los derechos sucesorios de estos sujetos, la *professio iuris* no excluye por entero el riesgo de que los





sucesores necesarios reciban menos de lo que les atribuiría la normativa competente en defecto de elección. En cualquier caso, me remito a lo tratado ya en este aspecto.

Finalmente, y dado el uso frecuente de los mismos en el día a día del mundo anglosajón, este RSE no es de aplicación a las cuestiones relativas a los *trusts* (su creación, administración y disolución). Esta exclusión no implica que no reconozca esta figura (que sí lo hace), sino que si se ha creado un *trust* por testamento o por ley en relación con la sucesión intestada, la ley aplicable a la sucesión determinada con arreglo al RSE regulará la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios. Al hilo de esta solución, todos los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por medio distinto a la sucesión (por ejemplo, por donación) también quedan fuera del ámbito. Debe ser la ley aplicable a la sucesión (como consecuencia de las disposiciones del RSE) la que determine si las liberalidades o cualquier otra disposición *inter vivos* que afecte a la adquisición de un derecho real antes del fallecimiento debe ser reintegrada o tenerse en cuenta a los efectos del cálculo de las cuotas hereditarias.

III. PACTOS SUCESORIOS ⁽⁵⁵⁾

El art. 25.1 RSE es el que regula los pactos sucesorios, al decir que:

1. *Un pacto sucesorio relativo a la sucesión de una sola persona se registrará, por lo que atañe a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, por la ley que, en virtud del presente Reglamento, fuese aplicable a su sucesión si aquella hubiera fallecido en la fecha de conclusión del pacto.*

2. *Un pacto sucesorio relativo a la sucesión de varias personas únicamente será admisible en caso de que lo sea conforme a la ley que, de conformidad con el presente Reglamento, hubiera sido aplicable a la sucesión de cada una de ellas si hubieran fallecido en la fecha de conclusión del pacto. Un pacto sucesorio que sea admisible en virtud del párrafo primero se registrará, en cuanto a su validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, por aquella de las leyes referidas en dicho párrafo con la que presente una vinculación más estrecha.*

3. *No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, las partes podrán elegir como ley aplicable al pacto sucesorio, por lo que respecta a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, la ley que la persona o una de las personas de cuya sucesión se trate habría podido elegir de acuerdo con el artículo 22 en las condiciones que este establece.*

Los pactos sucesorios son una especie de disposición *mortis causa* que no está reconocida en todos los Estados Miembros. Es por ello que el RSE determina cuál será la ley aplicable a estos, su admisibilidad, validez material, efectos vinculantes entre las partes y condiciones de resolución, para así facilitar su adquisición por parte de los afectados

Los pactos sucesorios son una especie de disposición *mortis causa* que no está reconocida en todos los Estados Miembros. Es por ello que el RSE determina cuál será la ley aplicable a estos, su admisibilidad, validez material, efectos vinculantes entre las partes y condiciones de resolución, para así facilitar su adquisición por parte de los afectados.

Al igual que sucede en la ley del testamento, que «elude» la ley elegida en cuanto a la admisibilidad y validez material de la disposición, la ley del pacto sucesorio sustrae de la ley sucesoria estos dos conceptos, junto con los efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones de su resolución.

Cuando hablemos de *admisibilidad*, se referirá únicamente a si se puede otorgar un tipo de pacto sucesorio (y también, por extensión, de testamento o disposición *mortis causa*). Ahora bien, hay que tener en mente que los pactos sucesorios suelen ser muy específicos y regulados minuciosamente por la ley dentro de unos límites específicos.

En lo que concierne a la validez material y al hilo de lo comentado al hablar del art. 26 RSE, este es aplicable en su totalidad.

Y, finalmente, respecto a los efectos vinculantes de las partes, se restringen justamente a estos mismos únicamente, dejando de lado a terceras personas que pudieran verse beneficiadas por el pacto o a los propios herederos forzosos que se puedan ver perjudicados, en cuyo caso traemos a colación lo dicho anteriormente a este respecto.

Sea como fuere, no hay que perder de vista el hecho de que este artículo rompe con el principio de unidad de la sucesión que se prevé en el conjunto del RSE. Y es así porque permite que existan dos leyes a aplicar: una en el momento de la constitución de pacto sucesorio y otra aplicable a la sucesión. Por ello, nos podemos encontrar: a) que el pacto sucesorio se rija por la ley de la residencia habitual del disponente en el momento de concluir el acuerdo; b) que a la sucesión se le aplique otra ley (por ejemplo, la ley de la nacionalidad/residencia habitual en el momento del fallecimiento).

IV. FORMA: LA ELECCIÓN HA DE REALIZARSE EN TESTAMENTO O DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* ⁽⁵⁶⁾

La importancia de la sucesión determina que el legislador haya querido sujetar la elección de la ley aplicable a unas exigencias formales. Así, el art. 22.2 RSE establece que: «*La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa o habrá de resultar de los términos de una disposición de este tipo*»⁽⁵⁷⁾.

Dos puntos son los que se deben analizar aquí: en primer lugar, ¿qué disposiciones son válidas? Y, por ende, ¿qué testamentos y cómo los notarios hemos de autorizar y redactar un testamento/disposición *mortis causa* para que no haya problemas de validez del mismo?

Sin perjuicio de lo ya visto en materia de tipos de clausulado válido para que la elección sea válida, el testamento o disposición *mortis causa* ha de tener validez formal. El art. 27 RSE determina que la disposición realizada por escrito será válida siempre y cuando responda a la ley del Estado en que se realizó la disposición o se celebró el pacto sucesorio; o la ley del Estado cuya nacionalidad poseyera el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, bien en el momento en que se realizó la disposi-

ción o en que se celebró el acto, bien en el momento del fallecimiento; o la del Estado en el cual el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, tuviera su domicilio, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento; o la del Estado en el cual el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, tuviera su residencia habitual, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento, o, respecto de los bienes inmuebles, la del Estado en el que estén situados.

Esto mismo será aplicable en el supuesto de revocación o modificación de la disposición *mortis causa*.

V. REVOCACIÓN O MODIFICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES *MORTIS CAUSA*

Toda disposición *mortis causa* puede ser revocada o modificada. En este caso, el art. 22.4 RSE establece que cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o revocación de las disposiciones *mortis causa*.

Pese a que existan hechos externos que puedan dar lugar a la ineficacia o anulación de un testamento, estos no afectan a la validez o revocación de la elección de la ley de la sucesión, sino que solo alteran la validez del testamento

Ello implica que toda modificación o revocación deberá cumplir los requisitos formales previstos en el propio RSE. Sin embargo, la validez del consentimiento dado al revocar o modificar su elección quedará sujeta a la ley elegida en un primer lugar⁽⁵⁸⁾.

La revocación podrá ser expresa o tácita, tal y como se puede escoger la ley, de tal manera que la labor investigadora, en este último caso, será otra vez precisa.

Finalmente, pese a que existan hechos externos que puedan dar lugar a la ineficacia o anulación de un testamento (como,

por ejemplo, un nuevo matrimonio o el divorcio), estos no afectan a la validez o revocación de la elección de la ley de la sucesión, sino que solo alteran la validez del testamento. Por tanto, la sucesión va a estar sujeta a la ley elegida pese a estas situaciones.

BIBLIOGRAFÍA

CALÒ, E., «El Proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre ley aplicable a las sucesiones: Lo que no se ha dicho. Reflexiones sobre el Derecho italiano», en *InDret*, n.º 3/2010. <<http://www.indret.com>>

CALVO VIDAL, I. A., «El Derecho de Sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 328, Mayo 2012, págs. 97-107.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Ed. Comares, Granada, 2014.

DEUTSCHES NOTARINSTITUT, *Les successions internationales dans l'UE. Perspectives pour une harmonisation*, Ed. DNotl, Würzburg, 2004.

ESPIÑEIRA SOTO, I., «Reflexionando sobre el Reglamento de Sucesiones», 2012. <<http://notariosyregistradores.com>>

— «La ley rectora de la admisibilidad y validez de las disposiciones *mortis causa*. Incidencia de la *professio iuris*», 2012. <<http://notariosyregistradores.com>>

FONT I MAS, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014.

FONTANELLAS MORELL, J. M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», en *Dereito*, vol. 20, n.º 2, 2011, págs. 83-129.

FUGARDO ESTIVILL, J. M., «En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo», en *Colectión Notariado Hoy*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

GARCÍA CUETO, E., «Algunos apuntes sobre la Propuesta de Reglamento Europeo de Sucesiones y sobre el certificado suce-

sorio europeo», en *La Notaria*, n.º 4/2011-1/2012, págs. 127-138.

HEREDIA CERVANTES, I., «El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones», en *Diario La Ley*, n.º 7933, 2012.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, Octubre 2013, págs. 350-370.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., «El Reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: El caso español», 2013. <<http://www.forulege.com>>

PRATS ALBENTOSA, L., «Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en la Unión Europea y creación del certificado sucesorio europeo», en *Diario La Ley*, n.º 7929, 2012.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», en *InDret*, n.º 1/2013. <<http://www.indret.com>>

RUBIO TORRANO, E., «Reglamento Europeo de Sucesiones», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, n.º 1, Abril 2013, págs. 17-20.

SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Aproximación al Reglamento europeo de sucesiones y de creación del certificado sucesorio europeo», en *Iuris*, n.º 175, Septiembre 2012, págs. 18-22.

(1) Reglamento (UE) n.º 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

El presente Reglamento está en vigor desde el día 16 de agosto de 2012, si bien será aplicable en su regulación principal a partir del 17 de agosto de 2015. Sin embargo, los arts. 77 y 78 son de aplicación desde el día 16 de enero de 2014, y los arts. 79, 80 y 81, a partir del día 5 de julio de 2013.

Asimismo, la normativa no será de aplicación al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Sin perjuicio de ello, y según lo previsto en el Protocolo 21 y 22 sobre la posición de estos países en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia, los dos primeros (el Reino Unido e



- Irlanda) podrán notificar su intención de aceptar el Reglamento tras su adopción, de acuerdo con lo previsto en el art. 4 del Protocolo 21.
- (2) De conformidad con lo dispuesto en el art. 81.2.c) del Tratado de Funcionamiento de la UE.
- (3) Entre los que encontramos la mediación y el arbitraje.
- (4) Como apunta RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, pág. 7, existen autores que han puesto en entredicho que la UE tuviera competencia para regular las sucesiones transfronterizas, haciendo uso, como consecuencia de ello, de la reconocida en el art. 65 del Tratado de la Unión Europea para adoptar el presente Reglamento.
- (5) A título de ejemplo, a lo largo de la última década se han aprobado y publicado unos cuantos, entre los que resalto: Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000; Reglamento Roma III [Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial], o el Reglamento Roma I [Reglamento (UE) n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, entre otras].
- (6) El RSE viene precedido por el Plan de Acción de Viena de 1998, el programa de medidas adoptado el 30 de noviembre de 2000, en el seno de la Comisión y del Consejo, en aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; el «Programa de la Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea», del Consejo Europeo, reunido en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, y el «Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», del Consejo Europeo, reunido en Bruselas los días 10 y 11 de diciembre de 2009, específicamente. Hay que recordar que el RSE se aplica a todas aquellas sucesiones por causa de muerte que se abran tras el 17 de agosto de 2015 (art. 83). Ahora bien, las disposiciones transitorias ya permiten la elección de la ley aplicable y el otorgamiento de disposiciones *mortis causa* antes de la entrada en vigor del presente Reglamento, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos.
- (7) En este sentido se pronuncian los considerandos 1, 2 y 7 RSE.
- (8) Hay que recordar que el RSE utiliza la palabra *tribunal* para referirse (art. 3.2) a todo órgano judicial, así como a las demás autoridades y profesionales del Derecho, con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial o bajo su control, siempre que tales autoridades o profesionales garanticen su actuación con imparcialidad. Entre ellas, se encuentran los notarios.
- (9) *Notariado* entendido como el integrante de lo que conocemos como *Notariado latino*, compuesto por más de cuarenta mil profesionales miembros de la UE y agrupados en el Consejo General del Notariado (CNUE). A nadie se le escapa que el Notariado latino tiene unas características tales (independencia, capacitación jurídica e imparcialidad, entre otras) que dotan a la escritura pública o documento que autoricen de especiales efectos, en particular, en lo que se refiere al ámbito probatorio y ejecutivo. Por tanto, los documentos autorizados por unos y otros no pueden compararse, pues no se puede hablar de documentos equivalentes.
- (10) A nivel ejemplificativo, CALVO VIDAL, pág. 105, vincula el Notariado con la expedición del certificado sucesorio europeo, así como, en el ámbito de la competencia, con las declaraciones de herederos ab intestato.
- (11) Criterio seguido por el Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, antecedente de la normativa que estamos estudiando en el presente trabajo.
- (12) Alemania, España (art. 9.8 CC) e Italia, entre otros.
- (13) Como, por ejemplo, Dinamarca o los Países Bajos.
- (14) La unidad de la sucesión facilita la planificación de la propia sucesión, pues se podrá prever la aplicación de un mismo sistema sucesorio para la totalidad de los bienes y sujetos implicados en la herencia. Esta ventaja no se produce con el fraccionamiento sucesorio.
- (15) Continúa estableciendo dicho artículo, en su apartado segundo: «*Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado.*»
- (16) Hay que apuntar la dificultad que supone establecer en ciertos casos qué es la residencia habitual de una persona, especialmente respecto a todos aquellos sujetos que están cambiando de lugar de trabajo frecuentemente o han tenido varios domicilios a lo largo de su vida. Asimismo, los conceptos *domicilio* y *residencia habitual* no son totalmente sinónimos, con lo que hay alguna que otra implicación a nivel léxico que también podría influir a la hora de valorar las figuras en un Estado u otro.
- (17) El origen de la *professio iuris* se encuentra en la Edad Media, donde las profesiones iuris eran manifestaciones por las que los que intervenían en cualquier negocio jurídico declaraban cuál era la ley aplicable, es decir, el Derecho al que sujetaban el negocio en concreto. Tras un periodo sin uso de dicha terminología, se recuperó la institución en sede del Derecho Internacional Privado al hablar de la elección que se le daba al testador para escoger la ley aplicable a su sucesión, especialmente reconocida en el marco del Convenio de La Haya de 1989 (art. 5), sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. Esta idea vuelve a plasmarse actualmente en el Reglamento (UE) n.º 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. En relación con el origen de la institución y para una primera aproximación a los estudios previos al RSE, véase FONTANELLAS MORELL.
- (18) Postura mantenida por la Unión del Notariado Latino desde el año 1967, en sesión en Niza, y 1987, en el Cairo, y por el art. 5 del Convenio de La Haya de 1989, sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte: «Cualquier persona podrá designar la ley de un Estado determinado para que rija la totalidad de la sucesión. La designación solo surtirá efecto si, en el momento de la misma o en el del fallecimiento, dicha persona fuera nacional de ese Estado o tuviera su residencia habitual en el mismo».
- (19) FONTANELLAS MORELL, pág. 86, nota 19, en relación con la importancia de la jurisprudencia de intereses a fin de en-



tender el porqué de la elección de la ley. Y es que, como resume el autor, el interés de que exista un cierto tráfico jurídico de bienes determina también que el disponente pueda concretar la normativa a la que se sienta más apegado, siendo por regla general la del lugar donde estos radiquen, la de la nacionalidad o la del domicilio del testador.

- (20) A diferencia de lo que sucede con la elección de la ley aplicable a las relaciones contractuales, en la sucesión, las leyes a elección están tasadas previamente, pues solo se permite la alternatividad entre aquellas con las que se mantiene una relación más estrecha. En este sentido, son solo tres las que guardan esta proximidad: la ley de la nacionalidad del testador, la del domicilio/residencia habitual y la ley del lugar donde se encuentran los bienes inmuebles hereditarios.
- (21) La determinación de la ley nacional del causante es un tema previo a la sucesión y debe analizarse fuera del ámbito del RSE. Está sujeta, por tanto, a la legislación nacional de cada país y, en su caso, a la existencia de convenios internacionales aplicables.
- (22) Se opta por lo que se conoce como *professio stricta* (frente a la *professio amplia* o *professio favor fori*). En este sentido, encontramos la legislación suiza (arts. 90 y 91 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, que establece, en su art. 90: «1. La sucesión de una persona que haya tenido su último domicilio en Suiza se rige por el Derecho suizo. 2. Un extranjero podrá, no obstante, someter su sucesión, por testamento o pacto sucesorio, al Derecho de uno de sus Estados nacionales...»); la legislación italiana (art. 46 de la Ley italiana de Derecho Internacional Privado, de 31 de mayo de 1995, que establece: «1. La sucesión por causa de muerte se regulará por la ley nacional del sujeto de cuya herencia se trate en el momento de la muerte. 2. El sujeto de cuya herencia se trate podrá someter, con declaración expresa en forma testamentaria, toda la sucesión a la ley del Estado en que resida»), y, en el mismo sentido, las legislaciones holandesa, belga, búlgara y estonia.
La *professio amplia* es la que permite elegir entre ley nacional, ley del domicilio/residencia habitual y lugar de situación de los bienes inmuebles. Encontramos esta opción en Quebec, donde el art. 3098 de su Código Civil, redactado conforme a la Ley de 18 de diciembre de 1991, establece: «Las sucesiones que comprendan bienes muebles se rigen por la ley del último domicilio del difunto; las que compren-

dan bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Sin embargo, una persona podrá designar por testamento la ley aplicable a su sucesión, a condición de que esta ley sea la del Estado de su nacionalidad, o de su domicilio, en el momento de la designación o de su fallecimiento o, aún, la de situación de un inmueble que posea, pero solamente en lo concerniente a este inmueble».

La *professio favor fori* es la que contempla el Derecho aplicable en Nueva York, que permite que a la sucesión de los bienes muebles existentes en el Estado de Nueva York le sea aplicable, en vez de la ley del domicilio del causante, la ley de foro.

- (23) La necesidad de que se aplique a la totalidad de la sucesión fue puesta de manifiesto y reclamada por las posiciones italiana, holandesa, belga y búlgara, sistema que ya se utiliza en todas esas legislaciones y donde existe un tratamiento unitario de la sucesión.
- (24) Ello no es óbice para los acreedores, quienes podrán adoptar medidas adicionales conforme a su Derecho nacional a fin de salvaguardar sus derechos (Considerando 45).
- (25) La elección, además, elimina los problemas de aplicación del criterio de la residencia habitual en supuestos difíciles.
- (26) Como ya he adelantado anteriormente, la residencia habitual es a veces difícil de determinar, pues se tendrán en cuenta varias cuestiones, como los años precedentes al fallecimiento de una persona, las condiciones de la residencia (profesionales, residencias temporales, etc.) o en relación con la existencia de uno o varios bienes titularidad del causante. Todo ello implica que sea complicado establecer el vínculo más estrecho en determinadas situaciones.
- (27) Es decir, que se tienen con dicho Estado aplicable los vínculos más estrechos, lo que suele implicar una reducción de costes conflictuales.
- (28) Art. 36 RSE: «1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión».
El siguiente apartado hace referencia a la solución en caso de que no existan tales normas internas sobre conflicto de leyes. Art. 37 RSE: «Toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en ma-

teria de sucesiones se entenderá como una referencia al sistema jurídico o al conjunto de normas determinado por las normas vigentes en dicho Estado. A falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha».

- (29) En este sentido, el Convenio de Roma de 1980, Roma I (art. 19), y Roma II (art. 25).
- (30) En este sentido, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, pág. 8.
- (31) MAGALLÓN ELÓSEGUI, pág. 5.
- (32) «b) Toda referencia a la ley del Estado a la que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efecto de determinar la legislación aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha».
- (33) En este sentido, cabe tener en cuenta el Convenio del Consejo de Europa sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963.
- (34) Poco importa que tenga una nacionalidad efectiva o más utilizada, o la que se adquirió primero, pues todo sujeto con más de una nacionalidad tiene el derecho a invocar cualquiera de estas. Con ello, evitamos determinar cuál es la nacionalidad efectiva y los problemas de *forum shopping* relacionados con la existencia de elegir entre varias leyes.
- (35) Por ejemplo, si se diera una excepción de orden público internacional.
- (36) Así nos lo explica CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 131.
- (37) Ocurriría en el caso de elegir, por ejemplo, la ley inglesa en detrimento de una ley que contemple la figura de las legítimas, como en el caso del Derecho español.
- (38) En este sentido, el Considerando 57: «Las normas en materia de conflicto de leyes establecidas en el presente Reglamento pueden llevar a la aplicación de la ley de un tercer Estado. En tales casos, se han de tomar en consideración las normas de Derecho Internacional Privado de ese Estado. Si esas normas disponen el reenvío a la ley de un Estado Miembro o a la ley de un tercer Estado, que aplicaría su propia ley a la sucesión, ese reenvío se debe aceptar a fin de garantizar la coherencia internacional. No obstante, se ha de excluir el reenvío en aquellos casos en que el causante haya hecho la elección de la ley en favor de la ley de un tercer Estado».



- (39) Como también sucede en el Convenio de La Haya de 1989, de sucesiones por causa de muerte.
- (40) Posee carácter *erga omnes*, en la misma línea que sucede con los reglamentos Roma I, Roma II y Roma III.
- (41) Como ya comenté anteriormente, es el criterio por el que se opta en España, como ya estableció el Tribunal Supremo en sentencias de la Sala 1.^a de 15 de noviembre de 1996, de 21 de marzo de 1999 y de 23 de septiembre de 2002.
- (42) Art. 20 RSE: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado Miembro».
- (43) Siempre teniendo en cuenta el pleno respeto al Derecho de la UE y a sus principios generales.
- (44) Art. 1.2 RSE.
- (45) Art. 23.1 RSE: «La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión».
- (46) Art. 30 RSE: «Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión».
- (47) Art. 31 RSE: «Cuando una persona invoque un derecho real que le corresponda en virtud de la ley aplicable a la sucesión y el Derecho del Estado Miembro en el que lo invoque no conozca ese derecho real en cuestión, este deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, ser adaptado al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que aquel derecho real persiga y los efectos inherentes al mismo».
- (48) Art. 22.3 RSE: «La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida».
- (49) El art. 24 RSE establece, respecto a las disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios, que: «1. Las disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios se regirán, por lo que respecta a su admisibilidad y validez material, por la ley que, en virtud del presente Reglamento, habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el disponente podrá escoger como ley que rija la admisibilidad y validez material de su disposición *mortis causa* aquella que el artículo 22 le permite elegir, en las condiciones que dicho artículo establece». Y también: «3. El apartado 1 será aplicable, según proceda, a la modificación o revocación de las disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios. En caso de elección de la ley de conformidad con el apartado 2, la modificación o revocación se regirá por la ley elegida».
- (50) En este sentido, DEUTSCHES NOTARINSTITUT, pág. 83 (francés) y pág. 246 (alemán).
- (51) Así lo explica CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 132.
- (52) CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 133, incluso menciona que el simple hecho de nombrar a una institución legal existente en el país cuya nacionalidad ostente a veces solo parece aplicable a una institución concreta, pero no necesariamente implica que quiera que la ley aplicable a toda la sucesión sea esa de manera tácita.
- (53) Así, CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 134.
- (54) FONTANELLAS MORELL, pág. 88, nota 1.
- (55) Se define, según el art. 3.1.b) RSE: «Pacto sucesorio: todo acuerdo, incluido el resultante de testamento recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo».
- (56) El art. 3.1.d) RSE establece: «Disposición *mortis causa*: un testamento, un testamento mancomunado o pacto sucesorio».
- (57) El art. 5.2.1 del Convenio de La Haya de 1989 establece que: «La citada designación se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte».
- (58) Así, el Considerando 40.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde marzo hasta julio de 2014

Redacción Wolters Kluwer

ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Valoración de la idoneidad de los solicitantes de adopción en el caso en que haya transcurrido el periodo de validez de una anterior declaración de idoneidad

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 138/2014, de 24 de marzo (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 35887/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda y revocaron la resolución administrativa que declaró la falta de idoneidad de los demandantes para la adopción de un menor. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración autonómica que dictó la resolución.

Valoración de la idoneidad de los solicitantes de adopción en el caso en que haya transcurrido el periodo de validez de una anterior declaración de idoneidad. La nueva valoración ha de ser completa, y no limitarse a constatar si respecto de la primera han existido modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de los solicitantes. Pero esta nueva valoración no puede ser contradictoria con la anterior, por lo que si ahora se aprecia que carecen de esta idoneidad, deba darse una explicación razonable que puede derivar de: o bien que siguiendo unos criterios de valoración homogéneos a los empleados para la primera valoración, hay circunstancias relevantes que han cambiado y ponderadas ponen en evidencia la inidoneidad; o bien, no es posible utilizar los criterios empleados en la primera valoración porque se ha puesto de manifiesto que eran insuficientes, y con arreglo a los ahora empleados los solicitantes son inidóneos.

ACCIÓN CAMBIARIA

Estimación de la demanda de oposición por concurrir falta de legitimación pasiva del ejecutado

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 101/2014, de 11 de marzo (Ponente: Sebastián Sastre Papiol) LA LEY 17637/2014

ITER PROCESAL: Estimando el recurso de apelación, la AP Barcelona revocó la sentencia dictada en primera instancia y acordó estimar la demanda de oposición a la acción cambiaria ejercitada. Declara el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad ejecutante.

Pagaré. Aunque no constara en la antefirma, firmó los pagarés reclamados en nombre de la entidad que administraba y no en nombre propio. Fue ésta la que encargó a la ejecutante la realización de unas obras. Los títulos se emitieron en pago de las mismas. La entidad representada por el ejecutado era la obligada a pagar la obra encargada. No pueden alegarse en casación hechos no declarados probados en la instancia. Fue dicha entidad la que remitió los pagarés a la constructora como pago de la obra. Suscribió la relación causal subyacente a través de su representante, el ahora ejecutado. Y aunque no conste el libramiento del pagaré en nombre ajeno, ello fue consentido por la acreedora.

ARRENDAMIENTO DE OBRA

La acción directa del subcontratista no opera tras la notificación al ayuntamiento, dueño de la obra, de la cesión del crédito del contratista a un tercero



Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 215/2014, de 30 de abril (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 62637/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción del directa del art. 1597 CC formulada por el subcontratista contra el ayuntamiento dueño de la obra. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el demandante.

Contrato concertado bajo la vigencia de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Acción directa del subcontratista frente al Ayuntamiento dueño de la obra. Desestimación. Conforme al art. 201.4 de la citada Ley, después de la notificación al dueño de la obra de la cesión del crédito realizada por el contratista a favor de un tercero, ya no opera la acción directa del subcontratista.

Efectos de la novación de la obligación principal sobre el aval constituido en garantía de la misma

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 77/2014, de 3 de marzo (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 17638/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de reclamación de cantidad formulada por el dueño de la obra contra el avalista del constructor. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el avalista y reduce la cuantía de la condena.

Aval a primer requerimiento constituido en garantía de las obligaciones del constructor. Novación del contrato ampliando el plazo de entrega de la obra y la cuantía de la sanción por retraso. No extingue la fianza porque no perjudica la vía de regreso del fiador contra el deudor. Sin embargo, aquél solo responderá en los términos inicialmente pactados.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Exoneración del administrador de la empresa condenada a reparar los daños causados por un defectuoso asesoramiento fiscal

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 251/2014, de 30 de mayo (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 79810/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de reclamación de indemnización por la defectuosa prestación de un servicio de asesoramiento fiscal. La AP Valencia revocó en parte la sentencia del Juzgado y absolvió al administrador de la sociedad prestadora del servicio. El Tribunal Supremo confirma este pronunciamiento.

Daños ocasionados como consecuencia de una defectuosa prestación de un servicio de asesoramiento fiscal. La distinción que hace la jurisprudencia más reciente entre responsabilidad contractual y extracontractual, y el ámbito específico a que se reduce la aplicación de la teoría de la unidad de la culpa civil, no justifica que se extienda la responsabilidad de la sociedad derivada de la defectuosa prestación del servicio contratado, al administrador y socio de esta sociedad encargado de realizar el servicio.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

El TS fija doctrina sobre la subrogación en el arrendamiento de vivienda del hijo del arrendatario en situación de minusvalía

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 386/2014, de 11 de julio (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 84945/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de extinción de arrendamiento de vivienda por el transcurso del plazo de dos años desde la subrogación del demandado. El Tribunal Supremo estima el recurso formulado por este, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

Arrendamiento de vivienda. Demanda de extinción del contrato por el transcurso del plazo de dos años desde la subrogación del demandado, hijo minusválido del arrendatario inicial fallecido. Desestimación. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: en la interpretación de la Disposición Transitoria 2ª B) de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, apartado 4º, párrafo 3º, en relación con la Disposición Adicional novena de la misma Ley, en materia de subrogación mortis causa, es suficiente para reconocer la subrogación que se produzca la situación de convivencia y el hijo se encuentre afectado por la minusvalía, sin necesidad de que esta hubiera sido declarada en el momento del fallecimiento del arrendatario por el órgano competente.

El TS fija el contenido del requerimiento de pago dirigido al arrendatario al amparo del art. 22.4 LEC

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 302/2014, de 28 de mayo (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 64167/2014

ITER PROCESAL: La presente resolución desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de la AP Madrid, Sección 11ª, de 2 Feb. 2012 (Rec. 811/2010).

Arrendamiento de vivienda. Resolución del contrato por impago del IBI. Carece de efectos enervatorios la consignación efectuada por la arrendataria tras su emplazamiento cuando había sido requerida de pago con más de un mes de antelación a la presentación de la demanda. No es necesario que en la comunicación dirigida al arrendatario requiriéndole de pago se le informe de que el contrato va a ser resuelto o que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.

Indemnización por lucro cesante derivada de la ocupación del local arrendado tras la resolución del contrato por expiración del plazo: revalorización de la renta pactada

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 763/2013, de 22 de abril de 2014 (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 60531/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de reclamación de indemnización de los daños y perjuicios derivados de la ocupación del inmueble arrendado entre la fecha de expiración del plazo y la fecha de desalojo. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la arrendadora, casa la sentencia recurrida y estima parcialmente la demanda condenando a la arrendataria al pago de una indemnización por el lucro cesante derivado de la revalorización de la renta pactada.

Arrendamiento de local de negocio. Resolución del contrato por expiración de plazo. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del arrendatario de la obligación de desalojo. Estimación parcial de la demanda. Alcance y contenido de la resolución contractual por incumplimiento. Eficacia “ex tunc” y “ex nunc” de la resolución. Determinación del contenido indemnizable por lucro cesante: procedencia del mismo por la ganancia dejada de obtener por el arrendador por la revalorización de la renta pactada durante la prolongación del periodo de ocupación del local.

AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO

La renuncia al aval por el deudor no supone que el avalista quede liberado de la garantía prestada

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 81/2014, de 4 de marzo (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 21263/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de reclamación del pago del importe cubierto por el aval a primer requerimiento emitido por la demandada. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por ésta.

Extendido en garantía del pago del precio aplazado de una compraventa inmobiliaria, a instancia de la compradora y en beneficio de la vendedora. Reclamación por esta del pago del importe cubierto por el aval. Estimación de la demanda. La entidad avalista no puede quedar liberada de la garantía prestada por la mera renuncia al aval del deudor fiado, ni siquiera cuando vaya unida a la devolución del documento en el que se instrumentó el aval. Una vez emitido este, el deudor ya no puede disponer de él, si no es con el consentimiento del beneficiario, que es quien tiene un derecho a satisfacerse con la garantía si se cumplen las condiciones previstas para ello en el aval. No es necesario estar en posesión del documento aval original para poder hacerlo valer, salvo que se hubiera previsto en las condiciones del aval.

COMPRAVENTA

Ineficacia de la donación de finca, por medio de representante, por falta de poder de disposición del donante al no ser propietario de la finca por haberla vendido antes

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 371/2014, de 1 de julio (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 77816/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de nulidad de escritura de donación de finca y declararon que el demandante era el único propietario de la referida finca. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada.

Compraventa de finca. Falta de inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad pues la finca no había accedido al mismo. Posterior donación de la finca por la representante del vendedor a sí misma en virtud del poder general otorgado por aquel, donde estaba prevista la autocontratación. Inscripción de la donación en el Registro de la Propiedad por inmatriculación. Ineficacia de la donación por falta de poder de disposición del donante (por medio de re-

presentación) al no ser propietario por haber vendido la finca antes. Improcedencia de la protección registral de la donataria al tratarse de una adquisición a título gratuito y carecer de buena fe.

El TS fija doctrina en la que descarta la aplicación de la normativa sobre consumidores en la compra de un despacho para ejercer una actividad profesional de prestación de servicios

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 246/2014, de 28 de mayo (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 84936/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de resolución de contrato de compraventa de local interpuesta por los compradores y estimó la reconversión de los vendedores condenando a los compradores a otorgar escritura pública de compraventa. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por una de las vendedoras, anula la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

Compraventa de local destinado a despacho de abogados. Validez de la cláusula que restringía la facultad resolutoria de los compradores por retraso en la entrega. El Tribunal fija como doctrina jurisprudencial que la compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación.

Desestimación de la acción de cumplimiento contractual ejercitada por la parte vendedora en la demanda principal

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 223/2014, de 28 de abril (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 53485/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de cumplimiento contractual ejercitada por la entidad vendedora y, estimando la demanda reconvenicional interpuesta por los compradores, declaró resuelto el contrato de compraventa y condenó a la reconvenida a la devolución de las cantidades anticipadas. La AP Málaga estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante y condenó a los demandados a cumplir las obligaciones derivadas del contrato y desestimó la acción resolutoria. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandados-reconvinientes y acuerda casar la sentencia recurrida y confirmar la dictada en primera instancia.

Compraventa de inmuebles en construcción. Desestimación de la acción de cumplimiento contractual ejercitada por la parte vendedora en la demanda principal y estimación de la resolutoria formulada en vía reconvenicional por la parte compradora por incumplimiento contractual esencial de la reconvenida. Falta de entrega de los inmuebles por no obtención de las licencias de primera ocupación. La promoción incumplía la normativa urbanística. Cuando la vendedora requirió a los compradores para escriturar las irregularidades urbanísticas existentes eran de suficiente entidad para impedir la concesión de la licencia. No acredita la reconvenida que concurriera un simple retraso. El temor a la frustración de sus legítimas expectativas justifica la resolución instada por los compradores.



Derecho al cobro de los dividendos repartidos desde que la vendedora ejerció la opción de venta de las acciones hasta su entrega efectiva a la compradora

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 208/2014, de 25 de abril (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 79816/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda y condenaron a la demandada a la entrega de los frutos de las acciones objeto del contrato de opción de compraventa celebrado con la demandante. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por ésta y revoca ese pronunciamiento.

Opción de venta y compra de unas acciones. Derecho de la vendedora al cobro de los dividendos repartidos desde que ejerció la opción de venta hasta la entrega efectiva de las acciones a la compradora, la cual se había opuesto a la compra, dando causa a que la optante iniciara un proceso a fin de forzarle a ello, que terminó con una sentencia estimatoria de la demanda. Incumplimiento del comprador como excepción a su derecho a los frutos de la cosa vendida desde la perfección del contrato (art. 1468.2 CC).

Compraventa de acciones de una sociedad previamente disuelta en virtud de proceso concursal

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 204/2014, de 22 de abril (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 50515/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por la vendedora y declaró la obligación de los demandados a dar cumplimiento al compromiso de compraventa de acciones suscrito entre las partes o, subsidiariamente, en caso de imposibilidad sobrevenida, al cumplimiento por equivalencia, condenando a los demandados a abonar la cantidad en que se estimó el precio de las acciones. La AP Badajoz revocó la sentencia del Juzgado y declaró resuelto el contrato por frustración total de la finalidad del mismo. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Compraventa de acciones de una sociedad previamente disuelta en virtud de proceso concursal. Acción de cumplimiento del contrato formulada por la vendedora. Estimación. Compromiso de compraventa de las acciones suscrito entre las partes antes de la declaración concursal. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación por parte de la demandante en el momento en que requirió extrajudicialmente para ello a los compradores y al interponer la demanda, pues la sociedad en concurso subsistía en el tráfico por lo que era perfectamente posible la entrega por la demandante de las acciones si los compradores se hubieran avenido a ello.

El TS ratifica la condena del Bank of Ireland al pago de una indemnización de 103 millones de euros por la compra fallida de un complejo comercial en Zaragoza

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 190/2014, de 16 de abril (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 50513/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declaró resuelto el contrato de compraventa de acciones celebrado entre los litigantes y condenó al comprador incumplidor

a indemnizar en la suma de 90.871.000 euros. La AP Madrid elevó la cuantía de la indemnización hasta los 103.535.250 euros. El Tribunal Supremo desestima los recursos formulados por el comprador.

Compraventa de las acciones de una sociedad propiedad de las vendedoras, la cual estaba construyendo en Zaragoza un complejo comercial. Condición suspensiva de la eficacia del contrato consistente en la obtención de financiación por el comprador. Comunicación remitida por el comprador a las vendedoras confirmando el cumplimiento de la condición, lo que fue aceptado por las vendedoras. Colaboración entre comprador y vendedoras durante todo el año siguiente en lo relativo al centro comercial adoptando decisiones conjuntamente. Posterior comunicación del comprador informando de que finalmente no le habían concedido la financiación. Aplicación de la doctrina de los actos propios. Inexistencia de imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Condena al comprador a indemnizar a las vendedoras en el importe de los daños y perjuicios causados tanto por el daño emergente como por el lucro cesante.

Validez de la cláusula penal que autorizaba al vendedor de la vivienda a quedarse con las cantidades pagadas a cuenta del precio en caso de incumplimiento del comprador

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 214/2014, de 15 de abril (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 71999/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de los compradores solicitando la declaración de nulidad de una de las cláusulas contenida en el contrato de compraventa de vivienda celebrado con la demandada. La AP Murcia confirmó la sentencia del Juzgado, salvo en lo relativo a la imposición de costas. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los compradores. Compraventa de vivienda. Criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula que permite al vendedor la retención de cantidades entregadas a cuenta por el comprador en caso de resolución del contrato por incumplimiento del comprador. En el caso, la cláusula no resulta abusiva pues no produce un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes al haber quedado probado que la indemnización fijada en dicha cláusula era proporcionada a la cuantía de los daños y perjuicios sufridos por el vendedor ya que la cuantía de estos superaba incluso la cantidad que podía retener en aplicación de la estipulación cuestionada. VOTO PARTICULAR.

Absolución de la compradora del pago reclamado por la vendedora

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 97/2014, de 12 de marzo (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 31479/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia condenó a la compradora a pagar a la vendedora el importe del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. La AP Madrid, estimando el recurso de apelación, desestimó la demanda principal y estimó la reconvincente, declarando la nulidad de la cláusula contractual por la que la reconviente asumía el pago de dicho impuesto. Declara el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad vendedora.

Se absuelve a la compradora del pago reclamado por la vendedora, consistente en el importe del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía) por ésta

abonado. Estimándose la demanda reconventional, se declara nula por abusiva la cláusula del contrato por la que la compradora asumía su pago. No se aplicó retroactivamente la Ley 44/2006, sino la Ley 26/1984, de 19 de julio. La cláusula causa un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor. Se transfiere a la compradora una deuda fiscal que corresponde a la vendedora en cuanto beneficiaria del incremento del valor del inmueble vendido, incorporado al precio. No se informó a la adquirente del importe de su obligación.

COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

El TS fija doctrina sobre la obligación del avalista de devolver al comprador las cantidades pagadas a cuenta del precio de la vivienda una vez incumplido el plazo de entrega

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 218/2014, de 7 de mayo (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 71917/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de reclamación al avalista de las cantidades entregadas por el demandante a cuenta del precio de la vivienda adquirida. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante, casa la sentencia recurrida y estima la demanda.

El Tribunal Supremo establece como doctrina jurisprudencial que cuando se demande exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 CC, debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega, por cualquier causa.

CONTRATO DE MEDIACIÓN

El TS fija doctrina sobre el derecho a la retribución pactada por la mediación en la venta de un piso

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 228/2014, de 21 de mayo (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 74472/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de reclamación de la comisión pactada por la mediación en la venta de un piso. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

Venta de piso. El TS fija como doctrina jurisprudencial que el mediador encargado de la venta de una vivienda tiene derecho a la retribución íntegra de la comisión pactada cuando su gestión resulte decisiva o determinante para el "buen fin" o "éxito" del encargo realizado, con independencia de que la venta se lleve a cabo por el oferente sin su conocimiento y del precio final que resulte de la misma.

CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA

Nulidad por error en el consentimiento

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 387/2014, de 8 de julio (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 81186/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de nulidad del contrato de permuta financiera celebrado entre los litigantes. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera demandada.

Incumplimiento del deber de información de la entidad financiera sobre el contenido del contrato y el alcance del riesgo asumido. Contenido del deber de información que se impone a la entidad financiera por la Directiva MiFID. Prestación de un servicio de asesoramiento financiero ya que el banco efectuó un ofrecimiento personalizado del swap a los demandantes, por lo que, conforme a la citada Directiva, estaba obligado a efectuar el test de idoneidad. La omisión del test permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error, pero sí permite presumirlo.

CONTRATO DE PUBLICIDAD

El TS fija doctrina sobre la caracterización y régimen jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus*

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 333/2014, de 30 de junio (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 84939/2014

ITER PROCESAL: Acumuladas dos demandas, la de la empresa adjudicataria de la publicidad, solicitando una reducción del canon a abonar, y la de la empresa ofertante, solicitando la resolución del contrato por incumplimiento de la adjudicataria y la condena a ésta a abonar la deuda vencida y una indemnización de daños y perjuicios, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la primera y desestimó la segunda. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado, desestimó la demanda de la adjudicataria y estimó en parte la de la empresa ofertante. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la adjudicataria, casa la sentencia de apelación y confirma la del Juzgado.

Explotación de la publicidad incluida en los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia. Reducción del canon que ha de abonar la empresa adjudicataria por alteración sobrevenida de las circunstancias inicialmente previstas. CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. Régimen de aplicación. Progresiva objetivación de su fundamento técnico. Concreción funcional y aplicativa de la figura. Criterios básicos de delimitación: alteración de la causa del contrato, base del negocio y asignación contractual del riesgo derivado. Diferenciación de la cláusula respecto de otras figuras próximas, especialmente en relación a la imposibilidad sobrevenida de la prestación y a los supuestos de resolución de la relación obligatoria. Cambio de circunstancias: crisis económica y excesiva onerosidad de la relación negocial para una de las partes.

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Fotos de una persona en sitios públicos y en momentos de la vida diaria aportadas a un proceso para acreditar que podía comparecer: no vulneración del derecho a la propia imagen

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 146/2014, de 12 de marzo (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 19185/2014



ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante.

Inexistencia de intromisión ilegítima. Captación inconsciente de fotografías en lugares públicos y en momentos de la vida diaria de una persona que se aportaron como prueba documental en un juicio de faltas con el fin de acreditar que la misma no se encontraba impedida para comparecer en el juicio. Prevalencia del derecho de defensa de los demandados teniendo en cuenta el contexto en que se hicieron las fotografías y el destino de las mismas.

DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO

El TS fija doctrina jurisprudencial sobre los requisitos del requerimiento de pago dirigido al arrendatario al amparo del art. 22.4 LEC

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 335/2014, de 23 de junio (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 74482/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia declararon enervada la acción de desahucio formulada por el arrendador. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por éste, casa la sentencia recurrida en lo que se refiere a la enervación de la acción y, en su lugar, estima la demanda.

Imprudencia de la enervación de la acción. El TS fija como doctrina jurisprudencial que el requerimiento de pago que se hace al amparo del art. 22 LEC, no exige que se comunique al arrendatario que el contrato va a ser resuelto y que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.

DIVORCIO

El TS fija doctrina respecto a la obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 372/2014, de 7 de julio (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 78879/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda de modificación de medidas y declararon extinguido el deber del demandante de abonar pensión de alimentos a los hijos mayores de edad. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación formulado por la madre, anula la sentencia recurrida y desestima la demanda en lo que se refiere a la supresión de los alimentos a favor de uno de los hijos.

Modificación de medidas definitivas. Denegación de la solicitud de extinción de la pensión de alimentos acordada a favor de un hijo mayor de edad con discapacidad. El Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

El TS establece doctrina jurisprudencial sobre la modificación o extinción de la pensión compensatoria como consecuencia de la herencia recibida por el beneficiario de la pensión

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 133/2014, de 17 de marzo (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 21266/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de modificación de medidas acordadas en divorcio. El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por el demandante.

Modificación de medidas. Extinción de la pensión compensatoria como consecuencia de la herencia recibida de su madre por la esposa beneficiaria de la pensión. El Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial en la interpretación de los artículos 100 y 101 del Código Civil que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción.

EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria por infracción de las normas legales que rigen los actos de comunicación procesal

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 144/2014, de 13 de marzo (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 31486/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de nulidad de procedimiento de ejecución hipotecaria de un local propiedad de la demandante. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por ésta y estima la demanda declarando la nulidad del proceso.

Nulidad del procedimiento por infracción de las normas legales que rigen los actos de comunicación procesal. Reiteradas deficiencias en los actos de comunicación más importantes del proceso. Pese a la falta de diligencia de la deudora en la designación de su domicilio no hay prueba de que se hubiera colocado al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de esa marginación o poseyera un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazada. Consideración de las especiales circunstancias que concurren en el supuesto enjuiciado. Recurso extraordinario por infracción procesal. La infracción de las normas reguladoras del proceso de ejecución hipotecaria no tiene encaje en ninguno de los cuatro motivos del art. 469.1 LEC puesto que son las normas aplicables a las cuestiones objeto del proceso. Por eso han de ser objeto de recurso de casación.

JUICIO CAMBIARIO

Nulidad del pagaré en el que no se indica el lugar de emisión ni un lugar junto al nombre del firmante

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 311/2014, de 18 de junio (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 84943/2014



Sentencias

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda cambiaria formulada en reclamación de un pagaré. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada, casa la sentencia recurrida y estima la demanda de oposición.

Nulidad del pagaré por omitir el lugar de su emisión sin que además conste un domicilio o lugar junto al nombre del firmante. No cabe entender plenamente equivalentes el lugar de emisión del pagaré y el lugar de pago. El art. 95 b) LCCh permite considerar el lugar de emisión como lugar de pago, en caso de omisión de esta última mención, pero no al revés.

El comprador de una vivienda ha de pagar al banco descontante las letras que aceptó en pago del precio aunque la compra-venta se resolviese por incumplimiento de la vendedora

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 205/2014, de 24 de abril (Ponente: Sebastián Sastre Papiol) LA LEY 64170/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda cambiaria formulada en reclamación del importe de varias letras de cambio. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandado.

Compraventa de vivienda sobre plano. Letras de cambio libradas por la vendedora y aceptadas por el comprador en pago del precio aplazado. Descuento de las letras por la vendedora que después fue declarada en concurso de acreedores, resolviéndose la compraventa en el procedimiento concursal por incumplimiento de la vendedora. Demanda cambiaria formulada por el banco descontante reclamando al comprador aceptante de las letras el pago de las mismas. Estimación. El comprador no puede oponer al banco, tenedor de las letras, las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador, en virtud de cuanto disponen los arts. 20 y 67.1 LCCh. Tampoco puede declararse nulo el descuento por incumplimiento de la vendedora de la obligación, establecida en la Ley 57/1968, de depositar en una cuenta especial las cantidades entregadas por el comprador a cuenta del precio ya que tal obligación no impide que si para el pago del precio el comprador ha entregado letras de cambio, cuyo vencimiento está diferido en el tiempo, puedan descontarse para obtener liquidez. Será el dinero obtenido con el descuento el que tendrá que aplicarse a aquella cuenta especial. VOTO PARTICULAR.

Pagaré firmado por quien estaba autorizado para extenderlo por la titular de la cuenta en la que estaba domiciliado el pago, sin que en la antefirma hiciese mención de que lo hacía por ésta

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 99/2014, de 10 de marzo (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 26579/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de juicio cambiario al estimar la demanda de contradicción. La AP Bizkaia revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda cambiaria. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la demandada.

Pagaré firmado por quien estaba autorizado para extenderlo por la titular de la cuenta en la que estaba domiciliado el pago, sin que en la antefirma hiciese mención de que lo hacía por ésta. Estimación de la demanda de reclamación del importe del pagaré dirigida contra la titular de la cuenta. Ha quedado probado que el tomador era

un proveedor del negocio que explotaba la demandada, por medio de quien firmó el pagaré y también que éste estaba facultado para contratar con los proveedores y para pagar los suministros. En este contexto, ha de concluirse que el firmante estaba autorizado por la demandada para emitir el pagaré y que bajo esta apariencia se firmó y entregó al tomador, de tal forma que la demandada no puede negarse al pago cuando es reclamado por dicho tomador.

MEDIANERÍA

Admisión de la renuncia tácita como forma de extinción de la medianería: demolición de la vivienda y construcción de una nueva, dejando de utilizar el muro medianero

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 358/2014, de 20 de junio (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 74492/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró el muro antiguo divisorio de la casa de los actores y la casa de los demandados es medianero y condenó a éstos a reparar los daños causados en la propiedad de los actores. La AP Jaén revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda solamente en el sentido de condena a reparar los daños. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.

Medianería entre dos viviendas. Admisión de la renuncia tácita como forma de extinción de la medianería. Demolición de una de las viviendas y construcción de una nueva, dejando de utilizar el muro medianero y construyendo de forma anexa al mismo, pero independiente, unos nuevos muros de cerramiento.

NULIDAD TESTAMENTARIA

Nulidad testamentaria: restitución por el heredero del precio obtenido por la venta de la finca heredada

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 778/2013, de 28 de abril de 2014 (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 60532/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró la nulidad del testamento impugnado y condenó al demandado a restituir a la masa patrimonial hereditaria todos los bienes y derechos que comprendían el patrimonio relicto de la testadora y el valor fiscal de aquellos de los que hubiese dispuesto a favor de terceros. La AP Madrid revocó en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de fijar que el importe de los bienes que no fueran susceptibles de devolución, devengarían los intereses legales del art. 576 LEC desde la fecha de primera instancia, declarando la validez del testamento precedente otorgado por la testadora. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación y casa la sentencia recurrida a los solos efectos de determinar que la obligación de restitución por el equivalente pecuniario, derivada de la transmisión efectuada, se concreta en el precio de venta obtenido.

Ineficacia estructural de la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia. Obligación de restitución por equivalente pecuniario tras la enajenación de un bien inmueble por el heredero. Aplicación analógica de los arts. 1307 y 1897 CC. Condena a restituir el precio obtenido por la venta de la finca.



NOTARIOS

El Tribunal Supremo confirma la condena de un notario que no informó de un embargo

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 126/2014, de 18 de marzo (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 35888/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de reclamación de indemnización formulada por la compradora contra la vendedora pero absolvió al notario codemandado. La AP Barcelona revocó en parte la sentencia del Juzgado y condenó también al notario. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por el notario.

Responsabilidad civil del notario que autorizó una escritura pública de compraventa sin advertir al comprador de la existencia de un embargo trabado sobre la finca objeto del contrato. Una vez probado que el Registro remitió la comunicación en la que informaba del embargo y la Notaría debió recibirlo, la ignorancia del notario sobre la existencia de esta carga es inexcusable, a los efectos de responder, conforme al art. 146 RN, de los daños y perjuicios ocasionados al comprador.

PAGARÉ

El Tribunal Supremo establece que para la iniciación del juicio cambiario es necesario presentar junto con la demanda el documento original de la letra de cambio, cheque o pagaré

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 94/2014, de 5 de marzo (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 17632/2014

ITER PROCESAL: Formulada demanda de juicio cambiario, las sentencias de instancia acordaron despachar ejecución una vez que se aportase a las actuaciones, en el plazo de cinco días, el pagaré original exhibido en el acto del juicio pero que no dejó unido a las actuaciones. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante de oposición, anula la sentencia recurrida y, en su lugar, estima la oposición formulada.

Juicio cambiario. Reclamación del importe del pagaré. Estimación de la demanda de oposición por inhabilidad del título presentado al tratarse de una copia y no del pagaré original. El Tribunal Supremo declara con valor de doctrina jurisprudencial que «para la iniciación del juicio cambiario a que se refieren los artículos 819 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil es necesario que se presente junto con la demanda el documento original de la letra de cambio, cheque o pagaré, con cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque; sin que, en caso contrario, pueda entenderse aportado el título cambiario a los efectos previstos en el artículo 821».

PARTICIÓN DE HERENCIA

Desestimación de la acción de nulidad de cuaderno particional ejercitada por la heredera fideicomisaria de residuo

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 323/2014, de 6 de junio (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 72311/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de nulidad de partición de herencia. La AP Valencia estimó parcialmente el recurso de apelación y, desestimando la acción de nulidad y de rescisión, condenó únicamente a la parte demandada a adionar determinados bienes fideicomitidos al cuaderno particional. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora.

Cuestiona la liquidación de la sociedad de gananciales del causante. El marido nombró a su esposa heredera fiduciaria, con plena autonomía y libertad para disponer de todos los bienes, y ésta instituyó heredero de sus bienes a su hermano, demandado y sustituido procesalmente por sus hijas por fallecer en el curso del proceso. La Fundación demandante tenía participación en el cuaderno particional al producirse la adquisición por muerte de la fiduciaria, pudiendo impugnar el contenido del patrimonio fideicomitado. Obtuvo una copia del cuaderno particional sin formular protesta. Se siguieron criterios homogéneos para valorar los bienes. Se ha respetado el principio de "favor partitionis". No se han producido infravaloraciones. Desestimación de la acción de rescisión. No ha probado la actora la lesión alegada. Al tratarse de un fideicomiso de residuo no puede cuantificarse la misma. El testador no quiso que la actora interviniera en la partición de su herencia.

La sentencia recurrida declara probada la existencia de la lesión por infravaloración de los bienes de la herencia. Se respeta en casación

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 255/2014, de 14 de mayo (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 57406/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia acordó rescindir la partición de herencia y la posterior escritura de adición, debiendo los herederos reintegrar al caudal hereditario todo lo que se les adjudicara o su equivalente económico si hubiesen dispuesto de los bienes, debiendo procederse a una nueva partición. La AP Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos.

Estimación de la acción rescisión de la partición, por lesión en más de la cuarta parte, que ejercita el cónyuge viudo, a quien se le atribuyó la cuota usufructuaria. La sentencia recurrida declara probada la existencia de la lesión por infravaloración de los bienes de la herencia. Se respeta en casación. No se ha solicitado la cuantificación de la referida lesión, ni se ha reclamado indemnización alguna. Debe procederse a una nueva partición con valoración de bienes.

PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Compensación de la fianza prestada por la arrendataria concursada con las rentas debidas a la arrendadora

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 188/2014, de 15 de abril (Ponente: Sebastián Sastre Papiol) LA LEY 43400/2014

ITER PROCESAL: Acumuladas dos demandas incidentales, una de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, y otra de signo contrario promovida por la concursada y la administración concursal solicitando la nulidad de la compensación y restitución de fianza, el Juzgado de lo Mercantil estimó parcialmente la primera e íntegra-

mente la segunda. La AP Zaragoza revocó la sentencia del Juzgado desestimando el incidente de nulidad de compensación y restitución de la fianza. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la concursada y su administración concursal.

Impugnación de la lista de acreedores. Compensación de la fianza prestada por la arrendataria concursada con las rentas debidas a la arrendadora. No procede incluir la fianza en el inventario de bienes y derechos cuando el contrato locativo había sido resuelto con anterioridad a la declaración de concurso. Aplicación de la compensación del art. 58 Ley Concursal no como forma de extinción de obligaciones sino como mecanismo de liquidación del contrato.

El concepto legal de insolvencia, presupuesto objetivo de la declaración de concurso, es diferente del desbalance patrimonial

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 122/2014, de 1 de abril (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 40095/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia calificaron el concurso como culpable y declararon a los administradores sociales de la concursada personas afectadas por la calificación. El Tribunal Supremo estima los recursos de casación interpuestos por la concursada y sus administradores, casa la sentencia recurrida, declara fortuito el concurso y absuelve a los administradores sociales.

Sección de calificación. Cómputo del plazo para la emisión por la administración concursal del dictamen sobre calificación del concurso. Congruencia de la sentencia de la Audiencia Provincial en relación a las causas de calificación del concurso como culpable apreciadas en la sentencia apelada. Concepto legal de insolvencia: es diferente del desbalance patrimonial y no equivale necesariamente a la cesación general de los pagos. Calificación del concurso como fortuito. Las sentencias de instancia, que calificaron el concurso como culpable, equipararon incorrectamente la insolvencia con la concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas agravadas que redujeron el patrimonio a menos de la mitad del capital social. Absolución de los administradores sociales de las pretensiones condenatorias formuladas contra ellos.

PROMESA DE VENTA

Promesa de venta: validez de la condición que sometía la eficacia del contrato a la aprobación de un órgano de la sociedad dominante del grupo al que pertenece la que prometió enajenar

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 109/2014, de 7 de marzo (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 31482/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de cumplimiento de contrato de promesa de compraventa, condenando a la demandada a la entrega del local objeto del mismo. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la demandante.

Validez de la condición que sometía la eficacia del contrato a la aprobación de un órgano de la sociedad dominante del grupo al que pertenece la que prometió enajenar. El pacto de establecimiento de

una condición puramente potestativa incorporada a una obligación no es ilícito y, por ello, la consecuencia de su utilización no sería la depuración de la condición, sino la nulidad de la obligación condicionada, esto es, la nulidad del contrato (art. 1115 CC).

PROPIEDAD HORIZONTAL

El TS fija doctrina sobre la no aplicación de la exención de contribuir a los gastos de ascensor en los supuestos de instalación de una plataforma «salva escaleras»

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 202/2014, de 23 de abril (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 71955/2014

ITER PROCESAL: Formulada demanda de impugnación de acuerdos comunitarios, el Juzgado de Primera Instancia la estimó parcialmente declarando no haber lugar a la impugnación del acuerdo relativo a la imputación de los gastos de instalación de una plataforma elevadora. La AP Madrid revocó parcialmente la sentencia del Juzgado y estimó la nulidad de dicho acuerdo. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Validez del acuerdo sobre reparto proporcional de los gastos ocasionados por la instalación en el edificio de una plataforma «salva escaleras», incluyendo a los propietarios de los locales exentos de la contribución a los gastos de ascensor. El TS fija como doctrina jurisprudencial que el alcance de la exención relativa a obras de adaptación o sustitución de los ascensores no resulta aplicable a aquellos supuestos en donde la instalación de la plataforma elevadora se realiza para garantizar la accesibilidad y mejora del inmueble con la finalidad de suprimir las barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o la movilidad de las personas en situación de discapacidad; todo ello, conforme a la legalidad del acuerdo adoptado.

SERVIDUMBRES

La constitución de las servidumbres de paso y de luces y vistas no se deriva de la mera existencia de una puerta y una ventana abiertas en pared propia

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 390/2014, de 11 de julio (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 84950/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción negatoria de servidumbres de paso y luces y vistas ejercitada por la comunidad de propietarios demandante. La AP Murcia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios, casa y anula la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

Servidumbres de paso y de luces y vistas. Acción negatoria. Estimación. Características de estas servidumbres. Modos de constitución. Es la parte demandada la que sufre la carga de la prueba de acreditar la adquisición, por el título que fuere, de la servidumbre que la parte contraria le niega, sin que sea suficiente a estos efectos la mera existencia de una puerta y una ventana abiertas en pared propia. La apariencia física externa no es título ni sirve para la prescripción.



SOCIEDAD ANÓNIMA

Impugnación de la sentencia y adhesión a la apelación por los codemandados que no apelaron inicialmente

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 127/2014, de 6 de marzo (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 17635/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción de devolución del préstamo formulada contra la sociedad prestataria y sus administradores. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por estos últimos.

Acción de reclamación de cantidad dirigida contra la sociedad deudora y sus administradores. Estimación. Recurso de apelación. Impugnación de la sentencia formulada por los administradores codemandados con ocasión del recurso interpuesto por la sociedad demandada. Inadmisión. La impugnación ha de ir dirigida contra el apelante, no contra las partes que no han apelado. En este caso, los administradores no pretendieron cuestionar los pronunciamientos favorables a la apelante (que no los había), sino los pronunciamientos favorables a la demandante, que no había apelado (ni podía hacerlo pues la sentencia le había sido plenamente favorable).

SOCIEDAD PROFESIONAL

Ejercicio del derecho de separación por un socio profesional: valoración de sus participaciones cuando esa separación determina la disolución de la sociedad

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 186/2014, de 14 de abril (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 50514/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil estimó parcialmente la demanda y declaró que el derecho de separación ejercitado por el demandante producía efectos inmediatos, condenando a la sociedad demandada a abonarle el importe proporcional a sus participaciones según la valoración a efectuar por un auditor designado por el Registro. La AP Zaragoza revocó en parte la sentencia del Juzgado condenando a la sociedad a abonar el precio de las participaciones sociales en la cuantía de 44.955,83 euros. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la sociedad, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Valoración de las participaciones del socio profesional que ejerce su derecho de separación y esta circunstancia provoca que la sociedad incurra en una causa legal de disolución que es acordada a continuación por la junta de socios.

SUCESIÓN HEREDITARIA

Interpretación del art. 853.2 CC: el maltrato psicológico como justa causa de desheredación

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 258/2014, de 3 de junio (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 74491/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda formulada por los hijos del causante solicitando que se declarase nula la cláusula del testamento en virtud de la cual fueron

desheredados. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.

Desheredación. Interpretación del art. 853.2 CC. El maltrato psicológico como justa causa de desheredación. Interpretación flexible de las causas de desheredación. Inclusión del maltrato psicológico en el concepto de maltrato de obra. Conducta de menosprecio y de abandono familiar de los hijos hacia el padre, al no interesarse por él durante los últimos siete años de vida, ya enfermo.

Interpretación del art. 9.8, in fine, del CC: determinación de la normativa aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 624/2013, de 28 de abril de 2014 (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 64157/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia y restituyendo al caudal hereditario los bienes que configuraron la misma. La AP Málaga revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Acción de impugnación de escritura de manifestación y adjudicación de herencia solicitando la restitución de los bienes para realización de nueva partición. Estimación. Causante de nacionalidad italiana y con residencia legal en España, casado con una española. Derecho internacional privado. Interpretación del art. 9.8, in fine, CC. Aplicación del sistema sucesorio español a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales en donde los otorgantes hicieron constar su residencia habitual común en Málaga y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio. Improcedencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios por el hecho de que la demandante, sobrina del causante, hubiese dispuesto de algunos derechos o bienes de la herencia.

Colación ordenada por el causante en el testamento respecto de los bienes que donó a uno de sus hijos

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 125/2014, de 13 de marzo (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 29697/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de cumplimiento de la obligación asumida por el heredero demandado en el cuaderno particional de la herencia del causante. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado.

Disposiciones establecidas para su cumplimiento en el cuaderno particional elaborado por el contador-partidor testamentario, consistentes en la obligación de ese hijo de constituir un fondo ante cualquier entidad bancaria por el valor asignado a los bienes colacionables, del que sería usufructuaria vitalicia la esposa del causante y nudos propietarios los hijos herederos. Cualquiera de estos, beneficiario del fondo en cuanto nudo propietario de parte del mismo, está legitimado para instar el cumplimiento de dicha obligación. Los



Sentencias

demás coherederos distintos del demandante pueden renunciar a hacer valer sus derechos hereditarios, pero ello no vincula ni perjudica la posición de dicho demandante que sí los hace valer en la forma establecida en la partición por cuanto conjuntamente ello beneficia a él y al resto de los coherederos.

TÍTULOS NOBILIARIOS

Estimación de la acción declarativa del mejor derecho a poseer un título nobiliario

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 383/2014, de 7 de julio (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 84960/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción declarativa del mejor derecho a poseer un título nobiliario formulada por la demandante. El Tribunal Supremo aprecia los efectos

de cosa juzgada positiva derivados de una sentencia firme dictada en un juicio anterior seguido entre las mismas partes, anula la sentencia de apelación y estima la demanda.

Cosa juzgada positiva derivada de la sentencia firme dictada en un juicio anterior seguido entre las mismas partes en la que se reconoció el mejor derecho de la demandante al título principal de la casa. En la distribución de títulos efectuada por la madre de los litigantes la atribución del título litigioso no distribuido de forma expresa se hizo a quien debiera ostentar el título principal. La distribución de títulos nobiliarios es un negocio jurídico unitario que abarca todos los títulos del distribuyente, incluidos los que no se mencionen y los adquiridos con posterioridad a la distribución, si consta de forma indubitada la voluntad del último poseedor de distribuir sus títulos. La Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios no es aplicable a los supuestos de distribución de títulos.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Fechadas desde enero hasta mayo de 2014

Redacción Wolters Kluwer

ARBITRAJE PRIVADO

Acción de anulación de laudo arbitral. Notificación de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales a las partes. Inexistencia de incongruencia omisiva

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 30/2014, de 5 de mayo (Ponente: Juan Manuel Abril Campoy) LA LEY 59686/2014

ITER PROCESAL: El TSJ de Cataluña desestima la demanda de anulación de laudo arbitral, no apreciando vulneración del orden público procesal por falta de motivación o incongruencia del laudo impugnado.

Resolución por el árbitro de todas las pretensiones deducidas por las partes, no siendo necesario el complemento del laudo solicitado por la impugnante. Vulneración del orden público como causa de impugnación del laudo. Concepto de orden público conformado como concepto jurídico indeterminado que puede ser vulnerado tanto en sentido material como procesal, cuando en el procedimiento arbitral no se han respetado los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes litigantes. Valoración de la prueba practicada sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes, concluyendo sobre las razones por las que debe amparar la pretensión de resolución contractual, por lo que no puede apreciarse la existencia de falta de motivación.

Acción de anulación del laudo arbitral dictado en procedimiento sobre impugnación de acuerdos sociales contra sociedad anónima. Desestimación

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 9/2014, de 6 de febrero (Ponente: María Eugenia Alegret Burgués) LA LEY 38173/2014

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña desestima la demanda por la que se solicita la anulación del laudo arbitral dictado.

No cabe invocar una infracción cometida en el procedimiento como motivo de anulación, sin haber dado antes oportunidad a los árbitros para subsanarla. El motivo de nulidad invocado es extemporáneo, dada la voluntaria dejación de su derecho realizada por los hoy actores durante el procedimiento arbitral, por más que la institución arbitral se hubiese pronunciado sobre la cuestión al aceptar el arbitraje. No es necesaria la reiteración de la cláusula de sumisión a arbitraje en los pactos parasociales cuando se encuentra en vigor en los estatutos de la sociedad, no habiendo sido, además, expresamente excluida en dichos pactos.

DIVORCIO

Atribución del uso de la vivienda familiar

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 21/2014, de 7 de abril (Ponente: María Eugenia Alegret Burgués) LA LEY 62258/2014

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia de la AP de Barcelona dictada en proceso de divorcio, apreciándose la infracción de las garantías del procedimiento que dan lugar a la nulidad de lo actuado.

Medidas relativas a los cónyuges. Atribución del uso de la vivienda familiar. Compensación económica del Derecho de Familia de Cataluña. Prueba de la existencia de un trabajo para la casa familiar, para el negocio de explotación ganadera, en la que ambos cónyuges han colaborado en forma activa, independientemente de quien fuera el titular de la explotación. Cuantificación del desequilibrio patrimonial y el porcentaje ordinario de la compensación. Recurso extraordinario por infracción procesal. Prueba documental, valoración. Errónea valoración probatoria sobre la existencia de un inmueble como de propiedad del esposo a efectos de valorar sus necesidades habitacionales. Motivación de las sentencias. El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en derecho que aparezca suficientemente motivada, operando como garantía o elemento preventivo de la arbitrariedad. Consecuencias de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal. Nulidad de actuaciones.

Pensión compensatoria

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 13/2014, de 24 de febrero (Ponente: Carlos Ramos Rubio) LA LEY 38175/2014

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña estima parcialmente el recurso de casación y revoca parcialmente la sentencia impugnada, condenando al demandado a abonar a su ex mujer una pensión compensatoria durante un periodo de tiempo limitado.

Supuesto de renuncia válidamente formulada por el cónyuge que tiene derecho a la pensión compensatoria, ya sea de forma expresa o tácita. Únicamente procede el establecimiento de una prestación respecto del tiempo de duración de la nueva convivencia de los cónyuges separados, puesto que este derecho no puede verse afectado por una renuncia anterior. Considerando que tras la reanudación de la convivencia el demandado ha donado la mitad de la vivienda a su ex mujer, así como la situación económica de ambos cónyuges y la duración de la esta nueva situación, procede el establecimiento de una pensión compensatoria por tiempo limitado.

Recurso extraordinario por infracción procesal

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 7/2014, de 30 de enero (Ponente: José Francisco Valls Gombau) LA LEY 2922/2014

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña estimando el recurso extraordinario por infracción procesal anula la sentencia y ordena reponer las actuaciones al momento procesal en el que se denegó indebidamente en segunda instancia la práctica de la prueba.

Falta de práctica de medios de pruebas admitidos en la instancia. Exhibición de documentos de entidades públicas. Petición subsidiaria al incumplimiento del requerimiento remitido al esposo para la aclaración de sus ingresos. Documental interesada que fue admitida en el acto de la vista y se resolvió mediante diligencia de ordenación que debía estarse a lo acordado en juicio oral, sin señalar ni decidir oportunamente si la prueba había o no sido cumplimentada debidamente por el demandado. La falta de práctica fue debida e imputable a la falta de diligencia del órgano judicial de primera instancia. Indefensión. Falta de motivación de la denegación de la prueba. La desestimación por impertinente, sin más razón, resultaba inadecuada. Incongruencia en cuanto a la prestación compensatoria por razón del trabajo al calcularse la cuantía en un 50 % del incre-

mento patrimonial, no justificado del demandado. Anulación de la resolución recurrida con retroacción de las actuaciones al momento de comisión de la infracción.

MENORES

Denegación de la guarda compartida por haber cometido el padre actos de violencia psicológica sobre la madre de los que la hija de 11 meses ha sido víctima indirecta

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 27/2014, de 14 de abril (Ponente: José Francisco Valls Gombau) LA LEY 70511/2014

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña estima el recurso de casación y casa la sentencia recurrida atribuyendo a la madre la guarda y custodia de la hija menor con un régimen de visitas a favor del padre.

Imprudencia de la guarda y custodia compartida por haber cometido el padre actos de violencia psicológica sobre la madre de los que la hija ha sido víctima indirecta. La consideración de víctima indirecta no puede quedar enervada por tratarse de una niña de corta edad (11 meses) que aparentemente no tiene conocimiento o conciencia de dichos actos pues dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, si bien puede considerarse que el sufrimiento de la madre, por dichos actos, tiene incidencia en la menor produciendo irritabilidad, trastornos del sueño y de alimentación, así como dificultades en el establecimiento de los vínculos familiares. La consideración de los niños como víctimas indirectas de la situación de violencia de género que viven en el hogar, va más allá de la agresión física del padre sobre la madre, puesto que esta exposición a la violencia tiene impacto sobre su desarrollo y sobre las consecuencia que comporta para las relaciones futuras, si se trata de una violencia estructural.

PROPIEDAD HORIZONTAL

El TSJ Cataluña fija doctrina jurisprudencial respecto a la responsabilidad de los elementos privativos de los copropietarios por deudas de la comunidad

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 12/2014, de 24 de febrero (Ponente: José Francisco Valls Gombau) LA LEY 38174/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de reclamación de cantidad dirigida contra los copropietarios por deudas de la comunidad. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y absolvió a los demandados. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el recurso de casación presentado por la demandante.

Responsabilidad de los elementos privativos de los copropietarios por deudas de la comunidad. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fija como doctrina jurisprudencial que un acreedor de la comunidad de propietarios sometida al régimen de propiedad horizontal no puede proceder directamente contra un comunero sin tener reconocido su derecho de crédito frente a ésta, y sin haber sido requerido previamente de pago, siendo la responsabilidad del copropietario subsidiaria respecto de la comunidad y mancomunada en relación a la pluralidad de condueños.



SUCESIÓN HEREDITARIA

Nulidad de testamento: procedencia

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 25/2014, de 7 de abril (Ponente: José Francisco Valls Gombau) LA LEY 70510/2014

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña estima el recurso extraordinario de infracción procesal y de casación por interés casacional interpuesto contra la sentencia de la AP Barcelona, que desestimó el recurso de apelación interpuesto sobre nulidad de testamento.

Aplicación del derecho civil catalán. Recurso de Casación. Recurso extraordinario de infracción procesal y de casación por inte-

rés casacional. La valoración de la sala sobre la prueba practicada ha sido ilógica y contraria a las reglas de la común experiencia, dándose una clara desviación del resultado probatorio natural que conduce a la apreciación de la falta de capacidad natural al momento de otorgamiento del testamento por el testador, dado todo el acervo probatorio que consta en autos y del que se deduce que ha sido enervada la presunción iuris tantum de capacidad realizada por el notario autorizante. De acuerdo a la norma de aplicación, cuando una persona se encuentre incapacitada judicialmente, puede otorgar testamento notarial en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo.

El Presidente de la Unión Internacional del Notariado, Daniel-Sédar Senghor, hizo hincapié en los retos a los que se enfrenta el Notariado «en un mundo en que predomina la lectura economicista y todo se mide en función de este criterio»

Inauguración de las Jornadas españolas de la Asociación Henri Capitant

El pasado 28 de mayo tuvo lugar en el Colegio el acto de bienvenida a un grupo de 200 de los juristas, especializados en Derecho Civil, miembros de la prestigiosa Asociación Henri Capitant. Procedentes de 25 países, los miembros de esta asociación se reunieron a lo largo de la semana para celebrar las Jornadas Españolas, que tuvieron como tema central «El inmaterial».

El acto, presidido por el Decano del Colegio, se inició con el discurso del Presidente de la Unión Internacional del Notariado, Daniel-Sédar Senghor, quien preside la máxima institución notarial desde el pasado mes de enero y lo hará durante el periodo 2014-2016, siendo el primer Notario africano que alcanza la Presidencia de la Unión Internacional del Notariado (ver entrevista en este mismo número). En su discurso, Senghor destacó «*el dinamismo y la cooperación existente entre la Asociación Henri Capitant y la Unión Internacional del Notariado*», y recordó la figura de Rafael Núñez Lagos y de Juan Vallet de Goytisolo, notarios españoles predecesores suyos en el cargo en los periodos 1956-1958 y 1977-1979, respectivamente. El Presidente de la Unión Internacional del Notariado hizo hincapié en los retos a los que se enfrenta el Notariado «*en un mundo en que predomina la lectura economicista y todo se mide en función de este criterio*», criticando el hecho de que «*muchas de las instituciones financieras internacionales que impulsan las políticas económicas son, a menudo, altamente permeables a influencias que son muy hostiles al Notariado y desarrollan instrumentos de medición ajenos a la cultura de autenticidad*».

Defendió con firmeza la vigencia e importancia del documento público como prueba de autenticidad por «*permitir, gracias a él, conseguir la paz social y alejarse de la cultura del conflicto*». En este sentido, apostó por la elaboración de unos parámetros de calificación alejados de los criterios del índice utilizado por *Doing Business* con el fin de contar con «*parámetros que permitan la evaluación objetivo de nuestro desempeño económico y social*». Pese al intento de imposición del modelo denominado *Common Law*, opuesto al del Notariado latino defendido desde la Unión Internacional, Senghor afirmó la necesidad de «*desarrollar, a través de un riguroso estudio, un indicador científico y objetivo para medir el valor económico en términos de competitividad de la autenticidad, determinándolo en relación con el producto interior bruto de cada país, así como evaluar el ahorro si se evitan litigios. Todo ello para demostrar el valor añadido del documento auténtico*». De este modo, concluyó: «*El hecho de demostrarlo científicamente permitirá poner de manifiesto que la seguridad jurídica conlleva inversión, creación de riqueza y puestos de trabajo*».

Por su parte, Denis Mazeud, Presidente de la Asociación Henri Capitant, destacó «*la participación de profesionales de las distintas ramas del Derecho y, especialmente, del Notariado, una pluralidad que conlleva una gran riqueza y que permite establecer un debate, reflexiones y un diálogo constructivo que se aleja de posiciones dogmáticas y se establece en el marco del respeto a todas las opiniones*».



De izquierda a derecha: Xavier Roca, Notario; Encarna Roca, Magistrada del Tribunal Constitucional; Daniel-Sédar Senghor, Presidente de la UINL; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio; Denis Mazeud, Presidente de la Asociación Henri Capitant; Silvia Díaz Alabart, Presidenta de la Sección Española de la Asociación, y José Alberto Marín, Vicedecano del Colegio

El acto contó también con las intervenciones del Notario de Barcelona Xavier Roca Ferrer y de la Magistrada del Tribunal Constitucional Encarna Roca Trías, quienes disertaron acerca de «Creación, Derecho, Justicia» y «La influencia del Derecho francés en la codificación española», respectivamente. Xavier Roca analizó a fondo el concepto de *inmaterial*, tema central de las Jornadas, en el que incluyó «*muchos de los conceptos vinculados a la empresa, como marcas o patentes, aquellos vinculados a Internet y a las nuevas tecnologías y la propiedad intelectual*», equiparando dicho concepto al de *creación* y basándose en el concepto «*de la transformación de una idea en algo concreto*». Así, expuso el concepto desde el punto de vista filosófico, partiendo del Derecho romano y pasando por conceptos desarrollados por Locke y Hegel hasta nuestros días. Afirmó que «*del concepto de inmaterial se llega al de material, y se reconoce la necesidad de contar con una protección jurídica justa e igualitaria para evitar la indefensión del autor*», y finalizó su discurso afirmando que «*finalmente, el sentido común está por encima de todos los derechos y todos los jueces del mundo, incluso los derechos morales del autor*».

Por su parte, Encarna Roca Trías afirmó que «*el siglo XIX es el siglo de las codificaciones y todavía hoy, más de doscientos años después de la publicación del Código francés, este constituye el referente de la cultura jurídica occidental*». Roca afirmó que «*la codificación civil española comienza más tarde y se desarrolla en un entorno difícil, y dio como fruto una ley civil muy plural, que hace posible distintos códigos en España, como es el caso del Código Civil de Cataluña, reconociendo el Derecho como parte de la cultura de una sociedad*». Definió el Código Civil como «*la racionalización de las normas, dada la necesidad de evitar tanto la inseguridad jurídica como la arbitrariedad de los poderes públicos*», y aseguró que «*la consolidación del Código español se basa en el Código Civil francés, mientras que en Cataluña se toma como referencia el Código Civil alemán, diferenciándose el Derecho Civil*».



Vida corporativa

como elemento identitario». En definitiva, afirmó que «España es un estado plurilegislativo y la consolidación del Código Civil tiene dos lecturas principales: es una forma de expresión de una cultura jurídica particular, a la vez que un instrumento para alcanzar algunos objetivos políticos», y afirmó que «el Código es por sí mismo un instrumento y no una meta, y con el Código se pueden implementar ciertas políticas legales». Como conclusión, aseguró que «ahora los tiempos han cambiado y es necesario ver la evolución que tomará la consolidación europea».

Finalmente, tras un breve agradecimiento de Silvia Díaz Alabart, Presidenta de la sección española de la Asociación Henri Capitant, concluyó el acto el Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé, quien recordó que este año, en Cataluña, culminará el proceso de codificación del Código Civil catalán, y recordó también que «los notarios, tanto en Cataluña como en el resto de España, tenemos una gran tradición civilista y hemos colaborado desde siempre en mantener, conservar y actualizar nuestro Código Civil, adaptándolo a las necesidades de los ciudadanos». Así mismo, recordó que «la realidad de hoy día viene marcada por el fenómeno de la globalización, la mundialización de los mercados y la internacionalización de las relaciones jurídicas, que suponen la superación de las legislaciones nacionales y que constantemente entran en juego los ordenamientos jurídicos de diversos países y, por tanto, la materia del Derecho Internacional Privado. Por ello —prosiguió—, el papel del Notario resulta cada vez más crucial para garantizar la seguridad jurídica en los actos y contratos y la aplicación conforme a Derecho de las distintas normativas, acomodando la voluntad de las partes al imperio de la ley aplicable en cada caso». Por otro lado, remarcó la vocación internacional del Notariado en nuestro país, y recordó la reciente elección de Barcelona como sede de la Academia del Notariado, «el Centro de Formación de los Notarios de Europa y foro de estudio», y como sede de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado, «que supone un reconocimiento al Notariado de nuestro país, como modelo y referente internacional, por su amplia trayectoria y compromiso en el desarrollo de las relaciones notariales internacionales». Así mismo, aseguró que «la Unión Europea ha comprendido que su futuro se encuentra en el fortalecimiento de la Europa de los ciudadanos, es decir, de la Europa que tiene por objeto las relaciones que se establecen entre sus ciudadanos y, en consecuencia, del Derecho que regula sus relaciones, que es el Derecho Privado». Finalmente, concluyó afirmando que «en una sociedad globalizada, en el marco del proceso de construcción europeo, en continuo cambio, ante el avance imparable de la tecnología, con el consumidor como eje prioritario y la creciente complejidad técnica derivada de la internacionalización de las relaciones jurídicas y de la propia evolución de la sociedad, se sitúa la figura del Notario en una nueva centralidad jurídica y la de los juristas, en una posición inmejorable e irrenunciable para detectar las necesidades reales de los ciudadanos y ajustar el marco legal y su aplicación a las mismas», y aseguró que «los juristas nos hemos adaptado, y debemos continuar haciéndolo, a las nuevas realidades económicas, políticas y sociales para dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos».

Joan Carles Ollé recordó que este año, en Cataluña, se culminará el proceso de codificación del Código Civil catalán, y recordó también que «los notarios, tanto en Cataluña como en el resto de España, tenemos una gran tradición civilista y hemos colaborado desde siempre en mantener, conservar y actualizar nuestro Código Civil, adaptándolo a las necesidades de los ciudadanos»

La Asociación Henri Capitant

La Asociación Henri Capitant fue fundada en París en 1935, bajo la autoridad de Henri Capitant, Profesor de la Facultad de Derecho de París, por un grupo de juristas de diferentes países de lengua francesa —entre ellos, procedentes de Bélgica, Luxemburgo, Quebec y Suiza—, quedando posteriormente abierta a todas las nacionalidades. Reúne a muy diversos profesionales del ámbito jurídico —entre ellos, notarios, abogados, magistrados y académicos— con el objetivo de establecer relaciones entre juristas vinculados a la cultura jurídica romanista en general, y especialmente de tradición francesa, y organizar periódicamente congresos, seminarios o coloquios, nacionales o internacionales, consagrados al estudio de temas jurídicos que permitan poner de relieve los valores de la cultura jurídica latina.

Se reúne tanto en Francia como en cualquier otro país del mundo y cuenta con representación en 55 países, constituyendo hoy día la primera y más importante asociación internacional en el ámbito del Derecho Civil.



Jornada sobre el Reglamento Sucesorio Europeo

Los pasados 25 y 26 de junio, el Colegio celebró las Jornadas sobre el Reglamento Sucesorio Europeo, en las que participaron notarios, catedráticos y profesores de Derecho Internacional para hacer un repaso al nuevo Reglamento que entrará en vigor en agosto de 2015.



De izquierda a derecha: Josep M.^a Fontanellas, Profesor de Derecho Internacional Privado; José Alberto Marín, Vicedecano del Colegio; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio; Ángel Serrano, coordinador de la Jornada, y Jesús Gómez Taboada, Notario

Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, destacó la importancia de «*la progresiva creación de un espacio de libertad, justicia y seguridad en Europa*», así como «*la importancia de la libre circulación del documento público con el reto de mantener la seguridad jurídica*». También remarcó el hecho de que «*la internacionalización de las relaciones jurídicas otorgan al Notario un papel clave, ya que es en su presencia cuando se consume el negocio jurídico*».

En cuanto a las ponencias, Ángel Serrano, Notario coordinador de las Jornadas, expuso «El Reglamento Sucesorio Europeo con relación a los derechos reales y de familia», haciendo un repaso a las materias excluidas del Reglamento y, posteriormente, a los trusts y a los derechos reales, concluyendo que «*el principal problema será de adaptación, el buscar*



Vida corporativa

Ángel Serrano concluyó que «el principal problema será de adaptación, el buscar aquellas figuras jurídicas que se correspondan con las finalidades e intereses que reflejen la voluntad del causante»

aquellas figuras jurídicas que se correspondan con las finalidades e intereses que reflejen la voluntad del causante». Josep M.^a Fontanellas, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Lleida, centró su intervención en la *professio iuris*, definiendo tres pilares básicos: la unidad de la sucesión —en el sentido de aplicar una sola ley a todas las leyes y a toda la sucesión, existiendo, de todos modos, reglas especiales—; la aplicación como ley básica de la ley correspondiente a la última residencia habitual del causante —existiendo la posibilidad de elección de ley y con una cláusula de escape—, y la *professio iuris*, que determina que el causante puede escoger la ley aplicable a la sucesión. Por otra parte, Jesús Gómez Taboada, Notario de Tordera, expuso algunas cuestiones prácticas sobre el nuevo Reglamento.

En la segunda jornada tomaron parte Javier Carrascosa, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia, quien habló del «Reglamento Sucesorio Europeo y actividad notarial»; Albert Domingo, Notario de Vilassar de Mar, quien expuso «El heredero ante la elección expresa, la tácita, o la no elección por el causante de la ley aplicable a la sucesión», y Albert Font, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pompeu Fabra, quien se centró en la «Ley rectora de los pactos sucesorios en el Reglamento Sucesorio Europeo».

El Colegio, *partner* de la CEDR para preparar a formadores en Mediación

El Colegio inició el pasado 20 de septiembre el curso de Mediación civil y mercantil que imparte en colaboración con el *Centre for Effective Dispute Resolutions* (CEDR), la fundación británica líder mundial en formación y administración de procesos de mediación. El curso, coordinado por José Alberto Marín, vicedecano del Colegio, es fruto de haber sido seleccionado, dos años atrás, por esta institución para impartir cursos de formación con un profesorado del que forman parte grandes especialistas en la materia, y a los que asisten notarios, abogados, magistrados y catedráticos universitarios. Entre ellos, James South, director de formación de la CEDR, reconocido como uno de los mediadores de mayor prestigio mundial.

El curso se enmarca en la firme voluntad de la Unión Europea de impulsar la mediación, en este caso en el ámbito empresarial fundamentalmente, como vía de solución alternativa a la vía judicial que debe permitir descolapsar en gran medida los juzgados y supone un importante ahorro económico tanto para los ciudadanos como para la Administración.

El curso ha sido diseñado para habilitar a los asistentes como mediadores y para su inscripción en el Registro de Mediadores que creó el decreto 980/2013, de 13 de diciembre, al amparo de lo previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil. El programa, elaborado por la CEDR en colaboración con el Colegio, consta de 100 horas lectivas, tal como exige la legislación vigente para la formación de mediadores. Las sesiones se desarrollan los fines de semana, para facilitar la asistencia, que se limita a 18 participantes. El curso consta de 11 sesiones y finalizará el próximo 15 de noviembre.

El Colegio fue elegido como *partner*, a nivel nacional, para acoger estos cursos por considerarse que, como expertos juristas y por su posición de neutralidad, los notarios son una pieza clave para crear una cultura de mediación empresarial, en estos momentos prácticamente inexistente todavía en nuestro país.

El curso ha sido diseñado para habilitar a los asistentes como mediadores y para su inscripción en el Registro de Mediadores



El curso de Mediación Civil y Mercantil impartido por la CDR cuenta en su profesorado con los mejores especialistas europeos

La CEDR es la institución de mayor prestigio mundial en el ámbito de la Mediación, cuyo objetivo es culminar un acuerdo que, posteriormente, se formaliza contractualmente.

25.º Aniversario del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Ollé expuso que en breve se iniciará la tramitación parlamentaria del Libro VI del Código Civil catalán

El pasado 28 de mayo, en el Palacio de Justicia de Barcelona, tuvo lugar el acto académico de conmemoración del 25.º Aniversario del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En el transcurso del acto, presidido por el Presidente del Tribunal, Miguel Ángel Gimeno, y al que asistieron numerosos representantes del ámbito jurídico, intervinieron Josep Delfí Guardia Canela, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña — quien disertó acerca de «El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la “creación judicial” del Derecho Civil catalán en la historia»— y Eugenia Alegret Burgués, Magistrada de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, quien expuso «La doctrina actual del Tribunal Superior: su impacto en la realidad social». Así mismo, Joan Carles Ollé Favaró, Decano del Colegio, intervino como Director de la Comisión de Codificación del Código Civil de Cataluña y expuso ampliamente el tema «El Derecho Civil catalán después



Vida corporativa



El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también organizó una exposición sobre la historia de la institución

expuso cómo, a raíz de la Constitución española de 1978, Cataluña recuperó la facultad legislativa en materia civil, y destacó la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, aprobatoria de la Primera Ley del Código Civil de Cataluña, y *«el uso sistemáticamente dinámico de la competencia de modificación y desarrollo del Derecho Civil que se ha hecho en Cataluña, y que le ha permitido un crecimiento y una evolución cualitativa y cuantitativamente muy remarquables»*. A partir de ese momento, Ollé fijó lo que considera tres etapas legislativas bien diferenciadas: una primera, de la que situó su inicio *«incluso antes del Texto Refundido de la Compilación de 1984»*, en la que el instrumento utilizado fueron las leyes especiales; una segunda, en la que se inicia la técnica de los códigos sectoriales, y una tercera fase del ejercicio de la competencia, que se inicia con la aprobación del Libro I del Código Civil catalán en el año 2002.

Tras analizar el avance que supuso el Estatuto de 2006 y la Sentencia de 28 de junio de 2010, que, concluyó, *«dejó la situación competencial de la Generalitat en materia de Derecho Civil más o menos como antes del Estatuto de 2006»*, repasó la función y estructura del Observatorio de Derecho Privado y la Comisión de Codificación y, finalmente, se centró en el actual proceso de codificación, del que comentó que *«la opción fue la de elaborar un Código abierto, de modo que los distintos libros se vayan aprobando e incorporando en momentos distintos sin distorsionar el conjunto»* Así, comentó, se han ido aprobando los libros I, II, III, IV y V, quedando en estos momentos solo pendiente el Libro VI, del que la Comisión de Codificación —y, en concreto, la Sección de Obligaciones y Contratos— ha presentado ya una propuesta que próximamente se prevé que sea aprobada para iniciar su tramitación. Finalmente, recordó que, una vez se apruebe el Libro VI, se deberá promulgar una Ley de Armonización final del Código que culmine *«un Código que seguirá creciendo para dar respuesta a la evolución y a las necesidades de la sociedad catalana»*.

de la Constitución de 1978 y los estatutos de 1979 y 2006. Hacia un Código Civil para el siglo XXI». En su intervención, Ollé hizo un repaso a la historia de las codificaciones, desde su tímido inicio a finales de la Edad Media, pasando por el cambio de enfoque que supusieron las ideas de la Ilustración y la aprobación del Código Civil francés en 1804, hasta llegar al siglo XX, caracterizado por *«la progresiva extensión de la codificación en todo el mundo»*, y finales del XX y principios del XXI, *«marcados por la aparición de un movimiento codificador europeo, que va avanzando pero que todavía no ha fructificado»*.

En cuanto a la codificación en Cataluña, repasó su evolución histórica desde los *Usatges* de Barcelona, considerados el origen del Derecho Civil catalán, en el año 1064, hasta el siglo XX, del que destacó la Compilación del año 1960, de *«extraordinaria calidad jurídica y que marcó un antes y un después»*, y al que calificó de *«precedente imprescindible, sin el que sería impensable la magnífica realidad de nuestro actual Código Civil»*. Posteriormente,

José Félix Belloch Julbe (1945-2014)^(*)

Líder notarial

Por Joan Carles Ollé Favaró
Decano del Colegio Notarial de Cataluña

Miembro de una relevante familia de juristas y políticos de origen valenciano, con fuertes vinculaciones en Cataluña y Aragón, José Félix Belloch Julbe era hijo de José María Belloch, que fue Gobernador Civil de Barcelona en la Transición (1977-1980) y, antes, de Huelva y Guipúzcoa. Su hermano menor, Juan Alberto Belloch, es el actual Alcalde de Zaragoza y fue Ministro de Justicia, primero (1993-1994), y de Justicia e Interior, después (1994-1996), en el gobierno de Felipe González.

Orador y escritor brillante, dotado de una aguda inteligencia analítica, ha sido el mejor y más profundo especialista del vigente sistema español de seguridad jurídica preventiva desde la vertiente política institucional

Nacido en Barcelona, finalizó brillantemente la carrera de Derecho en la Universidad de Zaragoza con premio extraordinario. Se inclinó por opositar a notarías, que aprobó muy joven, al igual que las posteriores oposiciones restringidas. Después de ejercer unos años en Andalucía, en 1984 se trasladó a Barcelona, donde durante tres décadas ha destacado en su prestigioso y exitoso despacho como un profesional ejemplar y experto. José Félix Belloch ha sido uno de los grandes notarios barceloneses de los últimos tiempos.

Fue colaborador en diferentes ámbitos universitarios, pero pronto se despertó en él



una fuerte vocación por la política corporativa. Belloch ha sido uno de los principales líderes del asociacionismo notarial español,



^(*) Obituario publicado en La Vanguardia, el 4 de septiembre de 2014, con el título "Gran notario de Barcelona".



In Memoriam

que ha tenido una fuerte implantación en Cataluña en los últimos veinticinco años. Fundador y Presidente del Foro Notarial, ha sido uno de los referentes corporativos del Notariado en este periodo, abanderado radical de la modernización y de una plena apertura y democratización de la profesión.

Decano del Colegio Notarial de Cataluña y Vicepresidente del Consejo General del Notariado durante dos mandatos (1999-2004), su legado es muy remarcable y perdurará. En el ámbito de Cataluña, sus juntas directivas priorizaron la potenciación de la estructura del Colegio creando los servicios jurídicos y de información y defensa del usuario, la Fundación o el Consejo Consultivo. Tuvo con la Generalitat y el Departament de Justícia unas relaciones de buena

cooperación y entendimiento. Siempre fue defensor de descentralizar las competencias que no pusiesen en cuestión el carácter de cuerpo único estatal del Notariado.

En el ámbito estatal del Consejo General del Notariado, su carácter emprendedor y pionero, y en cierta medida visionario, le llevó a liderar un conjunto de medidas de modernización del servicio público notarial, para situar la profesión en las mejores condiciones para competir en el siglo XXI. Fue el principal impulsor de la histórica fusión con el Cuerpo de Corredores de Comercio en el año 2000. La Presidenta de estos en Cataluña, Maria Àngels Vallvé, fue también un artífice destacado. En aquel momento, fue una decisión controvertida, pero el paso del tiempo le ha dado la razón al Decano Belloch, como en tantas otras cosas.

A medio plazo, la decisión se ha revelado acertada y positiva para la sociedad.

Junto con otros dirigentes corporativos de la época, como el Presidente Juan Bolás, tuvo el acierto de iniciar en el Consejo General del Notariado, desde Cataluña, la etapa de modernización tecnológica y de incorporación de las nuevas tecnologías a la función notarial, algo que ha resultado clave para el futuro de la profesión. Orador y escritor brillante, dotado de una aguda inteligencia analítica, ha sido el mejor y más profundo especialista del vigente sistema español de seguridad jurídica preventiva desde la vertiente política institucional. Adversario temible dialécticamente, cultivaba con pasión valores como la voluntad de servicio, la ética y la lealtad. Deja un gran vacío.

Reglas para la publicación de trabajos en *LA NOTARIA*

- 1. CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
- 2. REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
- 3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
- 4. ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
- 5. PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
- 6. NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.

www.colnotcat.es

Ya puedes consultar la revista **La Notaria** y el **Boletín mensual on line.**

Entra en www.colnotcat.es y accede a la sección **Publicaciones.**

Así de fácil, así de cómodo, así de rápido.

Recuerda que los notarios también pueden consultar ambas publicaciones desde la Intranet colegial.

